

**A MERCANTILIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E
A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
ESTADO
REFLEXOS NA REALIDADE DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS**

**THE COMMERCIAL EXPLOITATION OF THE
HEALTH RIGHT AND THE STATE INTERNATIONAL
RESPONSIBILITY
REFLECTIONS ON THE REALITY OF THE INTER-
AMERICAN SYSTEM OF PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS**

*Luis Felipe BICALHO**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito à saúde no contexto doutrinário; 2.1. Mercantilização da saúde e formas de delegação à iniciativa privada; a) Responsabilização do estado; b) Responsabilização do ente privado; 2.2. Alocação da responsabilidade: o nexo de causalidade; 3. A responsabilidade no Direito à saúde no âmbito da corte interamericana de Direitos Humanos; 3.1 Caso Damião Ximenes vs. Brasil - delegação especial; 3.2 Caso Albán Cornejo vs. Equador – delegação comum; 3.3 A análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3.4 A possibilidade de responsabilização do Estado por danos ocasionados por entes privados; 4. Conclusões; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a atuação contenciosa e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos e compreender a sua interpretação quanto à imputação da responsabilidade dos agentes públicos e privados quando da violação do direito à saúde dos jurisdicionados. Primeiramente, evoca-se uma

* Bacharel do curso de Direito e Mestrado em Direito das Relações Internacionais (em andamento), ambas as titulações pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub; Servidor Público Federal do Ministério da Saúde, lotado no Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, bolsista do programa de estágio para docência do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD; Pesquisador atuante nas áreas de Direito Constitucional, Direito Comunitário e Direito de Integração, Sistemas Comparados e Políticas Públicas. Artigo submetido em 12/03/2011. Aprovado em 22/03/2011.

REVISTA ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 14	P. 351 – 365	2011
--------------------------	-------------	-------	--------------	------

abordagem teórica a fim de evidenciar a coerência ou incoerência discursiva da Corte. Em segundo momento, empreende-se o estudo dos casos *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil e Albán Cornejo e outros vs. Equador*. A partir desse enfoque lógico-empírico, analisa-se os ordenamentos desses Estados a respeito do direito à saúde e da responsabilização de agentes públicos e privados.

ABSTRACT: The article searches to analyze the contentious and consultative role of the Inter-American Court of Human Rights and understand its interpretation about the attribution of responsibility of public and private agents on the circumstance of violation of health right of national citizens. First, the article evokes a theoretical approach in order to evidence the coherence or incoherence of the Court. Then, it concentrates on the study of the cases *Damião Ximenes Lopes vs. Brazil and Albán Cornejo and others vs. Ecuador*. From that logical-empirical approach, the article observes the legal orders of Brazil and Ecuador regarding the object of study.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana; Direitos Humanos; Direito à saúde, responsabilidade internacional, mercantilização.

KEYWORDS: Inter-American Court; human rights; health right; international responsibility, commercial exploitation.

1. INTRODUÇÃO

O Estado, em sua posição de garante social, tem como importante função favorecer e facilitar que o indivíduo alcance um projeto segundo suas aspirações individuais. Contudo, ainda que esse ideal prestativo seja assegurado na Constituição Política, constata-se violações aos direitos dos jurisdicionados e, por vezes, não se conduz a busca da justiça para o caso concreto de forma adequada e satisfatória. Desse modo, considerando a proliferação de instrumentos normativos internacionais e o advento dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) exsurge como uma alternativa para coibir violações e concretizar a totalidade dos direitos dos nacionais pertencentes aos Estados do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o estudo proposto busca examinar a teoria jurídica e a atividade contenciosa e consultiva da Corte Interamericana no aspecto da imputação da responsabilidade dos agentes públicos e privados quando da violação do direito à saúde dos jurisdicionados, considerando para análise os casos *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil e Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Desse modo, a partir do recorte proposto, justifica-se a importância do estudo em comento ao se verificar a compatibilidade e coerência discursiva da CIDH com a teoria jurídica tangente ao tema.

A fim de permitir concluir sobre esse tema à luz do entendimento da Corte, não se prescinde de uma análise epistemológica dos instrumentos normativos internacionais que incidem no Sistema Interamericano e dos ordenamentos nacionais do Brasil e do Equador, nos aspectos relacionados ao direito a saúde. Forma-se, por assim dizer, uma operação metodológica consubstanciada na observação conjunta da lei e das decisões da CIDH. Quanto à seleção das decisões do Tribunal a respeito do direito à saúde não se encontram outros problemas, haja vista a atividade contenciosa do Tribunal a respeito do assunto resumir-se aos dois casos citados.

2. O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DOUTRINÁRIO

O estudo comparativo proposto se inicia na análise da teoria jurídica, a qual nos fornece parte da compreensão quanto ao tema. Por conseguinte, considerando a desfavorável realidade de mercantilização dos serviços sanitários, aborda-se o conteúdo pertinente à distinção das formas de delegação estatal para os serviços de saúde e a responsabilização dos agentes privados e públicos. Nesse ponto, propõe-se apresentar novas justificativas teóricas para o mesmo problema de pesquisa, ainda que pareçam dissociadas da resposta ordinária do tema da responsabilidade jurídica e de sua relação com o direito à saúde.

2.1 Mercantilização da saúde e formas de delegação à iniciativa privada

O aparato estrutural do Estado não tem conseguido acompanhar o desenvolvimento da sociedade e as novas demandas que esse processo impõe. Conseqüentemente, a prestação estatal na seara sanitária deteriorou-se. A possibilidade da prestação de um direito de primeira ordem, tal qual a saúde, por meio da delegação à iniciativa privada é um dos meios encontrados pelo Estado para garantir um mínimo de efetividade aos direitos fundamentais.¹

Devido a importância e peculiaridade do objeto, a iniciativa privada não atua livremente na área da saúde. Ao Estado cabe a obrigação de regular o mercado, autorizando o funcionamento de estabelecimentos hospitalares, fiscalizando a prestação dos serviços, regulamentando a fabricação de medicamentos.²

Inicialmente, cumpre distinguir as duas formas de delegação que o Estado pode se utilizar. A primeira possui um caráter especial, sendo o prestador do serviço um ente privado exercendo funções com o caráter de agente público – particular agindo como se ente público fosse. A segunda forma possibilita ao ente privado exercer a prestação do serviço por sua conta e risco, dirigindo sua atuação aos seus fins comerciais, mas respeitando as diretrizes do ente estatal.

No que tange à responsabilização, não restam dúvidas de que caberá ao ente estatal arcar com os prejuízos quando se verificar dano decorrente de conduta

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde, Hucitec, 1995.

² CINTRA, Guilherme. Saúde: Direito ou mercadoria? O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde, Alexandre Bernadino Costa ...[et al] (organizadores), Brasília, UnB, 2008, p.439.

de ente privado exercendo funções de agente público. Essa delegação não traslada a responsabilidade do serviço, apenas a figura física do prestador se modifica, visto que para fins jurídicos não há qualquer diferença entre prestação de serviço por agente estatal ou prestação de serviço por ente privado no exercício de função pública.

A aparente dúvida sobre a responsabilidade estatal surge quando se tem dano ocasionado por hospital particular em caráter estritamente privado. Ou seja, o cerne da discussão nesse ponto é se haveria a possibilidade de responsabilização do ente estatal por dano ocasionado por ente privado.

a) Responsabilização do Estado

A vertente que defende a possibilidade de responsabilização do Estado por danos ocasionados por entes privados na prestação dos serviços de saúde segue uma tendência que se molda a partir do atual tratamento que se dá ao risco sanitário e suas implicações para a sociedade. Nesse sentido:

Ainda que as explicações culturais e políticas sobre os riscos sanitários possam variar consideravelmente, existe uma tendência generalizada e crescente em atribuir às autoridades a responsabilidade de oferecer proteção contra esses perigos ou de responder rapidamente a eles. Esta é uma parte essencial do contrato social que confere legitimidade ao Estado³. [grifo nosso]

A forte demanda pelos serviços suplementares fornecidos pela iniciativa privada decorre justamente da inabilidade do Estado na materialização do direito à saúde. Entende-se que, a partir dessa constatação, não é possível a responsabilização de outra figura senão o Estado.⁴

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a mercantilização dos serviços de saúde lançou uma névoa de dúvidas sobre o corpo social, de tal modo que “os limites entre agentes públicos e privados não estão claros e a negociação das prestações e dos direitos está cada vez mais politizada”.⁵

O processo de mercantilização, com a conversão dos serviços públicos de saúde em negócios regidos pelo critério da rentabilidade, contribui para essa tendência em atribuir funções ao Estado e ampliar suas respectivas responsabilidades. E, na medida em que a atuação do Estado na prestação da saúde passa a se submeter à lógica do mercado, constata-se a o emaranhado de proposições para imputação da responsabilidade.⁶

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Informe sobre la salud en el mundo 2008; La atención primaria de salud, más necesaria que nunca. Tradução livre.

⁴ CINTRA, Guilherme. Saúde. Op. Cit.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, Informe sobre la salud en el mundo 2008; La atención primaria de salud, más necesaria que nunca. Tradução livre.

⁶ FARIA, José Eduardo. Pluralismo Jurídico e Regulação (oito tendências do direito contemporâneo), O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde, Alexandre Bernadino Costa ...[et al] (organizadores), Brasília, UnB, 2008, p.59.

b) Responsabilização do ente privado

Em contraponto, ou seja, imputando ao particular a responsabilidade, parte da doutrina afirma que essa ampliação das funções estatais seria uma incongruência com os anseios da justiça social, haja vista tratar os hipossuficientes da mesma forma que os privilegiados financeiramente.⁷

Ao Estado caberá dar uma assistência integral em matéria de preservação da saúde quando a ausência de sua atuação por em risco a coletividade ou quando se evidenciar uma articulação de esforços e recursos fora o alcance da capacidade individual⁸. [grifo nosso]

Se aquele que possui melhores condições, e por esse motivo busca a iniciativa privada para suprir suas necessidades elementares, tal qual a saúde, deve também acionar judicialmente o ente privado quando da violação de seu direito. A própria Organização Mundial da Saúde destaca:

As pessoas com mais meios – cujas necessidades de atenção sanitária quase sempre são menores – são as que mais atenção consomem, enquanto que as que tem menos meios e mais problemas de saúde são as que menos consomem. O gasto público em serviços de saúde habitualmente beneficia mais aos ricos que aos pobres em todos os países [...]⁹. [grifo nosso]

A categoria direito social, na qual se inclui o direito à saúde, indica não apenas uma nova geração de direitos fundamentais, mas igualmente pressupõe uma nova racionalidade jurídica, a qual “pretende arbitrar conflitos sociais a partir do ideal de uma locação mais equitativa dos recursos sociais”.¹⁰

Desse modo, o Estado não estaria declinando de sua jurisdição, apenas se resguardando de uma responsabilidade que não entende ser legítima, tendo em vista a necessidade de amparo imediato dos mais necessitados. Estabelece-se como critério delimitador para a atuação e responsabilização do Estado a hipossuficiência do jurisdicionado.¹¹

2.2 Alocação da responsabilidade: o nexó de causalidade

A despeito dos argumentos apresentados, o motivo para não se imputar ao Estado a responsabilidade pelos danos ocasionados por hospitais particulares não é outro senão a inexistência do nexó de causalidade entre o dano e a conduta do agente violador.

⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 83.

⁸ DIAS, Helio Pereira. A Responsabilidade pela Saúde: Aspectos Jurídicos, Editora FioCruz, Rio de Janeiro, 1995, p.10.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, Informe sobre la salud en el mundo 2008; La atención primaria de salud, más necesaria que nunca, Tradução livre.

¹⁰ MINHOTO, Laurindo Dias. Paradoxos da proteção jurídica da saúde. O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde, Alexandre Bernadino Costa ...[et al] (organizadores), Brasília, UnB, 2008, p.373.

¹¹ VIEIRA DOS SANTOS, Leonardo. Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Cura no Direito Brasileiro. Editora Podium, 2008, p. 199.

Razoavelmente, não se pode esperar que o Estado tenha, por meio de seus agentes, a onipresença em seu território para impedir que os entes privados de saúde violem os direitos dos jurisdicionados. Ou seja, não se pode afirmar contundentemente que, se o Estado tivesse supervisionado o atendimento das instituições privadas de saúde conforme o esperado, haveria de inexistir o dano verificado. Nas palavras de Perez de Leal, “*no todo hecho tiene por si mismo la capacidad para contribuir a um resultado danoso*”¹². De modo que, pode até se verificar a culpa do ente estatal e de fato existir um dano ao jurisdicionado¹³, mas se os dois não se conjugam de tal modo que este dependa existencialmente daquele não se pode afirmar a existência do nexo de causalidade e, conseqüentemente, da responsabilidade.

Assim, o argumento da responsabilidade estatal em face de danos ocasionados pela iniciativa privada na prestação dos serviços de saúde não subsiste, haja vista preponderar como causa determinante para a aferição da culpa a inexistência do nexo de causalidade. Segundo a teoria jurídica, uma perspectiva supera a outra.

3. A RESPONSABILIDADE NO DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A realidade controversa, ora exposta pela teoria jurídica, igualmente é analisada pela CIDH: deve o Estado ser responsabilizado pelos danos causados por hospitais particulares? Desse modo, cumpre verificar se, assim como na teoria, prevalece o argumento da inexistência do nexo de causalidade, ou se vislumbra a possibilidade da responsabilização estatal por danos ocasionados por entes privados.

A resposta da Corte se constrói a partir da análise dos dois casos em estudo - Caso *Damião Ximenes vs. Brasil* e Caso *Albán Cornejo vs. Equador* – e das disposições legislativas de cada um dos Estados. Assim como visto na teoria, é possível em cada uma das demandas se analisar as duas espécies, por assim dizer, de delegação do Estado à iniciativa privada para a prestação dos serviços da saúde e, por conseguinte, delinear o entendimento da CIDH quanto à responsabilização dos agentes públicos e privados.

3.1 Caso *Damião Ximenes vs. Brasil* - delegação especial

A priori, tendo como objeto o caso *Damião Ximenes vs. Brasil*, observou-se as entidades privadas que exercem funções de caráter público por meio de delegação especial do Estado. Segundo a Corte, a terceirização dos serviços de saúde não implica em alteração da titularidade da obrigação e da responsabilidade, que subsistem para o Estado nos seus moldes originários. Não seria plausível que o Estado, sub-rogando o dever de prestação de serviços de primeira ordem, tal qual a saúde, pudesse isentar-se das conseqüências oriundas de danos aos direitos dos

¹² De LEAL, Perez. *Responsabilidad Civil Del Médico*, Editora Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 110.

¹³ MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon; TUNC, Andre; *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tradução Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Editora EJEA, Buenos Aires, 1962, Tomo 2, Volume 2, p. 1.

cidadãos. Assim afirma a Corte Interamericana:

Em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos, reconhecidos pela Convenção, realizada por um ato do Poder Público ou de pessoa que atua valendo-se dos poderes que ostenta por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, nem os pressupostos em que sua responsabilidade pode ser comprometida, como resultado de uma lesão a esses direitos. Na verdade, um ato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não seja imputável diretamente ao Estado, por exemplo, por ser ato de um particular ou por haver se identificado o autor da transgressão, pode determinar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo fato em si, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos preconizados pela Convenção.¹⁴

No caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, tem-se a Casa de Repouso Guararapes como instituição de saúde privada que, à época dos fatos, era conveniada ao **Sistema Único de Saúde (SUS)**. Em apertada síntese, para fins de compreensão, o SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público¹⁵. O serviço público de saúde do SUS é prestado, primeiramente, pelos hospitais públicos, contudo, segundo o ordenamento brasileiro, a iniciativa privada poderá participar em caráter complementar ao sistema¹⁶, por meio da assinatura de contratos de direito público ou convênios específicos com o ente estatal. Nesse caso, o paciente que se internar em instituição privada que atue conforme as diretrizes de contrato público¹⁷ estará na verdade sob os cuidados do serviço público de saúde, diga-se, sob a responsabilidade do Sistema Único de Saúde. Nessas condições, não se apresenta qualquer diferença entre o atendimento por hospital público ou por hospital privado exercendo funções públicas.¹⁸

¹⁴ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julho de 1988, Tradução livre.

¹⁵ Lei 8.080/90: Art. 4º. “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

¹⁶ Lei 8.080/90: Art. 4º. “§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.

¹⁷ Lei 8.080/90: Art. 24. “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”.

¹⁸ “[...] Desde la perspectiva del beneficiario de los servicios del SUS tampoco existen diferencias, en la práctica, entre recibirlos a través de entidades públicas integrantes del sistema o de entidades privadas que el Estado haya contratado al efecto. En ambos casos, el paciente ingresa al sistema, sin pagar monto alguno ni antes ni después de su tratamiento; y sin tener que acreditar ser miembro del SUS”. CIDH, Informe de Fondo N° 43/03, *Damião Ximenes Lopes*, Caso 12.237 (Brasil).

Ademais, consoante a normativa interna brasileira, a prestação de serviço de saúde, independentemente da natureza da entidade, deve se submeter aos ditames administrativos e legais emanados pelo poder público, de modo que a estrutura geral imposta, guardadas as devidas proporções, segue o padrão do sistema público de saúde – aplicável ao SUS¹⁹. Destarte, nesse pormenor, não restam dúvidas quanto à responsabilidade do Estado frente à violação de direitos humanos por parte de instituições privadas de saúde que prestem serviços de caráter público. No entendimento da CIDH, consoante ao da teoria, a *longa manus* do Estado permanece, determinando, por conseguinte, sua imediata imputabilidade.

Todavia, a dúvida anteriormente enfrentada pela teoria se refere à responsabilidade estatal em face de danos ocasionados pelos hospitais particulares na situação em que estes atuam em sentido estritamente privado, com fins puramente comerciais. Quais as implicações para o Estado de uma simples licença à iniciativa privada para atuar na seara sanitária?

3.2 Caso Albán Cornejo vs. Equador – delegação comum

A resposta da Corte Interamericana a respeito das implicações em decorrência da delegação à iniciativa privada dos serviços de saúde se dá no caso Albán Cornejo vs. Equador. Em vista da obrigação imediata de garantir a efetividade dos direitos dos jurisdicionados, entende-se pela necessidade de ampliação das atribuições e responsabilidades estatais. Na perspectiva geral da CIDH, surge para o Estado o encargo de supervisionar toda a atividade das instituições de saúde, incluindo as entidades de caráter privado. E, igualmente, deve se responder pela omissão em prevenir e impedir as condutas dos particulares que lesionem bens jurídicos de interesse público, como o direito à saúde. Nesse sentido:

[...] Os Estados Partes na Convenção possuem obrigações *erga omnes* de respeitar e fazer respeitar as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos ali consagrados em toda circunstância, a respeito de toda pessoa. Essas obrigações do Estado projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e pessoas submetidas a sua jurisdição, como também se manifesta na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações intersubjetivas. A atribuição da responsabilidade do Estado por atos de particulares pode ocorrer nos casos em que o Estado descumpra, por ação ou omissão de seus agentes quando se encontrem em posição de garantes, a essas obrigações *erga omnes* contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção²⁰. [grifo nosso]

¹⁹ Lei 8.080/90: Art. 22. “Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento”.

²⁰ Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Tradução livre.

Em caso congênere, a Corte Européia de Direitos Humanos afirmou que o Estado não pode isentar-se completamente de sua responsabilidade apenas delegando suas obrigações para entes particulares. A Corte Européia considera que o Estado permanece sob o dever de supervisionar e controlar as instituições privadas. Ainda que tais instituições precisem somente de uma licença estatal, soma-se a isso a necessidade da competente supervisão em uma base regular para saber se procedimentos e tratamentos médicos tem se sustentado satisfatoriamente dentro de um padrão internacional de qualidade. Destaca-se passagem do caso:

A Corte, portanto, não está convencida que a supervisão exercida pelas autoridades do Estado apenas em conexão com a emissão da licença para o funcionamento de uma clínica privada, nos termos o artigo 30 do *Conduct of Trade Act*, é suficiente para assegurar a competente e regular supervisão [...] ²¹. [grifo nosso]

Ou seja, sendo a entidade pública ou privada, o Estado apresenta-se como responsável frente à comprovada e ilegítima violação de direito por parte de instituição de saúde, não podendo eximir-se de seus encargos unicamente por conta da delegação dos serviços.

3.3 A análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Prima facie, mostra-se clara a incongruência entre o entendimento da CIDH e a doutrina, visto que o Tribunal estaria possibilitando, em âmbito jurisdicional, a responsabilização do Estado por danos ocasionados por entes privados. Porém, a resposta da questão em epígrafe se dá pela observação das particularidades do caso e os seus reflexos na sentença.

Cumprir lembrar que o atendimento à vítima foi realizado pelo Hospital Metropolitano, instituição de caráter privado do Estado Equatoriano. A família Albán Cornejo solicitou frente ao Sistema Interamericano a condenação do Estado pela violação, em prejuízo de Laura Albán Cornejo, das seguintes disposições da Convenção Americana: artigo 4º (Direito à vida), artigo 5º (Direito à integridade pessoal), artigo 8º (Garantias Judiciais) e artigo 25 (Proteção Judicial), em conjunto com a violação dos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e artigo 2º (dever de adotar disposições de direito interno). No entanto, já no relatório de mérito, a Comissão recusou o pedido de condenação do Estado pela violação dos artigos 4º (Direito à vida) e 5º (Direito à integridade pessoal) em prejuízo tanto da vítima Laura Albán Cornejo, quanto da família Albán Cornejo ²². Qual a implicação em se negar a violação desses direitos?

²¹ Caso *Storck v. Germany*, julgamento de 16 Junho, 2005, European Court of Human Rights, Tradução livre.

²² CIDH, Informe N.º 7/06, Fondo, Caso 12.406, Laura Albán Cornejo, Ecuador, 28 de febrero de 2006".

O Tribunal se direcionou consoante os **dois argumentos justificadores** apresentados anteriormente pela Comissão Interamericana²³. A primeira justificativa refere-se à suposta conduta omissiva do Estado. A parte reclamante alegou que o Estado Equatoriano desatendeu ao seu dever de garante social, visto que não cumpriu com sua obrigação de supervisionar e fiscalizar, periodicamente, as entidades de saúde - públicas e privadas. As alegações do Estado Equatoriano se concentraram na impossibilidade de se imputar responsabilidade ao Estado em decorrência de danos causados por particulares, em especial um hospital de caráter privado.

Não obstante ser dever do Estado promover minuciosa supervisão sobre as entidades particulares de saúde, há procedimentos no interior da entidade que passam ao largo dos olhos do Estado, não por descuido do seu encargo, mas pela sua própria impossibilidade fática. Não seria concebível acreditar que caberia ao Estado disponibilizar agente específico para acompanhar cada procedimento médico dentro de cada instituição de saúde operante no Estado. Nesse sentido, afirma o juiz Sérgio Garcia Ramirez:

O exercício de alguns poderes, por conseguinte, que constituem a jurisdição do Estado sob o qual se coloca o indivíduo – a título de nacional, cidadão, residente, refugiado *et cetera* –, leva ao estabelecimento da qualidade de garante que o próprio Estado tem frente às pessoas sobre as quais exerce essa jurisdição e à definição do alcance e das características do cuidado e da proteção específicos que essa qualidade implica e **que deve ser examinada frente às possibilidades reais de autoridade e proteção.**²⁴
[grifo nosso]

Assim, em sucinta justificativa, a CIDH acompanhou o entendimento da Comissão Interamericana e da teoria jurídica. Por conseguinte, recusou a alegação das partes quanto à violação dos direitos à vida e à integridade pessoal da vítima Laura Albán Cornejo a partir da simples inferência de que não se vislumbrou no caso em epígrafe requisito essencial para a responsabilidade civil: o nexo de causalidade. Nas palavras da Corte Interamericana, *in verbis*:

[...]

a) Artigo 4.1 (Direito à Vida)

42.A respeito das alegações mencionadas pelos representantes, a Corte não encontra elementos suficientes para atribuir ao Estado

²³ Quanto ao direito à vida, a condenação do Estado resumiu-se à responsabilização por não garantir o direito à vida mediante uma séria e efetiva investigação para esclarecer os fatos que ocasionaram a morte da paciente. Ou seja, quanto à violação ao direito à vida da vítima, não houve responsabilização, incidindo esta apenas pela ineficiência estatal no devido processo legal e pelos danos psicológicos dos parentes.

²⁴ Voto fundamentado do Juiz Sergio García Ramírez com relação à sentença da Corte Interamericana De Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes Versus Brasil, Proferida Em 04 De Julho De 2006.

responsabilidade internacional pela morte de Laura Albán, nos termos do artigo 4 da Convenção.

[...]

122. Laura Albán morreu no Hospital Metropolitano, centro de saúde privado. O Estado não é imediatamente responsável pela atuação do pessoal dessa instituição privada, não obstante lhe corresponde supervisionar o desempenho da instituição [...].²⁵ [grifo nosso]

Outrossim, concordando com o segundo argumento proposto pela Comissão, a Corte ressalta que os atos de particulares ensejam a responsabilização do Estado somente se aqueles os realizarem balizados por atribuições e prerrogativas exercidas exclusivamente pelo poder público²⁶ e que foram especialmente transferidas²⁷. Para tanto, não basta simples autorização genérica, com o fito de possibilitar a prestação dos serviços por entidade privada no âmbito interno do Estado, mas de fato uma transferência dos poderes públicos, na qual o Estado exerça diretamente o controle e a direção da atividade das entidades privadas – nos termos da teoria, seria a delegação especial em que o ente privado age como se ente público fosse.

Tem-se essa situação no outro caso em estudo – Damião Ximenes vs. Brasil. No entanto, evidentemente que, assim como a Casa de Repouso Guararapes no Brasil, o Hospital Metropolitano de Quito no Equador necessita de uma autorização estatal para exercer seus serviços²⁸, em razão de sua própria natureza privada e também pela importância do bem público. Contudo, não se menciona no corpo da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos a existência de qualquer convênio ou acordo *sui generis* entre o Estado Equatoriano e o hospital privado que seja similar ao existente entre o SUS e as instituições privadas no Estado Brasileiro. De maneira que, no caso Damião Ximenes, o Hospital Guararapes está exercendo funções públicas e no caso Albán Cornejo o Hospital Metropolitano está atuando unicamente como ente privado.

Essa distinção é importante visto que, dentro das circunstâncias legislativas e administrativas do Estado, a atuação da entidade privada necessariamente deve se restringir ao fim público ao qual foi designada. A atividade privada com fins comerciais, ou seja, com fins lucrativos, descaracteriza a instituição como particular em exercício de funções públicas.²⁹

²⁵ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Tradução livre.

²⁶ CIDH, Informe de Fondo N° 43/03, Damião Ximenes Lopes, Caso 12.237 (Brasil).

²⁷ Nesse sentido: ONU, Informe de la Comisión de Derecho Internacional (53° período de sesiones, 23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos Oficiales. 56° período de sesiones. Suplemento No. A 10 (A/56/10).

²⁸ Lei 8.080/90: Art. 20. “Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde. Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.[...] § 1° Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu

Desse modo, a possibilidade de imputar ao Estado a responsabilidade pelas violações do direito à saúde por parte das instituições privadas, em razão de sua obrigação em supervisionar e fiscalizar a totalidade da prestação dos serviços, mostra a perspectiva geral inicialmente construída pela Corte. Contudo, um olhar mais próximo revela a confluência do raciocínio jurisprudencial com a teoria jurídica: a responsabilidade é do ente privado, do hospital particular que realizou o dano ao jurisdicionado.

3.4 A possibilidade de responsabilização do Estado por danos ocasionados por entes privados

Cumpra ressaltar que a análise das circunstâncias do caso é essencial para aferição de qualquer responsabilidade³⁰, visto que poderá haver culpa quando se comprovar que o dano resultou de inescrupulosa omissão estatal em sua peremptória e inderrogável função de garante social dos serviços públicos de primeira ordem. A violação ao bem público não pode ser perpetrada com omissão grosseira, a ponto de se caracterizar a tolerância ou até mesmo o apoio do Estado³¹. Se assim o for, ter-se-á a devida responsabilização.

A complexidade socioeconômica e a crescente singularidade e diferenciação de conflitos imprime a necessidade de uma nova abordagem para o instituto da responsabilização, que guarde a devida coerência com pressupostos teóricos, mas que seja viável para a proteção jurisdicional do direito à saúde³². É essa a própria função do jurista: aliviar o sofrimento que decorre da formalização distorcida dos consensos, e ousar forjá-los na esfera em que possam ser mais eficientes³³.

Desse modo, consolida-se um entendimento intermediário a respeito da possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de danos ocasionados por entes privados. Sem excluir ou minorar a culpa das instituições particulares, imputa-se também a responsabilidade ao Estado quando salta aos olhos sua omissão no exercício de sua posição de garante social. Contudo, no caso em comento, não se vislumbra a omissão do Estado nos termos acima descritos.

controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados". Lei N.º 67/06, Lei Orgânica da Saúde: "[...] Art. 24. Regular, vigilar, controlar y autorizar el funcionamiento de los establecimientos y servicios de salud, públicos y privados, con y sin fines de lucro, y de los demás sujetos de control sanitario; Art. 25. Regular y ejecutar los procesos de licenciamiento y certificación; y, establecer las normas para la acreditación de los servicios de salud".

²⁹ CIDH, Informe de Fondo N.º 43/03, Damião Ximenes Lopes, Caso 12.237 (Brasil).

³⁰ Voto fundamentado do Juiz Sergio García Ramírez com relação à sentença da Corte Interamericana De Derechos Humanos no caso Ximenes Lopes Versus Brasil, Proferida Em 04 De Julho De 2006.

³¹ Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.

³² FARIA, José Eduardo. Op.Cit. p. 53

³³ LIMA VENTURA, Daisy de Freitas. Uma visão Internacional do direito à saúde. O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde, Alexandre Bernardino Costa ...[et al] (organizadores), Brasília, UnB, 2008, p. 86.

4. CONCLUSÕES

Destaca-se que, a partir do advento do Estado Social no séc. XX, o direito de acesso à saúde passou a se centralizar na atuação estatal, cabendo ao ente estatal a prestação dos serviços de saúde pública e, conseqüentemente, a responsabilidade pelos respectivos insucessos. No entanto, a realidade insurgente impossibilita uma adequada atuação estatal.

Assim, consoante a teoria, a Corte Interamericana desenvolve seu entendimento a respeito das funções e responsabilidades estatais de modo a considerar as dificuldades decorrentes da prestação de serviços de saúde para uma sociedade massificada e a incompatibilidade da situação com a proposta do sistema capitalista. O aumento das violações ao direito à saúde apresenta-se como consequência direta dessa mercantilização da saúde.

Nessa esteira, destaca-se a delegação dos serviços à iniciativa privada com o fim principal de possibilitar que a população tenha assegurado o acesso mínimo ao direito à saúde, mesmo em regiões que o Estado ainda não tenha implementado tal acesso por meio de suas próprias ações. No entanto, ao mesmo tempo, a CIDH visualiza a deficiência da prestação dos serviços pelos hospitais particulares quando se vê diante de duas demandas relacionadas a violações do direito à saúde.

Tendo em vista esse quadro, entende-se que a dúvida verificada na demanda *Albán Cornejo vs. Equador*, no que tange a possibilidade de se responsabilizar o Estado pelas violações ao direito à saúde por parte da iniciativa privada, mostra-se como uma impropriedade metodológica no estabelecimento do nexo de causalidade da relação. Contudo, o que parece imprescindível, para não se incorrer em erros, é estabelecer uma razoável delimitação da causalidade e de seus efeitos na situação fática discutida, de modo a corrigir os excessos e permitir a imputação adequada da responsabilidade - ou para o Estado, ou para a instituição particular.

De fato, a solução de se imputar ao hospital particular a responsabilidade pelo dano ao jurisdicionado não se apresenta óbvia, a exemplo dos diversos entendimentos que buscam regular diferentemente a questão e da extensa discussão que se desenvolveu no âmbito do Sistema Interamericano. Ademais, não se mostra clara a distinção entre os agentes estatais e particulares na prestação dos serviços de saúde, fato que a OMS descreve como consequência da mercantilização dos serviços de saúde, a qual é exemplificada pela crescente delegação dos serviços aos entes privados. O entendimento a respeito da responsabilidade integral do Estado pela supervisão da iniciativa privada é presente na jurisprudência da Corte Interamericana. Contudo, confluyente com a teoria, a CIDH entende que prepondera a comprovação do nexo de causalidade no momento da responsabilização.

Não obstante, surge um pensamento intermediário que possibilita a responsabilização do Estado em caso de descuido absurdo em sua posição de garante social. Não se isenta o hospital particular da responsabilidade inicial, mas se imputa concomitantemente ao Estado a culpa pela omissão verificada. Tem-se esse direcionamento como uma inovação teórica da CIDH, vislumbrando a

possibilidade futura de se verificar, em âmbito jurisdicional, a responsabilização do Estado por atos violadores de direitos cometidos por entes privados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores, 16ª edição, São Paulo, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª edição, Coimbra, 1998.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Galdolfi; Universidade de Brasília [organizadores]. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*, Brasília, UnB, 2008.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; PEREIRA SOUZA, Alex. *Responsabilidade Civil Medica e Hospitalar*, 2ª edição, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo, Editora Saraiva, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*, Editora Saraiva, São Paulo, 1982.

_____. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*, Hucitec, 1995.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad Civil del Médico*, Buenos Aires, Editora Rubinzal-Culzoni, 1999.

De LEAL, Perez. *Responsabilidad Civil Del Médico*, Editora Universidad, Buenos Aires, 1995.

DIAS, Helio Pereira. *A Responsabilidade pela Saúde: Aspectos Jurídicos*, Editora FioCruz, Rio de Janeiro, 1995.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do médico*, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon; TUNC, Andre; *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Trad. Luis Alcalá – Zamora y Castillo, Editora EJE, Buenos Aires, 1962, t. 2, Volume 2.

PASTRANA, José Maria Fernández. *El Servicio Público de la Sanidad: el marco constitucional*, Editora Civitas, Madrid.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación Del derecho*, 2ª edição, México Porrúa, 1973.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difuso e coletivos*, Editora LTR, São Paulo, 1999.

SAVATIER, Rene. *La Responsabilité Civile*, tomo II, 2ª edição, Paris, 1951.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

_____, *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

VIEIRA DOS SANTOS, Leonardo. *Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Cura no Direito Brasileiro*. Editora Podium, 2008.