

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Apontamentos sobre a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de serviços médicos

Wanderley José Federighi¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: Introdução. I. Evolução histórica. II. As teorias referentes à responsabilidade civil do Estado. III. Disposições legais específicas sobre o tema. IV. Excludentes da responsabilidade civil. V. O dano. Considerações sobre a atividade médica. A obrigação de meio e a de resultado. VI. Danos por omissão. VII. Dano moral e dano estético. VIII. Ação indenizatória. A indenização. IX. Denúnciação à lide e ação regressiva. X. Jurisprudência sobre o tema. XI. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

A noção do que vem a ser a *responsabilidade civil* é encontrada na própria origem do termo; vem o mesmo do latim *respondere*, que significa *responder a alguma coisa* ou *por alguma coisa*, correspondendo a *se responsabilizar alguém pelos seus atos que causem danos a outrem*.

Em verdade, o conceito de *responsabilidade civil* é algo que se encontra arraigado no próprio espírito e na natureza do ser humano. A ideia de que quem nos causa um prejuízo deve responder por ele vem de tempos imemoriais.

O *neminem laedere* – ou seja, *não lesar outrem* – é um dos três preceitos da jurisprudência do Direito Romano, segundo Ulpiano. Os outros dois preceitos são *viver honestamente* e *dar o seu a seu dono*; ou seja, *dar a César o que é de César*, preceito da mais alta justiça.

Vários juristas, por exemplo Serpa Lopes (*apud* STOCCO, 2004), entendem e definem a responsabilidade civil como o *dever de reparar o prejuízo*², definição sintética, mas verdadeira. Hely Lopes Meirelles (2015), por seu turno, lembra que a *responsabilidade civil* “é a que se traduz na obrigação de reparar *danos patrimoniais* e se exaure com a *indenização*” (p. 762)³.

É possível falar em *responsabilidade civil*, decorrente da prestação defeituosa de *serviços médicos* na área *particular*, tanto de médicos (pessoas físicas) como de clínicas

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

² Curso de Direito Civil, v. 5, n. 144, p. 188; *apud* Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 119.

³ Já Celso Ribeiro Bastos lembra que a responsabilidade “é a sanção imposta pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica [...]. A responsabilidade civil é aquela que se preocupa com a reparação dos danos patrimoniais. O seu objetivo é recompor a situação econômica da vítima de um ato danoso” (BASTOS, 1996, p. 304-305). Entendo pertinente aduzir, a propósito, em que pese o respeito ao venerado e saudoso mestre, que se entende cabível, nos dias atuais, a indenização também do denominado *dano moral*, como se verá adiante. Aliás, a lição de José Afonso da Silva é nesse sentido: “responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (às vezes moral) que uma pessoa cause a outra” (SILVA, 2002, p. 107).

e hospitais. Mas a responsabilidade civil não se cinge a essa área; o *Estado*, mais especificamente o *Poder Público* (em suas diversas feições: a União, os estados e os municípios) pode vir a ser responsabilizado, ao prestar serviços médicos a particulares, no caso de tais serviços terem causado danos ao paciente, ou até mesmo sua morte.

A *responsabilidade civil* pode decorrer das condutas praticadas por agentes públicos, no exercício de suas funções, que causem prejuízo a terceiros, *devendo ser imputadas ao Estado (lato sensu)*.

Em outra oportunidade, vim a escrever:

O Estado, em sentido amplo, sendo pessoa jurídica de direito público, é obrigado a praticar vários atos, para o regular funcionamento da máquina administrativa, bem como para prover a sociedade dos serviços públicos necessários a seu bem-estar. Se, em decorrência de um ato de um agente público, ou de uma omissão da Administração, vem a ocorrer um prejuízo a um sujeito de direito, nasce aí o dever do Estado de ressarcir o prejuízo sofrido. (FEDERIGHI, 2001, p. 131)

Dentre os diversos *tipos de responsabilidade*, esta é classificada como *extracontratual*. Ou seja, não decorre de *contrato entre as partes*, e sim do simples fato de ter o paciente acorrido a hospital público para ser atendido. É espécie de *responsabilidade civil*, por serem os prejuízos dela decorrentes de natureza eminentemente *patrimonial*, embora seja possível falar também em dano puramente *moral*.

A responsabilidade civil do Estado é, assim, o *dever estatal de ressarcir particulares por prejuízos civis e extracontratuais experimentados em decorrência de ações ou omissões de agentes públicos no exercício de sua função administrativa*⁴.

Os *tipos de danos* que podem decorrer dessa responsabilidade são os *materiais*, *morais* e também os *estéticos*; estes últimos bastante trazidos à baila quando se trata da responsabilidade civil médica, em especial na área da *cirurgia plástica*⁵.

No atual momento, o mundo ressenete-se de uma *pandemia* de Covid-19, por conta do novo coronavírus. No Brasil, a pandemia já levou à edição da Portaria nº 454, de 20 de março de 2020, pelo Ministério da Saúde, que declarou, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária desse vírus mortal. No estado de São Paulo, foi baixado o Decreto Estadual nº 64.879/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública decorrente dessa pandemia.

A possibilidade de ser o Estado responsabilizado por ações ou omissões de seus agentes, diante dessa pandemia, cresceu exponencialmente.

⁴ Hely Lopes Meirelles define a responsabilidade civil do Estado como sendo “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal” (MEIRELLES, 2015, p. 762). Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, define a responsabilidade civil como “a obrigação que lhe incumbe [ao Estado] de reparar economicamente os danos causados a terceiros e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos” (MELLO, 1980, p. 252).

⁵ Teresa Ancona Lopes de Magalhães define que o *dano moral* existe em contraposição ao *dano material*; este é “o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens e valores que não têm conteúdo econômico” (MAGALHÃES, 1980, p. 7).

A mesma autora apresenta percuciente análise do que é o *dano estético*: qualificando-o, acertadamente, como espécie de dano moral. É o que se verá, mais adiante, ao ser analisado esse tipo específico de dano (MAGALHÃES, 1980, p. 28).

Importa, assim, a análise do tema, em face da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes, para bem se posicionar a matéria em face da dura realidade que ora se enfrenta.

I. Evolução histórica

A responsabilidade civil do Estado passou por várias fases no campo do Direito Administrativo até chegar à fase atual.

A admissão da existência da responsabilidade civil do Estado, em tão amplo espectro, é fruto de lenta evolução. Em verdade, José de Aguiar Dias separa as *três diferentes fases* da evolução da ideia de responsabilidade civil do Estado, basicamente, em: 1^a) *fase da irresponsabilidade*; 2^a) *fase civilística*; 3^a) *fase do direito público*. Passa-se ao exame de cada uma delas.

1^a) *Fase da irresponsabilidade*. De início, verificava-se a concepção política-teológica da origem divina do poder; o soberano era “Deus na Terra”. Se Deus não erra, era de se esperar que tal atributo se estendesse aos governantes nomeados por Ele. Assim, prevalecia a tese de que “*the king can do no wrong*”, ou “*le roi ne peut mal faire*” (“o rei não erra”). Era a fase da *irresponsabilidade do Poder Público* pelos seus atos⁶.

O Estado, assim, não respondia por danos causados a particulares, em virtude de suas atividades. Admitia-se, quando muito, a responsabilidade *individual* do agente público causador do prejuízo, em virtude de seu comportamento pessoal. Abstraía-se a sua relação com a Administração Pública.

Sobre essa fase, dizia José de Aguiar Dias (1987) que a irresponsabilidade advinha de noção de fundo essencialmente absolutista. Segundo o autor, Paul Duez assinala, por exemplo, que, já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciais. Acrescenta que a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que, frequentemente, como hoje, o funcionário era insolvável (DIAS, 1987).

Sobre o tema no direito italiano, observam os autores Giorgio Losco e Paolo Mariotti:

La pubblica amministrazione opera, come noto, attraverso organi dello Stato civili o militari, attraverso organi Regionali, Provinciali, Comunali. Nello svolgimento della propria varia e composita attività può arrecadare danni a terzi. In passato l'ordinamento giuridico escludeva se potesse agire per danni nei confronti della Pubblica Amministrazione in base al principio che questa, dati gli scopi che perseguiva non poteva commettere atti antigiuridici e quindi attributivi di responsabilità. Non solo ma si voleva evitare che altri organi ancorché espressivi di altri poteri dello Stato potessero sindacare sull'attività della P.A. Al massimo erano consentiti ricorsi in via gerarchica ovvero avanti ad altri organi della P.A. (LOSCO; MARIOTTI, 1995, p. 25).

José de Aguiar Dias lembrava, outrossim, que o sistema de irresponsabilidade absoluta do Estado

⁶ Também o lembra Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2007).

*[...] persiste na Inglaterra e nos Estados Unidos. No primeiro destes países vigora a regra *The King can not do wrong*, em face da qual não há possibilidade de acionar o rei ou funcionários diretamente dependentes dele com base na responsabilidade civil. Há leis que excluem certos funcionários (juizes, autoridades policiais, sanitárias e alfandegárias) de toda e qualquer responsabilidade, a menos que incorram em culpa grave. O sistema inglês estabelece, ainda, uma série de dificuldades às ações contra os funcionários: prescrição breve, direito outorgado ao funcionário acionado de oferecer ao autor determinada composição pecuniária. (DIAS, 1987, p. 651)*

E, mais adiante:

*Nos Estados Unidos, subsiste o sistema da responsabilidade do funcionário e da irresponsabilidade do poder público, legado pelo direito inglês. A *petition of rights* tem seu similar num processo especial perante a *Court of Claims*, fundada em 1855, o que substituiu os antigos procedimentos propostos ante o próprio Congresso. A própria *Court of Claims* esteve submetida a princípio à aprovação do Congresso, datando de 1863 a sua consagração como jurisdição autônoma, salvo alguns casos de recursos para a Corte Suprema. (DIAS, 1987, p. 653)*

2^a) *Fase civilística*. Passou-se pela *teoria da responsabilidade subjetiva*, também conhecida como *teoria da responsabilidade com culpa*, *teoria intermediária*, *teoria mista* ou *teoria civilista*, em que haveria necessidade de *prova* de culpa do agente público causador do dano. Ela foi adotada de 1874 até 1946, apoiada na lógica do Direito Civil; o fundamento da responsabilidade é a noção de *culpa*. Assim, tal teoria foi superada em face da dificuldade gerada pela *hipossuficiência do administrado* diante do Estado.

Buscava-se fixar a diferença entre os *atos de império* e os *atos de gestão* praticados pelo Estado.

Nestes últimos, segundo Yussef Said Cahali,

[...] o Estado equipara-se ao particular, podendo ter a sua responsabilidade civil reconhecida nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos, lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido, ou não, culpa do funcionário; havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano. (CAHALI, 1988, p. 365)

Weida Zancaner Brunini mostra as razões da decadência dessa teoria:

A doutrina civilista muito contribuiu à evolução da responsabilidade do Estado; todavia a necessidade da ocorrência de culpa, bem como a necessidade da individualização do agente culpado, tornava frágil o direito do lesado, sendo que, muitas vezes, a ação deste era virtualmente impossível, pois, uma vez não dispendo de meios para localizar o agente culpado, tinha sua pretensão denegada pelos tribunais, não recebendo portanto guarida, em muitos casos, a justa

pretensão ressarcitória do lesado, que se via privado de remédio legal que sanasse suas perdas. (BRUNINI, 1981, p. 24-25)⁷

3ª) *Fase do direito público*. Nessa fase, segundo José de Aguiar Dias (1987),

[...] se afirma a predominância do direito social, a que deu impulso e sistematização o notável trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado francês, cuja ação, na autorizada análise de Paul Duez, se pode caracterizar por estas duas proposições: 1ª) A responsabilidade da Administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa, para resultar em teoria autônoma, da “falta do serviço público”, cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precisa; 2ª) Secundariamente, uma concepção original da responsabilidade fundada no risco se projeta ousada e sucessivamente em diversas direções. (DIAS, 1987, p. 660-661)

Nessa fase, sobreveio a *teoria da responsabilidade objetiva*, vigorando de 1947 até os dias atuais. Também conhecida como *teoria da responsabilidade sem culpa* ou *teoria publicista*, ela afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público, fundamentando o dever de indenizar na noção de *risco*. Ou seja, quem presta um serviço público *assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo*.

A discussão sobre a existência de *culpa* ou *dolo* transfere-se para a *ação regressiva*, a ser intentada pelo Estado contra o agente público causador do dano, após a condenação judicial na *ação indenizatória*.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1980) e José Cretella Júnior (1984) destacam como início do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado o denominado “Caso Blanco”. O último autor acima citado afirmava que,

[...] no ano de 1873, uma menina, Agnès Blanco, ao cruzar os trilhos que cortavam uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por um vagão da “Companhia Nacional de Fumo”, que transportava matéria-prima de um para outro edifício. Esta Companhia pertencia ao Estado [...]. O Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de responsabilidade decorrente do mau funcionamento do serviço público. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 280-281)⁸

No tocante ao surgimento da *teoria da responsabilidade objetiva*, é novamente José Cretella Júnior quem observava que tal teoria

⁷ Ainda sobre o tema, Nelson e Rosa Nery lembram: “A CF 37 § 6º estabelece *regime único* da responsabilidade civil da administração pública, que é *objetiva* pelo *risco*, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva do agente ou servidor. Desde a CF/1946, que instituiu a responsabilidade objetiva do Estado, não se encontra mais em vigor o CC/1916 15, que não foi recepcionado. O revogado (por não recepção) CC/1916 15 previa a responsabilidade subjetiva do Estado. No direito vigente é inadmissível a consideração da *culpa* (responsabilidade subjetiva) para afirmar-se o dever de o Estado indenizar” (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 360).

⁸ No mesmo sentido era o entendimento de Celso Ribeiro Bastos (1995).

[...] entende a responsabilidade como a situação resultante do próprio fato, como consequência do risco criado, sem indagar da conduta do agente, sua negligência ou imprudência. [...] A teoria do risco integral, colocando de lado a investigação do elemento pessoal, intencional ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares praticados por agentes no exercício normal de suas funções. (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 296)

II. As teorias referentes à responsabilidade civil do Estado

Hely Lopes Meirelles examinava as diversas teorias a respeito da doutrina do direito público, no tocante ao tema da responsabilidade civil do Estado, afirmando que, basicamente, seria possível falar em *três teorias*: a) teoria da *culpa administrativa*; b) teoria do *risco administrativo*; c) teoria do *risco integral*. A primeira

[...] representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. (MEIRELLES, 2015, p. 764)

Ainda segundo o autor, essa teoria estabeleceu o binômio “falta de serviço – culpa da Administração”. Sua falha seria exigir da vítima que, além de suportar a lesão sofrida, viesse a comprovar a falta de serviço para obter a indenização.

Quanto à *teoria do risco administrativo*, vê-se que, atualmente, esta é a que goza do maior prestígio entre os doutrinadores. Parte do princípio de que *é dispensada a prova da culpa da Administração, por parte da vítima, para que possa a mesma pleitear uma indenização do Poder Público*⁹; entretanto, permite a este que *“demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização”* (MEIRELLES, 2015, p. 765). Ou seja, a Administração poderá sempre “demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização” (MEIRELLES, 2015, p. 765)¹⁰.

Trata-se, à evidência, da teoria que melhor aborda o tema, pois, se de um lado é justa para com a vítima, a parte mais fraca da equação, desonerando-a de provar a culpa do agente público pelo ato que, alegadamente, lhe tenha causado danos; por outro lado permite à Fazenda Pública a comprovação de que tais fatos não se deram por culpa de seu agente, desonerando-se de qualquer dever de reparar o dano.

A respeito, José Afonso da Silva observa:

Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois

⁹ A respeito do tema, José Celso de Mello Filho, analisando a Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, aduzia, no tocante ao art. 107: “O texto constitucional institui a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e consagra a teoria do risco administrativo. Nesse sentido: RDA, 55:261, 58:319, 97:177; RT, 201:163, 255:328, 382:138, 449:104, 273:700, 330:270” (MELLO FILHO, 1986, p. 320).

¹⁰ No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes (2008).

a obrigação de ressarcir-los, por parte da Administração ou entidade equiparada, fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (SILVA, 2002, p. 107)

Por último, verifica-se a *teoria do risco integral*. Hely Lopes Meirelles lembra, a propósito, que se trata de

[...] modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. (MEIRELLES, 2015, p. 765)

Como foi dito, essa teoria foi relegada ao esquecimento.

A *teoria da responsabilidade objetiva* demanda três requisitos: a) *ato ou omissão do agente público*; b) ocorrência efetiva de *dano*¹¹; c) *nexo causal entre um e outro*. Exige tal teoria apenas um *fato do serviço*, causador de danos ao particular¹².

III. Disposições legais específicas sobre o tema

No Código Civil de 2002, enfatiza-se a aplicação da *teoria objetiva* para os danos causados pelo Estado. Diz o art. 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

O Código Civil de 1916 já trazia disposição assemelhada, em seu artigo 15, com a ressalva de que, ao invés de *agentes*, referia-se o texto a *representantes*, além de enfatizar que estes deveriam proceder *de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei*.

Vê-se, assim, que tal dispositivo consagrava a *teoria da culpa* como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Dissertando a respeito, Hely Lopes Meirelles (2015) aduzia que:

A imprecisão do legislador, todavia, propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência, entre os que viam nele a exigência da demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a

¹¹ Como um dos elementos cruciais da própria responsabilidade civil, é definido por Rubens Limongi França como sendo “a diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico” (FRANÇA, 1991, p. 881). Dentro dessa definição, é possível dar um escopo bastante largo ao *dano*, considerando-o não só sob o seu aspecto patrimonial, como também *moral*, estando o referido *dano moral* consagrado, nos dias atuais, pela própria Constituição Federal (art. 5º, V).

¹² Sobre o tema, Alexandre de Moraes observa: “Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência de dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal” (MORAES, 2008, p. 366).

responsabilidade civil sem culpa, em determinados casos de atuação lesiva do Estado. (MEIRELLES, 2015, p. 766)

O autor arrematava:

Temos para nós, que o questionado art. 15, nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos, a demonstração desse elemento subjetivo, para a responsabilização do Estado. (MEIRELLES, 2015, p. 766)

Assim, é de se entender que prevaleceu a doutrina subjetiva até o advento da Constituição de 1946, em especial de seu artigo 194, que acolheu a teoria objetiva do risco administrativo. É autorizado concluir-se que, *antes* disso, prevalecia a teoria subjetiva, inclusive consagrada no Código Civil de 1916, em seu art. 15.

No art. 37, parágrafo 6º, da atual Constituição Federal, a questão vem posta da seguinte forma:

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.

Tal dispositivo segue a linha de seus antecessores (art. 194 da Constituição Federal de 1946 e art. 107 da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969), consagrando a *teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública* sob a modalidade do *risco administrativo* (não se chegou à extremada teoria do risco integral, felizmente).

É importante observar, a propósito, que o texto da Constituição Federal de 1967 (com a Emenda de 1969) colocava a expressão *funcionários*, sendo certo que a atual, de 1988, refere-se a *agentes*, expressão de âmbito mais abrangente do que a anterior. De qualquer forma, o conceito de *funcionário público*, já para o texto constitucional anterior, era, segundo o entendimento de José Celso de Mello Filho, “amplo, abrangendo todos quantos exerçam a função pública, seja em caráter permanente ou não. Nesse sentido: RDA, 33:84, 13:123, 45:348, 24:246; RT, 159:153, 177:671, 181:316, 224:222, 227:203, 234:410” (MELLO FILHO, 1986, p. 321).

Destarte, para os fins do presente trabalho, é óbvio que o agente prestador de serviços médicos da área pública, seja qual for sua função, *é agente público, ocasionando suas ações ou omissões, que causem dano a terceiros, responsabilidade civil do Poder Público.*

Inova o texto constitucional, quanto ao anterior, ao incluir as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos*, o que inexistia no art. 107, *caput*, da CF/67, com a Emenda Constitucional de 1969. Destarte, a nova Constituição *amplia* o leque de entes da Administração Pública sujeitos à teoria do risco administrativo¹³.

¹³ Sobre o tema, discorre José Afonso da Silva: “O direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores, nesta qualidade, causam a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente. Agora, a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas, de direito privado, que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as

Na verdade, sob a égide da CF/67, *já se considerava existente a responsabilidade civil objetiva das referidas pessoas jurídicas*, ainda que sem a literalidade do texto constitucional atual. É novamente José Celso de Mello Filho que escreve:

A responsabilidade civil das empresas públicas e das sociedades de economia mista, por atos danosos praticados na execução dos serviços públicos, é objetiva. Em caso de insolvência dos entes paraestatais, o Poder Público responde subsidiariamente, de modo integral e objetivo. Nesse sentido: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Prestação de serviços públicos e administração indireta, 2. Ed., Revista dos Tribunais, 1979, p. 118-20 e 141-2; HELY LOPES MEIRELLES, Direito administrativo, cit., p. 626. Contra: RT, 535:199. (MELLO FILHO, 1986, p. 321)

IV. Excludentes da responsabilidade civil

Como o Direito Administrativo brasileiro adota a *teoria do risco administrativo*, são admissíveis as denominadas *excludentes* da responsabilidade civil estatal.

Conquanto prevaleça a responsabilidade *objetiva* do Estado, em casos em que poderá, ao se defender, tentar demonstrar a inexistência de culpa de seus prepostos pelo *evento danoso*, produzindo prova em juízo que demonstre não ter o funcionário agido com culpa, nem incorrido em omissão quando deveria agir. Para tanto, deverá demonstrar a existência de uma das referidas *excludentes* da responsabilidade civil.

São elas:

- a) *Culpa exclusiva ou concorrente da vítima* – Dá-se quando o prejuízo é consequência de *intenção deliberada do próprio prejudicado*, ou, no mínimo, de *falta a ele atribuível*. No caso de responsabilidade civil médica, admite-se como exemplo o caso de paciente que não segue as recomendações de seu médico, ou mesmo que, internado em hospital público, vem a cometer suicídio. Nos casos de *culpa concorrente*, a solução é diferente. Nesses casos, a vítima e o agente público têm a denominada *culpa recíproca*, ocasionando o prejuízo. Resolve-se usualmente com a produção de *prova pericial*, para o fim de verificar quem foi o maior culpado. Faz-se um processo de *compensação de culpas*. A culpa concorrente *não é excludente da responsabilidade estatal*, mas mero fator de *mitigação ou causa atenuante* da mesma, como dispõe o art. 945 do Código Civil de 2002;
- b) *Força maior* – Cuida-se de um acontecimento *involuntário, imprevisível e incontrolável*, que rompe o nexo de causalidade entre a ação estatal e o prejuízo sofrido pelo particular. No caso em pauta, é admissível como exemplo a imprevista falta de energia elétrica, em meio a uma cirurgia, causada por tempestade (fato da natureza). Outrossim, no denominado *caso fortuito*, o dano é decorrente de *ato humano ou de falha da administração*. Como exemplos poderiam ser citados o rompimento de adutora, causando a falta de água no

autorizatórias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade pelos danos causados a terceiros" (SILVA, 2002, p. 107).

nosocômio, ou a pura e simples falta de medicamentos específicos, por incúria da administração. *A força maior exclui a responsabilidade estatal; o caso fortuito, contudo, não a exclui;*

- c) *Culpa de terceiro* – O prejuízo pode ser atribuído a *peessoa estranha aos quadros da Administração Pública*. Como exemplo poderia ser citado o caso de insano que invade hospital público e ataca pacientes indefesos, antes de ser contido por seguranças. Contudo, nesses casos, o Estado ainda pode responder, no caso de restar comprovada a sua culpa. Por exemplo, no caso acima citado, tendo a segurança sido alertada dos fatos, sem, contudo, tomar providências¹⁴.

Nos três casos acima, temos a *exclusão de causalidade*, rompendo-se o *nexo causal* entre a conduta da parte e o resultado lesivo¹⁵.

V. O dano. Considerações sobre a atividade médica. A obrigação de meio e a de resultado

Não se pode falar em responsabilidade civil, mesmo do Estado, se inexistente o *dano*. Trata-se, como dizia Yussef Said Cahali, de um dos “*pressupostos da pretensão ressarcitória*” (p. 374); ou seja, o **evento danoso** (*eventus damni*), que deve vir sempre junto com os outros dois: o **nexo de causalidade** e a **qualidade de agente público na prática do ato** (CAHALI, 1988). Destarte, o *dano* é um dos pressupostos para que a vítima possa ser indenizada pelo responsável.

Bem precisa, a propósito, é a lição de Rubens Limongi França. Segundo ele, dano “é a diminuição ou subtração causada por outrem, de um bem jurídico” (FRANÇA, 1991, p. 881).

No direito italiano, temos a lição de Alberto Trabucchi, o qual, citando decisão da *Cassazione*, afirma que esta

[...] ha stabilito che il danno non consiste nella distruzione o nel deterioramento di una cosa, bensì nell'effettiva diminuzione che si subisce calcolando la differenza tra il valore attuale della situazione dell'avente diritto e quello che essa avrebbe avuto se non fosse intervenuto il fatto danoso. (TRABUCCHI, 1992, p. 201)

Os conceitos de *dano* e de *responsabilidade civil* são estreitamente ligados. Tal é a constatação, também, de Rubens Limongi França, para quem a responsabilidade civil é,

¹⁴ É ainda Alexandre de Moraes quem lembra, a propósito do tema, que o princípio da responsabilidade objetiva “não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA137/233 – RTJ 55/50)” (MORAES, 2008, p. 367).

¹⁵ Verifique-se, a propósito, a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização - Danos morais e estéticos decorrentes de complicações da enfermidade da paciente - Verba indevida dada a ausência de demonstração da imperícia ou desidía da equipe médica de hospital público - Concessão, entretanto, da assistência médico-hospitalar” (Ap. 96.02.36297-9/RJ – 4ª T. – j. 08.10.1997 – rel. Des. Federal Clélio Erthal – DJU 30.04.1998 – Publicado na *Revista dos Tribunais*, volume 754/437, ano 87, agosto de 1998). A ementa da redação está assim redigida: “A responsabilidade civil das pessoas de direito público decorre da ação danosa de seus servidores. Portanto, não comprovado que as complicações da enfermidade da paciente foram ocasionadas por imperícia ou desidía da equipe médica de hospital público, incabível a indenização por danos morais e estéticos, fazendo jus, entretanto, à assistência médico-hospitalar, compreendendo internação, intervenções cirúrgicas e acompanhamento”.

sinteticamente, “a obrigação de pagar o dano” (FRANÇA, 1991, p. 881). De outro lado, o dano, ainda segundo o renomado mestre, “pode ser **patrimonial** ou **moral**, conforme seja ou não, por natureza, redutível a uma soma pecuniária” (FRANÇA, 1991, p. 881).

Os danos causados a terceiros por conta da atividade de prestação de serviços médicos são de amplo espectro. Tanto pode ocorrer dano a paciente submetido a uma cirurgia em hospital público, como pode ocorrer dano simplesmente pelo fato de o paciente estar internado em um hospital e lá ocorrer um acidente, ou, ainda, um mal atendimento por parte de funcionário ou uma agressão física por parte de outro(a) paciente, como em um dos casos que adiante será citado.

A propósito, Miguel Kfoury Neto (2003) lembra o teor do Código Civil Brasileiro de 1916, que enumerava as atividades de *médico*, *cirurgião*, *dentista*, *farmacêutico* e *parteira* como as que podem causar danos a pacientes e, em consequência, gerar a responsabilidade civil. Tal autor ainda lembra que “a atividade curativa, em regra, não gera risco ao paciente. Antes, muito pelo contrário, visa a afastar o risco de agravamento de seu estado de saúde, propiciando a cura total” (KFOURY NETO, 2003, p. 61).

A *responsabilidade civil do médico* é, em regra, *subjéctiva*. Tem natureza *contratual*, na medida em que o paciente procura o médico com o objetivo de obter tratamento para os seus males. José de Aguiar Dias lembra: “[...] a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. [...] Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos” (DIAS, 1987, p. 281-282). O autor referia-se ao Código Civil de 1916.

Entretanto, isto se dá quando existe *relação direta paciente/médico*, o que não se aplica quando o paciente procura atendimento em um *hospital público*. Fundando-se, nesse caso, a responsabilidade no *risco administrativo*, esta será a mesma *responsabilidade objetiva*, *invertendo-se o ônus da prova* - quando então cabe ao autor da ação apenas provar a existência da *ação ou omissão* do réu, além do *resultado danoso*, sendo a culpa do réu, nesse caso, presumida.

O autor, então, não irá processar diretamente o *agente causador do dano*, como seria no caso da referida relação contratual. *Processará, isto sim, a Fazenda Pública - estadual, municipal ou federal*, de acordo com o hospital ou a qualificação de funcionário público do agente causador do dano.

É importante, outrossim, que, para se caracterizar a responsabilidade civil do Estado, além do *dano*, da *conduta do agente* e do *nexo de causalidade entre os dois*, estejam presentes a *negligência*, a *imprudência* ou a *imperícia* na conduta (ou omissão) do agente, como se vê no texto do art. 951 do Código Civil de 2002.

A *negligência* é a conduta do agente que se apresenta em total oposição à *diligência*, atitude que deve ser atribuída ao profissional competente, consciente; é a antítese da atitude que pode ser considerada como aquela do *bonus pater familias*, do homem de princípios, que atua com consciência. A negligência anda de mãos dadas com a *desatenção* e a *distração*, por conta da atividade convulsiva dos tempos modernos. É um comportamento que denota insensibilidade, superficialidade ou falta de senso de dever no confronto com os problemas do paciente. O profissional desatento e negligente, especialmente em atividade de tanta importância como a médica, pode acarretar danos às vezes irreparáveis a seus pacientes.

A *imprudência* consiste na não previsão das consequências danosas das próprias ações, contradizendo, assim, os preceitos de elementar prudência. Sob o aspecto médico-legal, é imprudente o agente da área de saúde que não avalia com atenção suficiente a relação risco-benefício da própria conduta.

Já a *imperícia* é o comportamento incompatível com o mínimo de conhecimento e experiência que se pode esperar da parte de quem seja habilitado ao exercício de sua profissão. Assim, no tocante ao tema específico deste trabalho, é de se considerar imperito o médico que demonstra não conhecer noções fundamentais ou não possuir atualização nas áreas clínica, diagnóstica e terapêutica, já consolidadas na *praxis* médica.

No direito italiano, novamente Giorgio Losco e Paolo Mariotti (1995) aduzem que o erro do médico *especialista* deve ser avaliado com mais severidade do que aquele do médico clínico geral,

[...] *in considerazione di quel superiore grado di conoscenza, abilità o perizia che sono proprie del titolo specialistico, per il cui conseguimento è richiesto un corredo culturale e sperimentale e una capacità personale di scienza ed esperienza.* (LOSCO; MARIOTTI, 1995, p. 147)

Tanto lá como cá, a atividade do médico é considerada como *obrigação de meio*, e não de *resultado*, reservando-se a esta última apenas a atividade do cirurgião plástico. Ou seja, para a atividade médica em geral, o que se espera do profissional é a *diligência*, o *compromisso* com o exercício dessa atividade, empregando o profissional todos os meios disponíveis e todos os conhecimentos que possui para dar a seu paciente o melhor resultado possível; não sendo cabível esperar-se que prometa a um doente a cura de seus males (em especial se os mesmos são de considerável gravidade). Deve o médico, assim, empenhar-se com a diligência exigida da natureza da sua atividade e pela gravidade da moléstia combatida, não lhe sendo exigido, contudo, que obtenha a cura da mesma, mas que demonstre ter se empenhado nesse mister.

No tocante à referida atividade do *cirurgião plástico*, é compreensível que seja a mesma *obrigação de resultado*. Como a maioria imensa das cirurgias plásticas é *eletiva*, não espera o paciente sair da mesa de cirurgia pior do que entrou. Isso é evidente, malgrado os protestos reiterados da classe dos médicos dessa especialidade.

Apenas pode ser considerada tal atividade como *obrigação de meio* em casos específicos. Por exemplo: uma jovem ter seu rosto desfigurado por ataque de um cachorro feroz. Nesse caso, muitas vezes a cirurgia feita é de emergência, com o objetivo de reparar danos mais sérios, visando restaurar o rosto da paciente o quanto possível. É o que ocorre também em casos de acidentes de automóvel, queimaduras, entre outros. Nesses casos, a obrigação do cirurgião é de *meio*; ou seja, de fazer o *melhor possível, dentro das circunstâncias*.

Tais observações são feitas *a latere*, pois, usualmente, a cirurgia plástica eletiva desenvolve-se em clínicas particulares, não em hospitais públicos.

VI. Danos por omissão

Há casos em que o Estado deixa de agir, não logrando impedir um resultado lesivo. É o denominado *dano por omissão*, em oposição ao *dano por ação de agente público*.

Vários exemplos a respeito do tema podem ser lembrados, no que tange à responsabilidade civil do Estado, em geral. Assim, recorrentes são os casos de *enchentes*, em época de chuvas fortes, quando então ocorrem os *alagamentos*, com as consequentes perdas materiais sofridas pela população; tais alagamentos usualmente ocorrem pela confluência dos fatores *chuvas fortes* e *falta de obras adequadas para conter os seus efeitos*, como a limpeza de bocas-de-lobo, piscinões etc. Também é comum a *queda de árvores*, muitas vezes ligada à referida época de chuvas, mas, na maioria das vezes, à falta de tratamento adequado dessas árvores, usualmente tomadas por cupins e outras pragas que as enfraquecem.

Também podem ser lembrados os conhecidíssimos *buracos na via pública*, que infernizam a vida de todos os motoristas, bons e maus; e, em se tratando de responsabilidade civil médica, a *omissão de socorro*; a *falta de controle do funcionamento de máquinas de suporte de vida*, entre outras.

O que há em comum em todos esses casos? A resposta: a *inexistência de ato estatal* causador de prejuízo.

Há, isto sim, *inação, ausência de atividade do Estado*, quando *deveria* agir para evitar a ocorrência de danos à população.

Os danos por omissão são indenizáveis quando configurada a *omissão dolosa ou culposa*. Ou seja, nos casos de *omissão dolosa*, o agente encarregado de praticar a conduta *decide omitir-se, deixando de evitar o prejuízo*; nos casos de *omissão culposa*, a falta de ação do agente deriva de sua *negligência* na forma de exercer a sua função administrativa. Na área da responsabilidade civil do Estado prestador de serviços de saúde, pode ser lembrado o exemplo do médico plantonista ou do enfermeiro que adormecem em serviço, não conseguindo, por isso, evitar a morte de paciente.

Como se trata de *responsabilidade civil objetiva*, tal qual visto no início deste trabalho, o que se tem entendido é que, nesses casos, deve se operar a *inversão dos ônus da prova*. Ou seja, para se desonerar da obrigação de ressarcir o dano causado por tal omissão, cabe ao Estado, para derrubar a presunção de sua culpa, comprovar que não agiu com culpa ou dolo.

No atual momento, com a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), têm sido registrados diversos casos em que pacientes são diagnosticados açodadamente como portadores de simples gripes (ou “gripezinhas”...) e dispensados para se tratarem em suas casas – e, com a evolução da doença, chega-se a um resultado letal.

A omissão, nesses casos, ocorre pelos conhecidos fatores de *imprudência, imperícia* ou *negligência* - ocasionando, de qualquer forma, a responsabilidade civil do Estado, caso se comprove o nexo de causalidade com o resultado danoso.

VII. Dano moral e dano estético

O *dano moral* pode ser considerado como sendo o *dano não-patrimonial*; é aquele que *não se pode considerar como puramente econômico*. A maioria dos juristas que se debruçam sobre o delicado tema associa-o a sentimentos como *dor, tristeza, angústia* e outros semelhantes. E, malgrado mais recentemente venha ganhando maior destaque, tanto na doutrina como na jurisprudência, o dano moral *não é novidade*; o próprio Código Civil brasileiro de 1916 trazia diversos artigos que, ainda que indiretamente, o consagravam

(ver, por exemplo, os artigos 1543, que referia-se ao *valor de afeição* da coisa esbulhada que o esbulhador não mais pode devolver; 1549, que tratava da *violência sexual e ultraje ao pudor*; e, especificamente, o artigo 1538, que se referia ao *dano estético*). Veio a ganhar foros de maior notabilidade devido ao texto da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem” (grifo meu).

Segundo Teresa Ancona Lopes de Magalhães, “a definição de dano moral tem que ser dada sempre em contraposição a dano material, sendo este o que lesa bens apreciáveis pecuniariamente e aquele, ao contrário, o prejuízo a bens ou valores que não têm conteúdo econômico” (MAGALHÃES, 1980, p. 7).

Agostinho Alvim (1965) traz à baila o conceito de Gabba do dano moral, ou não-patrimonial, como sendo o “dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio” (p. 215). E é ainda o mesmo autor quem fazia acendrada defesa do dano moral, afirmando:

Dizer que, se o dano moral não repercutir no patrimônio, deixará de ser indenizável, é negar, pura e simplesmente, indenização por dano moral, porque somente o dano que não repercute no patrimônio é dano moral. O outro é patrimonial. (ALVIM, 1965, p. 217)

O *dano estético*, outrossim, não sendo dano que se possa considerar como sendo *puramente patrimonial*, há de ser efetivamente considerado como sendo uma *espécie de dano moral*.

A propósito, também diz Teresa Ancona Lopes de Magalhães:

Em resumo, diríamos que o dano estético é a lesão a um direito da personalidade - o direito à integridade física, especialmente na sua aparência externa. Como todo direito da personalidade, qualquer dano que o seu titular possa sofrer vai ter consequências materiais mas, principalmente, morais e, portanto, não podemos conceber prejuízo estético que não seja também prejuízo moral, pois a pessoa a partir do momento da lesão está menos feliz do que era antes ou, como quer Minozzi, o dano vem perturbar “il nostro stato di felicità”. Portanto, tal ofensa não pode ficar impune e, dentro do campo da responsabilidade civil, a sua reparação tem que ser a mais integral possível para que, caso não possam as coisas voltar ao estado em que se encontravam antes, tenha a vítima do dano, pelo menos, alguma satisfação ou compensação e, desta forma, possa ver minorado o seu padecimento. (MAGALHÃES, 1980, p. 28)¹⁶

¹⁶ Não apenas no direito brasileiro admite-se a indenização por dano puramente moral. O art. 2.059 do *Codice Civile* italiano, por exemplo, estabelece que “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”, admitindo, portanto, o seu ressarcimento. Sobre essa questão, diz Alberto Trabucchi: “proprio a questo proposito, e cioè riguardo alla valutazione dei beni che formano oggetto di risarcimento tra le conseguenze sanzionatorie di un illecito, stiamo assistendo a una profonda evoluzione, che si esprime già nell’interpretazione più larga di una norma, l’art. 2059, la quale pone dei limiti alla considerazione dei ‘danni non patrimoniali’” (TRABUCCHI, 1992, p. 203).

Silvio Rodrigues, para justificar a indenização da vítima, em casos de dano moral e dano estético, trazia à baila a seguinte argumentação:

A ideia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nesta hipótese há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão. (RODRIGUES, 1981, p. 194)

O *dano moral*, o qual engloba também o *dano estético*, é, assim, o *dano não patrimonial*, não econômico, sendo considerado como *indenizável*, lançando-se mão de indenização em pecúnia, no mais das vezes, como forma de compor-se tal patrimônio danificado.

Pois bem.

O art. 37, § 6º, da CF/88, como já aduzido, traz à baila a responsabilidade civil do Estado, pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. E o Estado *também presta serviços na área da saúde*, havendo grande número de hospitais públicos, federais, estaduais e municipais, em funcionamento em nosso país.

Caso haja dano – patrimonial ou moral – causado a paciente de um desses hospitais, em virtude de *ação* ou *omissão* de agente público da área da saúde (não se cingindo essa categoria, por óbvio, aos médicos), caberá indenização ao paciente prejudicado, aplicando-se a *teoria do risco administrativo*. Admite-se que o Estado possa produzir prova em sua defesa, no sentido de desonerar-se da responsabilidade em questão, caso consiga comprovar que seus agentes não se houveram com culpa, incidindo alguma das hipóteses das *excludentes* de responsabilidade civil (*culpa exclusiva* ou *concorrente da vítima, força maior e culpa de terceiro*).

A comprovação da existência de uma dessas hipóteses causaria a *desoneração da culpa do Poder Público* em semelhante caso¹⁷.

VIII. Ação indenizatória. A indenização

A ação indenizatória é aquela proposta pela vítima contra a pessoa jurídica à qual pertence o agente público causador do dano (in casu, o profissional da área médica que teria atendido o paciente ou a pessoa lesada em questão).

Assim, tendo ocorrido dano a paciente, por exemplo, de hospital público municipal, cabível é o ajuizamento de ação de indenização contra a Prefeitura Municipal, responsável pelo hospital em questão, para o fim de obter de tal ente público a indenização correspondente ao dano causado.

O *pedido administrativo de indenização* pode ser formulado, mas não é necessário que a parte esgote as vias administrativas para levar a sua pretensão a Juízo. O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, é bem objetivo ao dispor no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁷ Vide, a propósito, decisão do TRF/2ª Região, citado neste trabalho, ao serem examinadas as excludentes da responsabilidade civil.

Dessa forma, em especial atenção a esse dispositivo, o Judiciário vem sistematicamente afastando alegações das Fazendas Públicas, no sentido de que os autores de ações indenizatórias, movidas contra elas, seriam carecedores de ação, por não terem formulado pedido administrativo, antes do ajuizamento das ações em questão¹⁸.

Indaga-se: é cabível o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente causador do dano?

O STF sempre entendeu que **não** (vide RE 327.904/SP, j. 15.08.2006, entre outros). A responsabilidade civil, *in casu*, há de ser do *ente público para o qual o agente, causador efetivo do dano, trabalha*. Assim como o Código Civil prevê a responsabilidade do patrão ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos, “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (art. 932, III, do Código Civil de 2002), *assim deve ser com relação aos danos causados por agentes públicos*, em face da teoria do *risco administrativo*, sendo descabido o ajuizamento de ações indenizatórias diretamente contra estes.

Isso não impede, outrossim, que, aqui e ali, surjam pedidos isolados, mais semelhantes a autênticas *aventuras jurídicas*, onde o autor da ação ajuíza-a diretamente contra o servidor que, alegadamente, causou-lhe o dano imputado.

Alexandre Mazza (2017) lembra, por outro lado, que há uma **posição isolada da 4ª Turma do STJ**, que admitiu o ajuizamento de ação direta de indenização contra agente público (REsp 1.325.862/PR), entendendo que é possível que o particular, vítima de ato danoso causado por agente público, venha a ajuizar ação de indenização contra: a) o *Estado*; b) o *agente público*; c) *ambos, em litisconsórcio passivo*.

O doutor Ministro relator entendeu que

a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

Tal tese, contudo, repita-se, é *absolutamente isolada*, contrariando a jurisprudência do STF e a majoritária *do próprio STJ*. Dessa forma, com a devida vênia da respeitável posição isolada, fica-se com a posição majoritária, mais consentânea com a doutrina e jurisprudência consagradas a respeito da matéria.

A ação de indenização, *in casu*, é processada pelo rito ordinário e usualmente demanda a produção de *prova pericial*, para o fim de se estabelecer se há *nexo de causalidade* entre o *ato* ou a *omissão* do agente público e o *dano* causado ao particular que se serviu dos serviços médicos fornecidos pelo Poder Público. É claro que outras provas podem ser admitidas, inclusive a prova oral; contudo, a mais contundente na formação da convicção do

¹⁸ A propósito dessa questão, Nelson e Rosa Nery assim dissertam: “Prévio esgotamento da via administrativa. Não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/1967 153 § 4º). Não é de acolher-se alegação da Fazenda Pública, em ação judicial, de que não foram esgotadas as vias administrativas para obter-se o provimento que se deseja em juízo (RP 60/224). Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições desportivas é que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF 217 § 1º) [...]” (NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 179).

jugador decerto há de ser a mencionada prova pericial, com o pronunciamento de *expert* da área médica, fornecendo ao magistrado subsídios para a séria decisão a ser tomada.

No que diz respeito à *indenização* a ser paga às vítimas de tal tipo de dano, a jurisprudência de nossos tribunais tem sido generosa, entendendo que deve ser a *mais ampla possível*, no sentido de se *restituir à vítima o mais que se possa ao seu estado físico anterior*, custeando-se os *tratamentos* necessários para tanto. Cirurgias, tratamentos médicos diversos, odontológicos, aparelhos ortopédicos etc.; tudo é admissível no intuito do restabelecimento da vítima ao seu *status* anterior à lesão causada pelo agente público. Da mesma forma, admite-se a condenação do Poder Público responsável pelo pagamento de *pensão mensal vitalícia*, incluindo-se aí o 13º salário, para o fim de compensar a vítima pela perda ou redução de sua capacidade laborativa. Cabível lembrar-se do *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002, que afirma que a indenização se mede *pela extensão do dano*.

O importante, assim, para que haja a correta indenização, é que ela seja a *que mais aproxime a vítima do estado anterior ao dano*. Ou, como observa Teresa Ancona Lopes de Magalhães:

Finalmente, deverá compor o prejuízo, a fim de que a indenização seja a mais completa possível, não só a verba destinada a cobrir a parte material do mesmo mas principalmente aquela a título de ressarcimento moral pelos danos à integridade física da vítima, que teve seus direitos humanos injustamente violados. (MAGALHÃES, 1980, p. 46)

O Código Civil Brasileiro de 1916 oferecia alguns parâmetros para a composição do dano, em especial nos seus artigos 1.538 a 1.540. O Código Civil de 2002 traz algumas inovações sobre a matéria, nos artigos 944/ 945 e 949 a 951.

O primeiro afirma que a indenização se mede pela *extensão do dano*, podendo o juiz reduzir equitativamente a indenização, no caso de haver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (parágrafo único).

O art. 945 trata da questão da *culpa concorrente*, abordada anteriormente neste artigo; tendo a vítima *concorrido culposamente para o evento danoso*, será reduzida a culpa do autor do dano. É possível fixar-se um valor substancialmente inferior àquele que seria devido, a título de indenização, caso o conjunto probatório aponte no sentido de ter a própria vítima concorrido para o resultado danoso. Um exemplo, na área da responsabilidade civil médica, seria o caso de o paciente *omitir informações* importantes, no que toca à sua saúde, redundando a mencionada omissão no surgimento ou no agravamento do dito resultado danoso.

No art. 949, encontram-se as disposições referentes às *lesões ou outras ofensas à saúde*, quando então “o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

O art. 950 cuida da *perda* ou da *redução da capacidade laborativa do ofendido*. Nesses casos, haverá necessidade de pagamento das *despesas com o tratamento e lucros cessantes*, até o *fim da convalescença*; da mesma forma, será necessário o pagamento da *pensão* correspondente à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou, ou da *depreciação* que sofreu, podendo o prejudicado, se o preferir, exigir que a indenização seja *arbitrada e paga de uma só vez*.

Por fim, o art. 951 aduz que o disposto nos artigos 948 (que trata do caso de *homicídio*), 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização 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*.

Tais disposições aplicam-se perfeitamente à matéria *sub examine*, como exposto ao longo do texto.

IX. Denúnciação à lide e ação regressiva

O novo Código de Processo Civil, no art. 125, diz ser “admissível” a denúnciação (já não mais *obrigatória*) “àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”.

É alegadamente prejudicial aos interesses da vítima, por trazer ao processo discussão sobre *culpa ou dolo do agente causador do dano*, ampliando o âmbito temático da lide em desfavor da maior rapidez da solução do conflito.

A *doutrina majoritária* rejeita a possibilidade de denúnciação da lide em tais ações. Já a *jurisprudência majoritária* tem admitido a denúnciação do agente público como uma *faculdade* em favor do Estado.

A *ação regressiva*, por seu turno, é *proposta pelo Estado contra o agente público causador do dano*, nos casos de *culpa e dolo* (art. 37, parágrafo 6º, CF). Seu pressuposto é *ter o Estado sido condenado na ação indenizatória proposta pela vítima*.

A existência da possibilidade do ajuizamento dessa ação regressiva pelo Poder Público contra o agente causador do dano demonstra, ainda, a meu ver, que a tese desenvolvida pelo STJ no REsp 1.325.862/PR, referida alhures, não é, com a devida vênia, a que melhor soluciona a questão.

X. Jurisprudência sobre o tema

Os repertórios de jurisprudência dos diversos Tribunais brasileiros apresentam inúmeros casos de ações movidas contra o Estado, como prestador de serviços de saúde.

Assim, exemplificando, a Apelação Cível nº 134.973-1 consiste em caso em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) analisou pedido de indenização por cirurgia alegadamente mal feita em hospital público, que redundou em paralisação de um dos braços da autora da ação. Analisando o pedido, o TJSP assim se pronunciou: “Com efeito, a prova dos autos mostra que a apelada foi vítima de erro médico, devendo o Estado responder pelo fato ocorrido no Hospital do Servidor Público” (3ª Câmara Civil, relator o Desembargador Flávio Pinheiro, j. 19.02.91).

Em outro caso, o TJSP acolheu pedido de indenização formulado por paciente de hospital público que, internada em Hospital Psiquiátrico do Estado de São Paulo, vitimada por paralisia, veio a ser atacada por outra paciente, sofrendo lesões gravíssimas (arrancamento dos globos oculares). Tal caso é típico da denominada *omissão* do Poder Público, consistente, aqui, no seu dever de vigilância e custódia dos pacientes de referido hospital (Apelação Cível nº 52.655/1; 4ª Câmara Civil; relator o Desembargador Alves Braga; j. 18.10.84).

Ainda em outra oportunidade, o TJSP acolheu pedido de indenização, formulado por paciente que contraiu infecção durante internação em hospital, condenando este a

responder pelos custos do tratamento em outro hospital (Apelação Cível nº 234.259-2; 16ª Câmara Civil; relator o Desembargador Nelson Schiesari; j. 21.06.91).

No tocante, por exemplo, ao referido *dano estético*, o TJSP acolheu pedido de indenização de paciente que, submetida a mamoplastia, veio a apresentar deformidade estética (Apelação Cível nº 233.608-2/7; 9ª Câmara Civil; relator o Desembargador Accioli Freire; j. 09.06.94).

Muitos são os exemplos; contudo, é de se ressaltar que também se verifica a existência de muitos casos em que as Cortes *não acolhem* os pedidos de indenização, dada a sua evidente improcedência.

Assim, exemplificando o que foi dito anteriormente, respeitadamente ao caso de *culpa exclusiva da vítima*, quando o paciente vem a cometer *suicídio* nas dependências de hospital, o TJSP negou indenização à viúva de paciente etilista e com quadro de depressão (causado pela supressão da bebida alcoólica) que se suicidou quando internado no referido hospital (Apelação Cível nº 213.395-01; 1ª Câmara Civil; relator o Desembargador Alexandre Germano; j. 25.08.94).

Em outro caso curioso, o mesmo TJ indeferiu pedido de indenização movido contra a Fazenda do Estado por familiares de paciente que, vítima de picada de cobra, veio a óbito após ser atendido no Instituto Butantã, tendo, contudo, sido liberado *a pedido próprio*, afirmando estar se sentindo bem. O que se entendeu foi que, além de não ter ficado comprovada a existência de conduta culposa do profissional médico que atendeu o referido paciente, *a própria vítima contribuiu para o resultado fatal*, ao pleitear sua liberação precoce do Instituto (Apelação Cível nº 72.983/1; 8ª Câmara Civil; relator o Desembargador Fonseca Tavares; j. 08.10.86).

Ainda, há caso em que paciente portadora de luxação displásica bilateral dos quadris foi submetida a cirurgia em hospital do IAMSPE, sem sucesso, tendo seu quadro aparentemente sido agravado. Entretanto, não se concedeu indenização à autora da ação, na medida em que não se verificou a existência de qualquer erro na cirurgia em questão, tendo a paciente assumido o risco de piora de seu quadro ao consentir na mencionada operação (Apelação Cível nº 76.340/1; 5ª Câmara Civil; relator o Desembargador Ruy Camilo; j. 23.04.87).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, há vários anos, proferiu a seguinte decisão: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Erro médico – Perda de membro por falência circulatória corrigível mas não corrigida a tempo em hospital conveniado ao extinto INAMPS – Verba devida independentemente de dolo ou culpa dos agentes da União” (Apelação Cível 96.02.00093-7/RJ; 1ª T.; j. 25.09.1996; rel. Juiz Federal convocado André José Koslowski; DJU 07.10.1997; v.u.; publicado na Revista dos Tribunais, volume 748/419, ano 87, fevereiro de 1998). A Ementa da Redação está assim redigida: “Sendo a responsabilidade do Estado de natureza objetiva, deve a União Federal responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independentemente de prova de dolo ou culpa, estando compreendido nesse conceito o erro médico ocorrido em hospital conveniado ao extinto INAMPS, tendo como consequência perda de membro por falência circulatória corrigível mas não corrigida a tempo pela equipe médica”.

A 2ª T. do mesmo Tribunal proferiu decisão semelhante, por ocasião de erro médico verificado durante a realização de operação de sinusite, ocorrida também em hospital do extinto INAMPS, que teve como consequência a permanência da paciente em estado de coma, necessitando, posteriormente, de novas intervenções. Também nesse caso concluiu a Corte no sentido da existência do mencionado erro médico, determinando a indenização

(Ap. 99.02.20871-1-RJ; 2ª T.; j. 03.05.2000; rel. Des. Federal Castro Aguiar; DJU 20.06.2000; publicado na Revista dos Tribunais, volume 783/445, ano 90, janeiro de 2001).

Por vezes, esse tipo de responsabilidade civil revela uma omissão que resvala as raíais da desumanidade. Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Médico procurado à consulta no posto de assistência médica municipal, que, todavia, deixou de examinar a paciente menor, alegando que ela não trouxera os óculos, não diagnosticando grave doença (uveíte), que resultou em perda de visão do olho esquerdo e graves sequelas – Caracterização do nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido, independentemente da culpa do servidor – Verba devida” (Ap. 80.337-6; 2ª Câ. ; j. 20.09.2000; rel. Juiz convocado Munir Karam; publicado na Revista dos Tribunais, volume 789/361, ano 90, julho de 2001).

Nessa mesma decisão, a Câmara entendeu por bem conceder à autora da ação ampla indenização, incluindo aí a indenização pelo *dano moral* sofrido (a autora, menor de idade, em face do desmazelo do médico que a atendeu no posto de saúde municipal de Foz do Iguaçu, veio a apresentar sequelas como glaucoma, catarata, descolamento da íris e atrofia generalizada do globo ocular). Negou, no entanto, indenização cumulativa por *dano moral* e *dano estético*, entendendo que este é compreendido naquele.

Nem sempre é na prática direta do atendimento médico que surgem os danos ao paciente. É possível, dadas as circunstâncias, que tais danos venham a ser decorrência de *ineficiência administrativa* do hospital público. Confira-se, por exemplo, esta decisão: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Falecimento de paciente em hospital estadual por demora no trâmite de processo administrativo de transferência do enfermo para centro especializado onde seria realizado transplante renal – Circunstância que evidencia a negligência dos agentes públicos – Verba devida aos familiares da vítima – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF” (Ap e Remessa *Ex Officio* 00.001075-8; Câmara Cível; j. 05.03.2001; rel. Des. Jersey Nunes; publicado na Revista dos Tribunais, volume 793/315, ano 90, novembro de 2001).

De outro lado, para demonstrar como pode ser amplo o espectro das ações e omissões por parte de agentes públicos que podem gerar direito à indenização por responsabilidade civil do Estado, é pertinente lembrar-se da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos morais – Exame anti-HIV realizado junto à Secretaria de Saúde, com resultado positivo – Exame de confirmação com resultado negativo, que só foi informado após um ano, quando o paciente já havia se submetido a tratamento” (ApCiv 70003726791; 6ª Câ. Civ.; j. 22.05.2002; rel. Des. Alberto Álvaro de Oliveira; publicado na Revista dos Tribunais, volume 803/387, ano 91, setembro de 2002). Observe-se que não houve intervenção médica alguma (a não ser no tratamento desnecessário posterior); o erro foi de *diagnóstico*, tendo o paciente sofrido por cerca de um ano com a inexistente ameaça à sua vida, até que se atestasse não sofrer o mesmo da mortal moléstia. Dano moral evidente! Lamentável...

Nos dias atuais, com a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), verifica-se a possibilidade de erros de diagnóstico desse tipo *em grande quantidade*, o que pode causar uma explosão de ações de indenização por responsabilidade civil contra o Estado, caso não procedam os seus agentes com o cuidado devido. Já há, também, notícias de diagnósticos equivocados pelos motivos os mais diversos – inclusive para inflar a necessidade de aquisição de respiradores, máscaras e insumos diversos por hospitais públicos, o que mostra um aspecto cruel, de má-fé, por parte de quem deveria estar a zelar pelo interesse público.

Nem sempre, contudo, as ações de indenização por alegado erro médico por parte de agente do Estado são acolhidas. Como observado alhures, o acolhimento da teoria da responsabilidade civil pelo risco administrativo comporta a produção de prova por parte da Administração Pública, no sentido de que seus agentes não se houveram com imperícia, imprudência ou negligência, ou que ocorreu alguma das excludentes da referida responsabilidade. Nesse caso, julga-se pela improcedência da ação. Como no seguinte caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Erro médico – Inocorrência – Profissional que, para salvar a vida do paciente, procede a intervenção que contém risco de causar efeito colateral grave – Inexigibilidade de conduta diversa – Excludente de responsabilidade caracterizada – Verba indevida” (Ap. 354.682-5/7-00; 3ª Câ.ª.; j. 17.02.2004; rel. Des. Rui Stoco; publicado na Revista dos Tribunais, volume 824/222, ano 93, junho de 2004).

XI. Conclusões

Não é descabido, ao se tratar do tema em pauta, lembrar que *a saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas públicas, sociais e econômicas, que objetivam a redução do risco de doenças e de outros agravos; bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

O Brasil, como parte da comunidade internacional, encontra-se em regime de isolamento social, na intenção de combater a proliferação da COVID-19, tendo sido impostas várias medidas de restrição de circulação de pessoas e fechamento de estabelecimentos, tomadas pelos municípios, de maneira a reduzir a aglomeração de pessoas e evitar a disseminação da doença em várias regiões. Outrossim, tais medidas são *preventivas*, não bastando por si só para enfrentar a terrível situação. Há necessidade de se aparelhar os hospitais públicos devidamente, para o fim de ministrar o tratamento devido aos pacientes dessa grave doença, que é, atualmente, a face mais visível do tema.

O Estado, em seu sentido amplo, atuando com o objetivo de prover a comunidade com os serviços essenciais e necessários à vida moderna, pratica diversos atos, por intermédio de seus agentes. Estes, por seu turno, podem, por *ação ou omissão*, causar danos a terceiros, excluindo-se a responsabilidade civil nos casos de *culpa exclusiva ou concorrente da vítima*; da ocorrência de *força maior* ou de *culpa de terceiro*.

O dano causado pela prestação de serviços médicos pode, da mesma forma, ocorrer em virtude de ação ou omissão do agente prestador de tais serviços (não exclusivamente de médicos, mas também de enfermeiros e outros profissionais dessa área) – o que gera, de qualquer forma, o direito de ser a vítima indenizada, haja o referido agente obrado com *culpa* ou *dolo*.

A *indenização* a ser paga à vítima há de ser *a mais ampla possível*, cobrindo gastos com tratamentos médicos, odontológicos etc., para se restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes do evento danoso – existem, em nossa jurisprudência, decisões que fixam quantia específica para a indenização pelo referido dano, independente de qualquer tratamento. Nos casos de *morte* da vítima, devem ser observadas as disposições do art. 948 do Código Civil; ou seja, é cabível o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, além da prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável de sua vida.

São muitos (e variados), como foi dito, os casos de responsabilidade civil do Estado pela prestação defeituosa de serviços de saúde. Cabe, entretanto, ao Judiciário, como guardião da lei, saber separar o joio do trigo; ou seja, distinguir aqueles casos em que efetivamente ocorreu falha na prestação dos serviços, com resultado danoso (às vezes, trágico) ao paciente, daqueles em que se verifica mera aventura jurídica, destinada a enriquecer indevidamente quem, espertamente, busca usar o Judiciário para aferir indenização indevida.

Essa é a nossa espinhosa missão.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. In: CAHALI, Yussef Said (Org.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo: curso moderno de graduação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2.
- FEDERIGHI, Wanderley José. A responsabilidade civil do Estado por dano moral e estético. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 131-141, 2001.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Direito civil brasileiro, v. 4).
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. *Dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. *La responsabilità civile: compendio normativo commentato*. Milano: A. Giuffrè, 1995.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. (Direito Civil, v. 4).
- SILVA, José Afonso da. *Manual da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 33. ed. Padova: Cedam, 1992.