

# **Responsabilidade Civil nos Contratos de Gestão na Área da Saúde Pública: Direito de Regresso do Estado em Face das Entidades do Terceiro Setor Decorrente de Erro Médico**

## **Civil liability in management contracts in the Public Health: the State's right of recourse against third sector organisations from medical malpractice**

**Amanda Torres Santos<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo tem o objetivo de investigar a responsabilidade civil do Estado pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas administradas por entidades do terceiro setor por meio de contrato de gestão e a possibilidade de direito de regresso do Estado contra a organização social. Utilizou-se o método de pesquisa jurídico-teórico, com levantamento bibliográfico e análise da legislação federal, doutrina e jurisprudência relacionadas ao tema. Conclui-se que, apesar das divergências doutrinárias apresentadas, considerando o entendimento da jurisprudência estudada, o Estado possui responsabilidade objetiva pelo erro médico causado no âmbito do contrato de gestão na área da saúde, havendo a possibilidade de direito de regresso em prol do Estado, que arcou com a indenização à vítima do dano.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil do Estado; contrato de gestão na área da saúde; erro médico.

### **ABSTRACT**

The present article aims to investigate the civil liability of the State for medical malpractice occurred in public health facilities managed by third sector organisations through a management contract and the possibility of the right of recourse to the State against such organizations. The legal-theoretical method was used, with a bibliographic survey and analysis of federal legislation, doctrine and jurisprudence related to the subject were carried out. It is concluded that, despite the doctrinal divergences presented, considering the understanding of the jurisprudence studied, the State has strict liability for medical malpractice occurred under the health management contract, and there is the possibility of a right of recourse in favor of the State, which has paid compensation to the victim of the injury.

**Keywords:** civil liability of the State; health management contract; medical malpractice.

## **1. Introdução**

O presente estudo tem por objetivo investigar a responsabilização civil do Estado decorrente de erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas geridas pelas

---

<sup>1</sup> Residente Jurídica do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocada na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência – SMPED (2022-2025). E-mail: amandatorres.san@gmail.com

entidades do terceiro setor por meio de contrato de gestão e a possibilidade de direito de regresso do Estado em face destas últimas.

Pretende-se identificar qual ou quais pessoas jurídicas devem responder pelos erros médicos consumados em tais circunstâncias, se o Estado ou a organização social gestora e, ainda, confirmada a hipótese de o Estado ter responsabilidade objetiva frente à vítima do dano, uma vez tendo este arcado com a indenização devida, pretende-se averiguar se é cabível o direito de regresso contra a entidade gestora da unidade de saúde.

Para tanto, a pesquisa tem como objetivos específicos analisar o panorama geral da responsabilidade objetiva estatal, conforme a teoria do risco do direito civil e, especificamente, a teoria do risco administrativo, além das disposições atinentes na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil, e, na sequência, se incide para o Estado o dever de indenizar o usuário dos serviços públicos de saúde vítima de erro médico.

Ainda, na última seção do presente artigo objetiva-se examinar o contrato de gestão conforme a lei de regência das organizações sociais e a competência para a respectiva celebração e fiscalização, bem como investigar sobre quem recai a responsabilidade civil decorrente de erro médico cometido em unidade de saúde pública gerida por contrato de gestão, e, por fim, caso confirmado que o Estado responde objetivamente pelo erro médico causado nessas condições, se há possibilidade deste exercer direito de regresso contra a organização social gestora da unidade de saúde.

O contrato de gestão é instrumento cada vez mais utilizado pelo poder público para a formação de parcerias com entidades qualificadas como organização social para o fomento e a execução de serviços públicos, especialmente pelo Poder Executivo, o principal responsável pela prestação destes serviços e pela efetivação de políticas públicas, incluindo a Saúde.

Atualmente, grande parte dos contratos de gestão da Administração Pública é para o atendimento da área da saúde, sendo esta um direito social de todos e dever do Estado, consoante o artigo 196 de nossa Constituição Federal.

Algumas das causas possíveis de serem elencadas para o aumento da descentralização do serviço público de saúde ao terceiro setor por meio dos contratos de gestão ao longo das últimas décadas são a maior agilidade e eficiência na prestação do serviço, assim como uma maior capilarização do sistema de saúde como um todo, facilitando a instalação de hospitais e unidades de saúde de forma regionalizada, mais próxima do cidadão.

Desde o advento da Lei Federal nº 9.637 de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e sobre o contrato de gestão, houve abrangente discussão no campo jurídico, gerando a produção de diversas obras, artigos, teses e demais pesquisas acadêmicas, além de jurisprudência acerca da temática.

Contudo, passados mais de vinte anos desde a vigência desta lei, observa-se a insuficiência de debate a respeito da responsabilidade civil das organizações sociais partes nos contratos de gestão frente ao poder público, quanto mais em relação à responsabilidade que recai pelo erro médico ocorrido nos hospitais e unidades geridas por tais entidades.

Nesses termos, o presente artigo aborda tema necessário e relevante para o meio jurídico e social em si, mas precipuamente para a Administração Pública, considerando os casos em que esta é a primeira a ser condenada judicialmente a arcar com os custos de ressarcimento à vítima do dano, ou então quando é condenada em conjunto com a organização do terceiro setor, sendo pertinente, então, ampliar a discussão sobre essa questão.

Para a sua elaboração, será utilizado o método de pesquisa jurídico-teórico, pelo levantamento bibliográfico e avaliação crítica do material produzido pela doutrina nas áreas de Direito Constitucional, quanto ao direito à saúde e à competência dos entes federados para a sua promoção, de Direito Civil, no que tange às questões que envolvem a responsabilidade civil objetiva estatal, principalmente perante o usuário dos serviços públicos vítima de erro médico, e Direito Administrativo, ao tratar do contrato de gestão, das organizações sociais e do debate acerca da responsabilidade destas em relação aos danos causados aos usuários dos serviços por ela administrados, e, ainda, do direito de regresso do Estado. Denota-se, assim, o caráter interdisciplinar do tema proposto.

A metodologia e procedimentos utilizados reúnem a análise de estudos jurídicos existentes a respeito da matéria através da legislação federal pertinente, de obras de estudiosos das matérias correlatas, artigos acadêmicos e demais publicações especializadas, bem como da jurisprudência dos tribunais brasileiros quanto aos aspectos controvertidos da responsabilidade civil pelo erro médico causado dentro de unidades de saúde públicas objeto de contrato de gestão.

Para iniciar o desenvolvimento deste trabalho, é pertinente considerar as disposições normativas pátrias a respeito do direito à saúde, partindo da Constituição Federal de 1988 e da instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como em relação à competência dos entes federativos para promover e prestar atendimento em saúde à população.

## **2.O direito social à saúde e a Constituição Federal de 1988**

A saúde foi um dos primeiros direitos a serem reconhecidos como direito social e na ordem constitucional brasileira foi elevada aos *status* de direito fundamental com a Carta Magna de 1988, a qual integrou o cuidado médico com a saúde de todos os cidadãos ao rol dos direitos fundamentais (CATÃO, 2011, p. 48).

Sendo a saúde um direito fundamental e social decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, importa retomar, de modo muito breve, a conceituação dos direitos sociais, os quais doutrinariamente são classificados como direitos fundamentais de segunda geração ou segunda dimensão, que, por sua vez, não demandam mais uma abstenção estatal buscando a proteção da vida ou liberdade do ser humano, somente, mas sim uma prestação positiva, uma ação do Estado de cunho coletivo, e, portanto, social, como forma de se concretizar a igualdade.

Marconi do Ó Catão (2011, p.46) formula a seguinte definição de direitos sociais:

[...] os direitos sociais, também chamados de direitos fundamentais de segunda geração e “direitos de igualdade”, próprios do Estado Social Democrático de Direito, são entendidos como direitos da pessoa humana situada na sociedade ou direitos relativos às relações sociais, econômicas ou culturais que o indivíduo desenvolve no curso de sua vida.

Nesse sentido, ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984, p. 342 *apud* AFONSO DA SILVA, 2012, p. 309) que o direito à saúde se apresenta sob duas vertentes, a saber:

uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde, outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

No que tange à natureza positiva não só do direito à saúde, mas dos direitos sociais como um todo, as prestações positivas cabíveis ao Estado têm como

característica, em regra, serem disciplinadas “*em regras constitucionais, com o objetivo de equalizar situações sociais, econômicas ou culturais distintas*”, segundo afirma Catão (2011, p. 47).

E este é o exemplo da Constituição pátria vigente. A primeira menção à saúde foi feita no artigo 6º, que inaugura o capítulo dedicado aos direitos sociais, ao firmar que a saúde é um direito social, em conjunto com a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, entre outros direitos dispostos no mesmo artigo e nos subsequentes, todos provenientes do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à repartição de competência para a promoção da saúde, seu artigo 23, inciso II, determina ser competência material comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência públicas, e, ainda, fornecer proteção e garantia para as pessoas com deficiência, o que evidencia a importância dada pelo Constituinte originário para a prestação deste direito fundamental, ao firmar que a saúde é de responsabilidade de todos os entes federativos.

Há ainda uma Seção dedicada à Saúde na Constituição Federal, que se inicia com o art. 196, o qual prevê que a saúde é um “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (BRASIL, 1988).

A respeito de tais políticas públicas para a preservação da saúde, Da Silva, R. e Vieira (2017, p. 13) pontuam que a obrigação estatal disposta no art. 196 perpassa a mera redução do risco de doença e demais agravos e o acesso universal da população às ações e serviços de saúde, devendo também criar condições para a qualidade de vida e bem-estar das pessoas:

Essa tratativa dada pelo Estado obriga-o a prestar de forma eficiente e positiva as diretrizes dadas à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Para tanto, ao Estado caberá não somente efetivar o acesso da população ao tratamento médico com qualidade, como também prestar melhoria na qualidade de vida populacional.

Dando sequência ao texto constitucional, o art. 197 estabelece caber ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, bem como prevê que sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Tem-se aí a autorização para a participação das pessoas jurídicas de direito privado na saúde pública.

Nessa esteira, o art. 199, ao tratar da participação complementar dessas pessoas jurídicas no sistema único de saúde, menciona a figura do convênio e do “contrato de direito público” no § 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*” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Deste excerto pode-se extrair que a Constituição Federal condiciona a participação das pessoas jurídicas de direito privado na saúde pública ao instrumento de contrato de direito público ou convênio, bem como à observância destas últimas às diretrizes do sistema único de saúde, o que denota que há prerrogativa do poder público para acompanhar e fiscalizar a execução desses instrumentos pelas instituições privadas.

Outro ponto é que, consoante o disposto no parágrafo em comento, observa-se que o contrato de gestão na área da saúde constitui contrato de direito público, firmado

com entidades do terceiro setor, portanto filantrópicas, sem fins lucrativos. Desta forma, o citado art. 199, § 1º, é aplicável ao contrato de gestão.

A participação complementar no sistema único de saúde também é prevista no art. 4º, § 2º, da lei federal nº 8.080/1990, a Lei Orgânica da Saúde, que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, sobre a qual serão feitas as ponderações que seguem, dentro do escopo da presente pesquisa.

## **2.1 O Sistema Único de Saúde na Lei nº 8.080/1990: competências dos entes federativos e a participação complementar**

A primeira menção legal a um sistema único de saúde foi feita no art. 198 da Constituição da República, o qual prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único organizado conforme as diretrizes gerais de descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, sem prejuízo dos serviços assistenciais e de participação da comunidade.

Posteriormente, no ano de 1990, a lei nº 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, foi inserida no ordenamento jurídico, sendo um marco legal imprescindível para a concretização do direito fundamental e social à saúde, constitucionalmente previsto para todos os brasileiros, com a implementação do Sistema Único de Saúde no país.

Seu artigo 1º traz o objetivo da norma, que é o de regular as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, a serem “*executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado*” (BRASIL, 1990), estando aí incluída a participação em caráter complementar da iniciativa privada no SUS, o que é reforçado de maneira expressa no art. 4º, § 2º.

Os princípios e diretrizes das ações e serviços de saúde públicos e dos serviços privados que integram o SUS por contrato ou convênio são listados no art. 7º, dentre os quais destaca-se o inciso IX, que traz o princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, de acordo com sua alínea *a*, o que se coaduna com a repartição constitucional de competência para a promoção da saúde estabelecida no art. 23, II, da Constituição Federal.

Também integra este princípio a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. Ainda tratando de competências dos entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm como atribuição comum definida no art. 15, I, da lei que rege o SUS a definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços de saúde, o que abrange tanto as ações e serviços prestados diretamente pela Administração Pública Direta e Indireta como aqueles prestados pelas pessoas jurídicas de direito privado em participação complementar.

Releva anotar que o art. 18, que elenca as competências da direção municipal do SUS, determina em seu inciso I a execução direta dos serviços públicos de saúde, bem como o planejamento, organização, controle e avaliação das respectivas ações e serviços. Ainda, cabe à direção municipal normatizar de forma complementar, no seu âmbito de atuação, as ações e serviços públicos de saúde, de acordo com o inciso XII.

No mesmo artigo há disposição específica a respeito da celebração de contratos e convênios com entidades de direito privado que prestem serviços de saúde, o que será oportunamente trabalhado em seção futura, que irá tratar do contrato de gestão na área da saúde.

Ainda sobre o tema da participação complementar no SUS, dispõe o art. 24 da Lei Orgânica da Saúde que o Sistema Único de Saúde fica autorizado a recorrer aos

serviços da iniciativa privada quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área. O parágrafo único deste artigo aduz que a participação complementar deve ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas as normas de direito público. Ainda, o art. 25 confere preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos para participar desta forma do SUS. Ambos os artigos mencionados reproduzem o teor do art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

Apresentadas as disposições constitucionais a respeito do direito social à saúde, as normas de competência para a sua promoção por todos os entes federativos e as disposições da Lei Orgânica da Saúde com as diretrizes gerais para a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde em caráter complementar, é pertinente caminhar para a análise de uma situação de saúde a ser administrada e, em muitas vezes, “remediada” pelo Estado. Remediada, e não propriamente sanada, haja vista ser quase impossível na prática retornar ao *status quo ante* - os erros médicos ocorridos nas dependências dos hospitais e demais unidades de saúde públicas.

Para tanto, necessário é retomar conceitos relacionados à responsabilidade civil objetiva estatal para então se analisar a hipótese de caracterização da responsabilidade civil do Estado frente ao paciente dos serviços públicos de saúde vitimado por erro médico, o que será feito a seguir.

### 3. Teoria do risco administrativo e responsabilidade civil objetiva do Estado

O entendimento sobre a responsabilização estatal no plano civil sofreu significativas mudanças ao longo dos séculos, evoluindo, em apertada síntese, da ideia da total irresponsabilidade do Estado, aplicada desde a época dos Estados Absolutistas, que perpetuou injustiças aos súditos por muito tempo sob o falso pretexto da manutenção da soberania, para a responsabilidade subjetiva do Estado, com as doutrinas civilistas, a qual só aceitava que o Estado poderia ser responsabilizado mediante a demonstração de culpa para qualquer ato praticado por seus prepostos, e, enfim, para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que foi desenvolvida conforme princípios de direito público, hoje utilizada como regra geral no direito positivo brasileiro.

Para tratar da responsabilidade objetiva estatal na forma como é aplicada atualmente, convém abordar a teoria do risco, que a fundamentou.

O risco implica, *de per se*, em probabilidade de ocorrência de dano. Assim, aqueles que desenvolvem atividades perigosas ou que de qualquer forma, pela sua natureza, acarretam riscos, uma vez efetivado o dano a consequência é a obrigação, por quem desenvolve a atividade, de repará-lo.

Sérgio Cavalieri Filho, ao comentar a teoria geral do risco, afirma que

todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, **independentemente de ter ou não agido com culpa**. Resolve-se o problema na relação de causalidade, **dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano**. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181, grifo nosso)

Sob a vertente do direito administrativo, a teoria do risco prega que a avaliação quanto a culpa do preposto ou agente deve ser substituída pela avaliação da existência de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, sendo irrelevante as condições de funcionamento do serviço, ou seja, se ele foi prestado de forma regular ou irregular, boa ou ruim (DI PIETRO, 2014).

Fato é que o risco é intrínseco à execução das atividades estatais, não podendo a Administração Pública deixar de prestar os serviços à população a fim de evitar que o risco se concretize, devendo suportar os ônus daí decorrentes, independentemente da culpa de seus agentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 866, *apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 286) nos ensina que a responsabilidade do Estado tem como fundamento o princípio da igualdade, no sentido de que suas atividades são desempenhadas no interesse da coletividade, e, se por um lado todos podem se beneficiar dessas atividades, de outro, se delas resultarem ônus, os prejuízos também devem ser repartidos entre toda a sociedade, por meio dos impostos arrecadados pelo Estado, a serem utilizados para indenizar a vítima do dano oriundo da atividade administrativa, pois não seria justo que a vítima suportasse sozinha os ônus inerentes a uma atividade estatal que beneficia a todos.

A teoria do risco administrativo pode ser sintetizada da seguinte forma:

a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. **Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.** (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287, grifo nosso)

Conforme a teoria em análise, a responsabilidade objetiva estatal caracteriza-se pelo ato administrativo lesivo causado pelo agente público, o dano sofrido pelo administrado e o nexos de causalidade entre ambos, sendo irrelevante, portanto, a existência de culpa em seu sentido amplo (culpa ou dolo) por parte do agente.

### 3.1 A responsabilidade civil objetiva do Estado no direito positivo

No ordenamento vigente a responsabilidade objetiva estatal encontra previsão no art. 37, § 6º, da Carta Magna, o qual estabelece que:

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 (BRASIL, 1988).

A primeira coisa a se pontuar deste dispositivo é que a teoria do risco administrativo foi expressamente adotada pela Constituição de 1988 como fundamento para a responsabilização da Administração Pública, *“porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano”* (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 291).

Isso posto, releva discorrer sobre as regras para a responsabilização objetiva do Estado que podem daí ser extraídas.

Quanto ao “agente que, nessa qualidade”, cause dano a terceiros, referido na norma, muito já foi discutido na doutrina a respeito do ato do agente e a sua relação com a atividade administrativa e o dano, se ele necessita ter agido no exercício de suas funções ou se basta que tenha agido em razão delas. Adota-se o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho (2014), para o qual basta que a função ou a atividade

administrativa tenham oportunizado a prática do ato danoso, sendo então suficiente que o agente tenha agido em razão do cargo, função ou atividade administrativa, dispensável o exercício estrito da função.

No mais, da redação do dispositivo constitucional infere-se que não somente todas as pessoas jurídicas de direito público devem ser responsabilizadas pelos danos causados por seus agentes a terceiros, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, questão essa que será melhor discutida em seção futura deste trabalho.

Outro ponto é que o “terceiro” vítima do dano pode ser um usuário do serviço público ou não, pois a caracterização enquanto vítima do dano resultante do ato administrativo lesivo independe da qualidade de usuário do serviço público, entendimento este já consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 110.

Como última regra, reitera-se que é imprescindível haver nexos de causalidade entre o ato lesivo perpetrado pelo agente e o dano.

Posteriormente à Constituição de 1988, a teoria da responsabilidade civil objetiva também foi expressamente acolhida. O Código Civil determina em seu art. 927, parágrafo único, que “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Nesse dispositivo, além da desnecessidade de verificação de culpa do autor do dano, o que evidencia o pressuposto do nexo de causalidade em seu lugar, o fator do risco pela atividade desenvolvida está presente de forma expressa, tal como no art. 37, § 6º, da Constituição.

Ainda, tratando do nexo de causalidade, que é o elemento basilar da responsabilidade civil objetiva, esta só poderá ser excluída, via de regra, mediante a ocorrência de força maior e culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. Caso a vítima concorra com o Estado quanto à culpa, a responsabilidade do primeiro não será totalmente elidida, mas sim atenuada, sendo a respectiva indenização arbitrada de acordo com os critérios especificados no art. 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002).

Verificado que, na hipótese de ato do poder público causar dano a terceiro, o Estado responde, em regra, de forma objetiva, torna-se oportuno analisar a responsabilidade civil estatal pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas.

### **3.2 Responsabilidade civil do Estado pelo erro médico ocorrido no âmbito no SUS**

É sabido que o Sistema Único de Saúde é o grande responsável pelo atendimento na área da saúde no país, fornecendo acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde a maior parcela da população.

Fornecer atendimento público integral em um país de dimensões continentais é sem dúvidas desafiador, mesmo considerando que a rede de serviços do SUS é regionalizada e hierarquizada entre os entes federativos. Os profissionais que atuam na saúde pública, prestando este serviço diretamente à população, enfrentam diversos percalços, como a alta demanda incessante, a insuficiência de recursos humanos e orçamentários, principalmente nas regiões e localidades mais afastadas do país, longe dos centros urbanos, onde há uma má-distribuição de profissionais da saúde e de verbas, culminando em precarização.

Este cenário de deficiências estruturais da saúde pública pode acabar contribuindo para uma situação que resulta no total oposto da promoção e proteção da saúde, que são buscadas e esperadas por todos aqueles que utilizam o SUS: o erro médico.

O erro médico, conforme a definição de Genival Veloso de França (2014, p. 257):

é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

A inobservância técnica que cause dano por imperícia, negligência ou imprudência caracteriza culpa em sentido estrito, que é a falta do dever de cuidado objetivo. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 52), a imprudência seria a falta de cuidado por uma conduta comissiva, ou seja, por uma ação, um fazer; a negligência se consubstancia na falta do dever de cuidado por uma conduta omissiva, um não fazer; já a imperícia “*decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente*”.

Convém tecer breves comentários quanto à responsabilidade civil dos médicos. De um modo geral, a obrigação dos médicos e demais profissionais da saúde é de meio, na qual há o comprometimento de atuar com os conhecimentos técnicos, os métodos e diligência habituais para o resultado esperado pelo paciente, sem garantia quanto ao êxito absoluto deste resultado.

Nesse sentido, Veloso de França (2014, p. 269) assinala que:

existe na responsabilidade contratual civil do médico uma obrigação de meios ou de diligências, onde o próprio empenho do profissional é o objeto do contrato, sem compromisso de resultado. Cabe-lhe, todavia, dedicar-se da melhor maneira e usar de todos os recursos necessários e disponíveis. Isso também não quer dizer que ele esteja imune à culpa. Enfim, essa é a ideia que tem prevalecido. O contrário seria conspirar contra a lógica dos fatos.

E por se tratar de obrigação de meio, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, sujeita à comprovação de culpa pelas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia, além do ato antijurídico, do dano e do nexo causal.

As principais disposições legais que disciplinam a responsabilidade civil dos profissionais de saúde atualmente estão no Código Civil, art. 951, que trata da indenização por danos causados à vida e à saúde devida por “*aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho*” (BRASIL, 2002), e no Código de Defesa do Consumidor, que mesmo adotando a teoria da responsabilidade objetiva como regra geral em relação aos fornecedores de bens e serviços, afirma expressamente em seu art. 14, § 4º, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Quando o médico atua como profissional liberal, não restam dúvidas de que a responsabilidade civil deste frente ao paciente será subjetiva, dependendo do elemento culpa, devendo ser analisada conforme as normas que regem a responsabilidade subjetiva na legislação civil e consumerista já explanadas.

Contudo, se o profissional trabalha em estabelecimento de saúde de pessoa jurídica, seja pública ou privada, na ocorrência de erro médico a regra quanto à

reparação devida ao paciente muda, pois nesse caso o dever de indenizar recai sobre a pessoa jurídica, cuja responsabilidade deverá ser apurada de forma objetiva.

Quanto ao médico, sua responsabilidade pelo erro não é substituída pela responsabilização da pessoa jurídica que gerencia a unidade de saúde e que pagou indenização à vítima. Subsiste o direito de regresso da pessoa jurídica contra o médico, como bem lembra Veloso de França:

No que diz respeito aos médicos que tenham vínculo empregatício com pessoas jurídicas de direito público ou privado, a exemplo das clínicas e hospitais, **a reparação civil por dano culposo será arguida dos respectivos estabelecimentos de saúde [...]** Ainda assim, terão as empresas médicas direito de regresso, conforme estabelecem as Súmulas 187 e 188 do STF. Sobre o assunto, reporta-se Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin: „O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. **Logo, se o médico trabalha em hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente**’. [...]. Destarte, fica bem claro que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema fundado na culpa, enquanto a responsabilidade civil das empresas seria avaliada pela teoria objetiva do risco, tendo no montante do dano o seu elemento de arbitragem. (FRANÇA VELOSO, 2014, p. 103, grifo nosso)

Ocorrendo erro médico por profissional que tenha vínculo com pessoa jurídica de direito público ou privado, a respectiva indenização deverá ser arcada pela pessoa jurídica responsável pela unidade de saúde, independentemente de verificação de culpa, consoante as normas de responsabilização civil objetiva constantes do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se da assistência privada à saúde, e, no caso da saúde pública, ainda pelo mandamento do art. 37, § 6º, da Carta Magna, já comentado anteriormente.

Consoante a inteligência desta norma constitucional, caberá à Administração Pública indenizar o paciente vítima do erro médico, tendo a primeira legitimidade passiva para figurar na ação judicial intentada pela vítima. Lopes, ao abordar o erro médico no âmbito do Sistema Único de Saúde e a legitimidade processual para arcar com a respectiva indenização, comenta o seguinte:

quem indeniza o particular é o Estado e este, comprovado os elementos retrocitados, cobra de seu agente o valor pago. **Em suma, implica dizer que o particular deverá buscar reparo diretamente junto à Administração Pública, que tem legitimidade processual passiva, visto que sua responsabilidade é objetiva.** (LOPES, 2021, p. 10, grifo nosso)

Assim, uma vez tendo a Administração indenizado a vítima do erro médico, ela poderá demandar de forma regressiva o profissional de saúde que causou o dano, que somente ressarcirá o Estado se comprovada a sua culpa por negligência, imprudência ou imperícia, pois a responsabilidade civil do médico, via de regra, será sempre subjetiva, independentemente deste ser um agente público ou contratado por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos.

Apresentado o panorama geral da responsabilidade civil objetiva do Estado e confirmada a sua incidência em caso de dano perpetrado a paciente do Sistema Único de Saúde vitimado por erro médico, resta saber se a responsabilidade do poder público frente ao paciente persiste mesmo quando o hospital ou unidade de saúde pública é gerido por organização social, por meio de contrato de gestão. Para tanto, é pertinente iniciar a discussão tratando deste instrumento.

#### 4. O contrato de gestão e a Lei nº 9.637/1998

Sendo o SUS o grande garantidor e prestador das ações e serviços de saúde ao povo brasileiro, cujo atendimento é universal e fornecido a nível nacional, mesmo considerando o princípio da descentralização político-administrativa entre os entes federados e que a rede de saúde é regionalizada, tal como comentado anteriormente, a prestação dos serviços de saúde de forma direta pela Administração Pública pode ser algo bem dificultoso.

Há de se considerar os entraves típicos do Estado que resultam nessa dificuldade, mormente na área da saúde, que está dentre as que geram as maiores despesas no orçamento público, - o que é totalmente justificável – orçamento e quadro de profissionais sempre insuficientes, escassez ou mesmo ausência de hospitais e demais unidades de saúde nas localidades mais afastadas, altíssima demanda de pacientes, além da burocracia estatal.

Desde muito observa-se ser patente a necessidade do aparelho estatal ser mais eficiente e ágil como um todo, principalmente em relação à Administração Pública, que tem por finalidade precípua executar os serviços públicos à população.

E nesse contexto a descentralização de serviços não exclusivos do Estado, também chamados de serviços sociais, como é o caso da Saúde, às entidades do terceiro setor, passa a ser uma opção viável. Assim, Estado e terceiro setor podem trabalhar em colaboração por meio da realização de parcerias, tendo por objetivo comum a execução das atividades de interesse público.

No caso da Saúde, a descentralização de seus serviços nas últimas décadas tem sido feita às organizações sociais, mais especificamente às Organizações Sociais de Saúde (OSS), por meio do contrato de gestão. As organizações sociais têm marco legal próprio, a Lei nº 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades do terceiro setor para o recebimento do título de organização social.

Conforme o art. 1º da norma, podem receber a qualificação de organização social pelo poder público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam destinadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

A ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro atenta para uma característica própria das organizações sociais – a de prestar serviços por delegação do poder público:

**Elas se substituem ao poder público na prestação de uma atividade que a este incumbe;** prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa do particular, **a sua qualificação como organização social constitui iniciativa do poder público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público.** (DI PIETRO, 2021, posição 7306-7310, grifos nossos)

Com efeito, é expresso no art. 12 da lei retro citada que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão para as organizações sociais, bem como o artigo 14 faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem, o que implica a transferência de prerrogativas próprias da Administração à organização social.

E no que diz respeito ao contrato de gestão, há uma definição legal no art. 5º da lei, o qual aduz ser o contrato de gestão o instrumento pactuado entre o poder público e

as entidades qualificadas como organização social, objetivando a formação de parcerias para o fomento e a execução de atividades relacionadas às áreas listadas no art. 1º.

O contrato de gestão tem por finalidade a prestação de serviço público ou de atividades de interesse público, mediante fomento, pelo Estado, diretamente às instituições não governamentais aptas a receberem a qualificação de organizações sociais.

Diante dos poderes e prerrogativas do poder público que acabam por ser, de certo modo, transferidos à organização social com a delegação dos serviços sociais públicos, um maior grau de fiscalização sobre a atuação da organização social é medida que se impõe.

O art. 8º da Lei nº 9.637/1998 determina que caberá ao órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada a fiscalização quanto à execução do contrato de gestão.

Trazendo o contrato de gestão para a área da saúde pública, a Lei nº 8.080/1990 em seu art. 18, X, confere competência aos municípios para celebrar contratos e convênios com as entidades privadas prestadoras de serviços de saúde, bem como para controlar e avaliar a sua execução. O dispositivo em comento confirma que o município detém competência para, além de acompanhar a execução dos serviços prestados pelas organizações sociais via contrato de gestão na área da saúde, fiscalizá-los e avaliá-los.

Feitas as devidas considerações a respeito do contrato de gestão e das organizações sociais, sob a perspectiva da lei de regência, resta, por fim, analisar a responsabilidade civil decorrente de erro médico causado nos hospitais e unidades de saúde administrados pelas OSS.

#### **4.1 Responsabilidade civil pelo erro médico ocorrido em unidade de saúde pública gerida por organização social e direito de regresso do Estado**

É certo que a responsabilidade civil por erro cometido pelos profissionais de saúde no atendimento do Sistema Único de Saúde recai ao Estado de forma objetiva, ante o risco inerente à atividade administrativa, conforme verificado no decorrer da presente pesquisa.

Contudo, se o erro médico foi causado em unidade de saúde que, embora pertença à rede do SUS, é administrada por organização social de saúde, é de se examinar se a pessoa jurídica que deverá arcar com a indenização ao paciente vítima do dano é a de direito público ou a de direito privado que está executando o serviço público.

Necessário discutir, novamente, a inteligência do art. 37, § 6ª, da Constituição Federal, o qual estabelece que não só as pessoas jurídicas de direito público como as pessoas jurídicas de direito privado que atuem prestando serviços públicos deverão responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A redação deste dispositivo evidencia que as entidades do terceiro setor que prestam serviços públicos são atingidas pela regra geral de responsabilização do Estado, o que é corroborado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 792), ao afirmar que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público abrange *“qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público”*.

Ainda, tratando em específico das organizações sociais, que recebem a delegação de serviços do poder público por meio do contrato de gestão, a autora defende que a responsabilização da organização social por danos causados a terceiros

seja objetiva e a da pessoa jurídica de direito público parte no contrato de gestão seja subsidiária:

**Quanto à responsabilidade da organização social por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, § 6º, da Constituição, quando o dano for causado na prestação de serviço público.** Ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e subjetiva do agente causador do dano. É a conclusão possível, tendo em vista que o dispositivo constitucional alcança as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público. **Essa responsabilidade da organização social não afasta a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que firmou o contrato de gestão,** à semelhança do que ocorre na concessão de serviço público. (2022, posição 7836-7841)

Estevam Giron De La Torre (2020) apresenta posicionamento semelhante, ao afirmar que o poder público deve responder de forma subsidiária, entretanto somente na hipótese de a entidade comprovadamente não possuir meios para arcar com a indenização à vítima do dano, em razão dos benefícios concedidos pela Lei nº 9.637/1998, dentre eles o recebimento de até a totalidade do orçamento necessário para a manutenção da unidade de saúde e a alocação de bens e de servidores da Administração.

Inclusive, há tema do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral relacionado a temática - no Tema 130 foi fixada há mais de uma década a tese de que a responsabilidade civil disciplinada na norma constitucional em análise é objetiva para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em relação tanto a terceiros usuários como aos não usuários do serviço, conforme se observa de trecho do respectivo *leading case*, o Recurso Extraordinário 591.874:

**A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6.º, da CF.** A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. (RE 591.874/MS, Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 26/08/2009. Data da publicação: 18/12/2009).

Giron De La Torre (2020) defende, ainda, que a responsabilização das organizações sociais de saúde no contrato de gestão ocorra de objetiva e primária, considerando uma maior celeridade para a vítima do dano receber a indenização, a qual não dependeria do regime dos precatórios públicos:

**Portanto, em respeito à norma geral de responsabilização dos prestadores de serviços públicos insculpida no § 6º, artigo 37, do texto constitucional, a responsabilidade da O.S.S., enquanto prestadora de serviços públicos, principalmente aquelas que gerenciam hospitais públicos, deve ser objetiva e primária,** até mesmo visando facilitar a reparação do dano ao particular, para que este não tenha que aguardar a extensa fila de precatórios do regime fazendário, não havendo que se falar em responsabilidade solidária, salvo expressa previsão no contrato de gestão.

Nesse diapasão, havendo falha na prestação do serviço público pela organização social que cause danos aos usuários da unidade de saúde vinculada ao SUS por ela gerenciada, não seria razoável que o Estado fosse o primeiro a arcar com a obrigação de reparar os danos, uma vez tendo repassado recursos públicos para a execução do

contrato de gestão, pois segundo o autor em comento, neste caso o Estado se tornaria um garantidor da organização social no contrato de gestão.

No entanto, verifica-se que, na esfera do Poder Judiciário, o entendimento quanto a quem deve recair a responsabilidade civil pelo erro médico advindo de hospital ou outra unidade de saúde pública objeto de contrato de gestão difere da doutrina. Na prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, é reconhecida a legitimidade passiva do Estado para arcar com indenização por dano material e moral ocorrido em unidade de saúde pública gerida por organizações sociais de saúde:

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAL E MORAL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PÚBLICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. HOSPITAL GERIDO POR ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS, QUALIFICADA PERANTE AQUELE COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE SAÚDE (OSS) Participação de entidades privadas no SUS que tem caráter apenas complementar (CF, art. 199, § 1º) - OSS que se condicionam a veemente influência do Direito Público, sendo remuneradas integralmente pelo Governo e podendo, inclusive, valer-se de servidores públicos a elas afastados. Modelo jurídico que não exime o Estado de sua responsabilidade constitucional pela saúde, a qual tem por corolário a responsabilidade civil. Ademais, os serviços públicos de saúde afiguram-se aos usuários como de prestação direta, não cogitando eles da relação jurídica subjacente (teoria da aparência) Similaridade com o entendimento relativo às Santas Casas. Legitimidade passiva do Estado reconhecida. Agravo retido não provido.**

(TJ-SP, 9ª Câmara de Direito Público. Reexame necessário 271401620018260053. Relator: Des. Gonzaga Franceschini. Data de julgamento: 24/08/2011. Data de publicação: 26/08/2011, grifo nosso)

**PRELIMINAR. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida. Celebração de convênio com Organização Social para a administração de hospital público e prestação de serviço de saúde, que não afasta a responsabilidade do Municipal pelo serviço prestado pelo conveniado.**

**APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL.** Indenização por danos morais e materiais. Uso prolongado do garrote por erro médico, gerando necrose, e, por consequência amputação do dedo do autor. Evidenciada falha na prestação do serviço público de saúde, ensejadora da responsabilidade da Administração. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP, 5ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível 00280959520118260053. Relatora: Des. Heloísa Martins Mimessi. Data de Julgamento: 23/04/2018. Data de Publicação: 24/04/2018, grifo nosso)

Em que pese o duto entendimento da doutrina, no dia-a-dia dos tribunais também é imputada ao Estado a responsabilidade civil objetiva pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde geridas pelas OSS via contrato de gestão. Pensando sob a perspectiva da vítima do erro médico, o posicionamento da jurisprudência se revela acertado, pois quando o paciente adentra uma unidade de saúde pertencente ao SUS necessitando de socorro imediato ou de assistência médica, pouco importa se o atendimento é prestado diretamente pelo Estado ou por organização social delegatária daquele serviço público, o que nem deve ser uma preocupação para o usuário do SUS.

O que importa ao paciente, o que ele identifica quando adentra esta unidade de saúde é que se trata de uma unidade de saúde pública, de responsabilidade do Estado, no fim das contas, a quem compete o dever de cuidar da saúde da população, e que por essa razão deve ser responsabilizado quando o erro médico ocorrido em unidade de saúde administrada por contrato de gestão causar danos aos usuários deste serviço público.

Uma vez sendo efetivamente condenado à reparação do dano, surge para o Estado o direito de regresso contra a OSS e contra o agente profissional da saúde que cometeu o erro. Quanto a este último, como bem sabido, ele só poderá ser responsabilizado de forma subjetiva, caso comprovado dolo ou culpa em sua atuação.

No que tange às organizações sociais, verifica-se que em sua lei de regência, a Lei nº 9.637/1998, não há previsão específica acerca de ação regressiva contra as organizações sociais por danos causados aos destinatários dos serviços públicos por elas prestados.

De outro lado, a ocorrência de erro médico, neste cenário, poderá caracterizar o descumprimento de disposição contida no próprio contrato de gestão, o qual deve discriminar as responsabilidades e obrigações da OSS e do poder público partes do ajuste, conforme o art. 6º, *caput*, da lei.

Não se olvide que tal situação também poderá causar impactos no cumprimento das metas a serem atingidas e nos indicadores de qualidade e produtividade da avaliação de desempenho da organização social previstos no art. 7º, I, da norma, mormente se a ocorrência de erro médico gerador de danos aos pacientes atendidos pela unidade ou unidades geridas pela entidade tiver certa recorrência.

No mais, o direito de regresso do Estado também encontra alicerce na prerrogativa de controle e fiscalização da execução do contrato de gestão previsto no art. 8º da lei em comento, bem como na Lei nº 8.080/1990, em seu art. 18, X, que atribui tal poder-dever ao município, vez que este é o principal responsável por executar os serviços públicos de saúde diretamente à população.

Destarte, em havendo erro médico causado nas dependências de unidades de saúde administradas por contrato de gestão, ante a lacuna legislativa sobre a questão, uma possível solução seria o Estado buscar o ressarcimento pelas despesas com a indenização destinada à vítima do dano por meio do próprio instrumento do contrato de gestão, seja em razão de penalidades contratualmente previstas para o descumprimento de obrigações por parte da organização social, ou pelo exercício do poder de controle e fiscalização do poder público em face da organização social gestora.

## **5. Considerações finais**

O direito fundamental e social à saúde deve ser garantido pelo Estado, que pode fazê-lo de modo direto ou pela participação complementar das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que prestem serviços públicos, o que autoriza a participação das entidades do terceiro setor no Sistema Único de Saúde, dentre elas as organizações sociais, que prestam serviços públicos por delegação e atuam junto ao poder público pelo contrato de gestão.

Contudo, os agentes que realizam a prestação do serviço público de saúde podem causar danos a terceiros, aos administrados. Nesse sentido, a regra geral de responsabilidade civil do Estado, insculpida no art. 37, § 6º, da Carta Magna, é clara ao determinar que tanto as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos devem responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Tem-se, desta forma, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido, com fundamento na teoria do risco administrativo, diante do risco que é intrínseco à atividade administrativa.

Assim, não resta dúvidas de que o Estado é civilmente responsável pelo erro médico cometido nas unidades de saúde integrantes do Sistema Único de Saúde. Tratando em específico da responsabilidade civil pelo erro médico ocorrido nas unidades de saúde públicas administradas pelas organizações sociais por meio de

contrato de gestão, o presente estudo identificou que há posicionamento da doutrina defendendo que a responsabilização da organização social por danos causados a terceiros seja objetiva, pela mesma regra constitucional acima descrita, e que a responsabilidade do Estado seja meramente subsidiária.

Porém, o mesmo não ocorre em relação à jurisprudência. Na materialidade do caso concreto, os tribunais vêm decidindo que o Estado é objetivamente responsável pela reparação civil pelos erros médicos ocorridos nas unidades de saúde públicas geridas pelas organizações sociais de saúde, tendo, portanto, a sua legitimidade passiva reconhecida.

Neste cenário, considerando a ausência de previsão legal específica quanto ao direito de regresso do Estado em face das organizações sociais por danos causados aos destinatários dos serviços públicos por elas prestados, um caminho possível para o ressarcimento do Estado seria por meio das penalidades contratualmente previstas em relação ao descumprimento de obrigações por parte da organização social, e, no mais, pelos instrumentos de controle e fiscalização do contrato de gestão pelo poder público.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Direito à saúde. *In*: AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 308-310.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 13 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm). Acesso em: 22 ago. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm). Acesso em: 19 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 07 dez. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 591.874/MS**. Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorrido: Justa Servin Franco e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de agosto de 2009. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2635450>. Acesso em: 22 out. 2023.

CATÃO, Marconi do Ó. Do Estado-nação ao *Welfare State*: o direito social à saúde. In: CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do direito à saúde: uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade**. Campina Grande: EDUEPB, 2011, p. 31-49. *E-Book*. Disponível

em: <https://static.scielo.org/scielobooks/szgxv/pdf/catao-9788578791919.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade da Administração Pública. In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181, 282-293.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade Extracontratual do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 785-797.

\_\_\_\_\_. Parcerias com o terceiro setor. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, posições 7212-7841, *E-book*. 9279 posições. Acesso em 03 dez. 2023.

GIRON DE LA TORRE, Estevam. **A responsabilidade das Organizações Sociais de Saúde por danos causados aos usuários**: Reflexões sobre os fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva, e primária, das Organizações Sociais de Saúde por danos causados aos usuários. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-responsabilidade-das-organizacoes-sociais-de-saude-por-danos-causados-aos-usuarios/920168767>. Acesso em: 14 ago. 2023.

SANTOS DA SILVA, Rômulo Ruan; VIEIRA, Victória Andrade. Direito à saúde: um direito fundamental e sob respaldo da Constituição Federal. In: ROSA, C.; PIMENTEL, D.; santos DA SILVA, R. R. (org.). **Direito do consumidor aplicado ao direito à saúde**: análise de julgados. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017, p. 12-14.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Câmara de Direito Público). **Reexame necessário 00271401620018260053**. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo *ex officio*. Recorrido: José Moreira dos Santos. Relator: Des. Gonzaga Franceschini, 24 de agosto de 2011. Data de publicação: 26 de agosto de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI000SPMZ0000#?cdDocumento=23>. Acesso em: 4 dez. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara de Direito Público). **Apelação Cível 00280959520118260053**. Recorrentes: Município de São Paulo, Hospital Israelita Albert Einstein e Julio Cesar M. Marin. Recorridos: Walter de Souza e Centro de Estudos e Pesquisas Doutor João Amorim – CEJAM. Relatora: Des. Heloísa Martins Mimessi, 23 de abril de 2018. Data de Publicação: 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=002809595.2011&foroNumeroUni>

ficado=0053&dePesquisaNuUnificado=002809595.2011.8.26.0053&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=18. Acesso em: 4 dez. 2023.

VELOSO DE FRANÇA, Genival. Responsabilidade médica. *In*: VELOSO DE FRANÇA, Genival. **Direito Médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103-104, 257-258, 269-272