

A instituição da responsabilidade sanitária pela via legal no Brasil

Health liability of state in Brazilian law

Luiz Carlos Pelizari Romero

Especialista em Saúde Pública e em Direito Sanitário. Consultor Legislativo do Senado Federal.

Endereço: SQN 209 Bloco E, Apto. 102, CEP 70854-050, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: romero.luizcarlos@gmail.com

Maria Célia Delduque

Doutora em Saúde Pública. Pesquisadora Adjunta da Fundação Oswaldo Cruz.

Endereço: SHIS QI 3, Conjunto 5, Casa 9, CEP 71605-250, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: delduque@fiocruz.br

Resumo

Objetivo: Caracterizar as proposições legislativas que objetivam instituir no Brasil instrumentos de responsabilidade sanitária dos gestores da saúde. **Metodologia:** Pesquisa documental. **Resultados:** A responsabilidade sanitária é caracterizada quanto à natureza, esfera jurídica, tipificação dos atos ilícitos e sanções respectivas e o processo para o seu controle. **Conclusões:** A responsabilidade sanitária instituirá um novo paradigma na Administração Pública ao se caracterizar como responsabilidade subjetiva do gestor de saúde e incluir como obrigações, ademais do cumprimento de normas sanitárias configuradas em lei, os acordos entre os entes federados e os planos de saúde, vindo a constituir o conjunto de regras e mecanismos de cooperação e controle mútuo entre União, Estados e Municípios, essenciais para a construção e operação de um sistema unificado de saúde num estado federado com as características do Estado brasileiro.

Palavras-chave: Gestão da saúde, Responsabilidade sanitária; Sistema Único de Saúde; Direito sanitário.

Abstract

Objective: To characterize draft bills that aim at establishing State liability regarding health responsibility of healthcare managers. **Methodology:** Documental research. **Results:** Health responsibility is defined in relation to its nature; legal sphere; essence of torts and penalties to which they are sanctioned and the process for its control. **Conclusion:** The institution of legal health responsibility creates a new paradigm when establishes, in addition to the objective liability of State, the tortious liability of the healthcare manager, and broaden the understanding of their traditional administrative civil liability: besides following healthcare rules set in laws, they have to incorporate the agreements between federative entities and health plan. The concept of 'health liability' is being shaped by the development and test of rules and mechanisms for cooperation and mutual control among the Union, states and municipalities, which are essential for the organization and management of a unified health system in a federate State with such characteristics as is Brazil's.

Keywords: Health Responsibility; Health Liability; Brazilian National Health System; Health Law.

Introdução

O instituto da responsabilidade sempre pautou a convivência do homem em sociedade. No Direito, transita em diferentes esferas: civil, penal e administrativa. Não há uma distinção substancial entre o ilícito civil, administrativo e penal, senão uma escolha, pela lei, para estabelecer qual seara do Direito irá conferir solução eficaz e suficiente para evitar ou reparar o dano temido.

O fato gerador da responsabilidade depende da natureza da norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente, pois uma mesma conduta pode incidir de forma simultânea nas três esferas, caracterizando violação à lei administrativa, penal e civil.

A responsabilidade administrativa pode ser expressa nos poderes de polícia, aplicável às pessoas físicas ou jurídicas, ou disciplinar, aplicável aos agentes estatais, por sua relação de subordinação com a Administração Pública. A responsabilidade penal abrange crimes e contravenções. O Direito Penal deve tutelar bens jurídicos, "valores ético-sociais que o Direito seleciona para assegurar a paz social, determinados pelo legislador" (Toledo, 1994, p. 17). Possui sanções mais rigorosas e, no campo da responsabilidade da pessoa física, detém a potencialidade da privação da liberdade.

No campo cível, nos termos do ordenamento jurídico nacional, conceitua-se a responsabilidade, objetiva ou subjetiva, como a obrigação do autor de indenizar terceiros pelos danos a eles causados.

A Teoria da Responsabilidade Objetiva defende a desvinculação do dever de ressarcimento da noção de culpa ou dolo. Para essa corrente, a indenização tange o conceito material do evento danoso. Reversamente, o pensamento subjetivista atua na perquirição da conduta danosa para que o dano seja vinculado ao seu autor.

Quando se trata de agentes públicos, é suficiente que exista relação causal extrínseca para fazer surgir o dever de indenizar, segundo o entendimento de que, se o dano foi causado pelo Estado, cuja atuação se dá em nome da sociedade, a responsabilidade é dela, que deve suportar os custos pelos prejuízos. Para Maria Helena Diniz (2008),

negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causarem danos a terceiros é subtrair do

poder público a sua função primordial de tutelar o direito. Com isso, a responsabilidade civil do Estado passa para o campo do Direito Público, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, pois entre todos devem ser distribuídos equitativamente os ônus e encargos (p. 7).

Desse modo, o Direito brasileiro adota a Teoria da Responsabilidade Objetiva na responsabilização civil da Administração Pública, que se obriga a resarcir os danos causados a terceiros por agentes públicos. Com base na Teoria da Responsabilidade Objetiva, consagrada no Direito Administrativo desde a Constituição de 1946, estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário, contra quem só se exige direito de regresso no caso de comprovada culpa ou dolo (Di Pietro, 2008). A regra da responsabilidade objetiva é aplicada nos comportamentos comissivos do Estado. Para os eventos omissivos, ou seja, quando o Estado, devendo legalmente agir para evitar um dano, e podendo fazê-lo, não o fez ou não o fez tempestiva ou eficientemente, a responsabilidade é subjetiva (Mello, 2008). O conceito de responsabilidade sanitária contraria essa racionalidade.

Segundo Dallari (2003), a atividade social expressa em leis o que a administração pública deve cumprir e fazer cumprir para que os comportamentos nocivos à saúde sejam evitados e até punidos. A sociedade define rumos que a norma jurídica consubstancia em obediência obrigatória para a administração pública.

Ele vem sendo construído ao mesmo tempo em que se conforma um pacto federativo no campo da saúde para organizar e fazer funcionar um sistema de saúde unificado, descentralizado e regionalizado em um Estado federado com as peculiaridades do Estado brasileiro, no qual, ao lado da direção única em cada esfera de governo, a responsabilidade com a efetivação do direito à saúde é compartilhada entre os três entes federados.

Os mecanismos e instrumentos jurídicos gerados com a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988 e as normas para sua operacionalização, editadas pelo Ministério da Saúde desde então e, mais recentemente, por decreto presidencial, permitiram avançar no que diz

respeito ao desenvolvimento de instâncias e regras de cooperação intergovernamental, favorecedoras da articulação das ações federais, estaduais e municipais de saúde. Não conseguiram, no entanto, criar mecanismos de controle mútuo entre os entes federados.

Para os autores das proposições legislativas analisadas, o controle mútuo é desejável para uma atuação eficaz e eficiente do sistema e da execução da política de saúde, já que os instrumentos jurídicos existentes são insuficientes para a sanção dos responsáveis por uma eventual execução ineficiente e para a devida reparação dos danos causados aos usuários do sistema, à saúde da população e ao erário.

Ademais, no tempo em que as proposições foram elaboradas e entraram em tramitação, os mecanismos de coordenação e cooperação entre os entes federados e as instâncias em que os contratos resultantes são feitos - as comissões intergestores - não possuíam sede em lei *stricto sensu*, tendo sido estabelecidos por meio de portarias do Ministério da Saúde.

É nesse contexto que se desenvolveu a pesquisa que se propôs a levantar, sistematizar e analisar as proposições legislativas destinadas a instituir, em sede legal, os mecanismos de cooperação e de controle mútuo entre os entes federativos, com base em um conceito de responsabilidade sanitária do gestor.

Método

Foi realizado estudo descritivo-analítico retrospectivo. A unidade de análise foi a proposição legislativa individualmente considerada na base de dados do Sistema de Informação do Congresso Nacional (SICON) e do Sistema de Informação Legislativa, da Câmara dos Deputados (SILEG). O anteprojeto de Lei de Responsabilidade Sanitária de iniciativa do Poder Executivo foi obtido junto ao Centro de Documentação do Ministério da Saúde.

Foi pesquisado o período das duas últimas legislaturas - 52^a (2004-2007) e 53^a (2007-2010) - e primeiro ano da 53^a legislatura (2011). Foram analisados os documentos relativos ao processo legislativo correspondente aos projetos de lei apresentados às duas Casas do Congresso Nacional, incluindo seus

textos originais, justificações, emendas, relatórios, pareceres e votos, bem como as atas de audiências públicas realizadas sobre o tema, utilizando-se como argumento de pesquisa a expressão “responsabilidade sanitária”. Um anteprojeto de lei de igual teor, de iniciativa do Poder Executivo, de 2005, foi incluído no estudo por tratar da mesma matéria, porém ele chegou a ser submetido à consulta pública, mas acabou sendo retirado e, dessa forma, não tramitou.

A análise comparativa entre as proposições foi feita por meio da elaboração de matrizes.

Resultados

Foram identificadas, no período compreendido entre 2004 e 2011, seis proposições legislativas destinadas a instituir a Responsabilidade Sanitária no ordenamento jurídico brasileiro: cinco de iniciativa parla-

mentar - três apresentadas à Câmara dos Deputados e duas ao Senado Federal - e uma de iniciativa do Poder Executivo (Quadro 1).

Os agentes alcançáveis

As proposições adotam os vocábulos agente e gestor no sentido genérico de servidor público, abrangendo todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório.

As quatro primeiras proposições (Brasil, 2004a; Brasil, 2004b; Brasil, 2005; Brasil, 2007) consideravam alcançáveis tanto gestores - agentes públicos - como os agentes privados contratados ou conveniados com o SUS e, no caso do primeiro projeto, o Projeto de Lei nº 4.010, de 2004 (Brasil, 2004a), também os hospitais privados, com ou sem fins lucrativos, independentemente de participarem ou não do SUS. A responsabilidade dos agentes priva-

Quadro 1 - Proposições legislativas que objetivam instituir o princípio da responsabilidade sanitária – epígrafe, data de apresentação, autoria, ementa e resultado

Proposição	PL 4.010/2004	PL 4.606/2004	Anteprojeto do M. Saúde	PL 21/2007	PLS 190/2009	PLS 174/2011
Data	11/08/2004	09/12/2004	31/05/2005	05/02/2007	12/05/2009	19/04/2011
Autor	Dep. Roberto Gouveia (PT-SP)	Dep. Roberto Gouveia (PT-SP)	Poder Executivo / Ministério da Saúde	Dep. Dr. Rosinha (PT-PR)	Sen. Augusto Botelho (PT-RR)	Sen. Humberto Costa (PT-PE)
Ementa	Dispõe sobre a aplicação de penalidades administrativas no âmbito do Sistema Único de Saúde e dá outras providências.	Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas	Dispõe sobre a responsabilidade sanitária, cria o Sistema Nacional de Regulação, Controle, Avaliação e Auditoria do SUS e dá outras providências.	Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas [O PL 21/07 tem o mesmo teor do PL 4.606/04 – reapresentação]	Altera a Lei nº 8.080, de 19/09/90, para definir procedimentos a serem adotados na apuração de responsabilidades e estabelecer sanções a serem aplicadas aos agentes públicos responsáveis pelo descumprimento injustificado de obrigações assumidas no âmbito do SUS.	Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para modificar o art. 36, que institui regras sobre a elaboração dos planos de saúde, e para inserir dispositivos que regulam a responsabilidade sanitária dos gestores no âmbito do Sistema Único de Saúde.
Resultado	Arquivados (tramitaram apensados)		Não apresentado.	Em tramitação na Câmara dos Deputados	Em tramitação no Senado Federal; tramitam apensados.	

Fonte: SICON; SILEG. Elaborado pelos autores.

dos caracteriza-se, no entanto, por obrigações bem diferentes daquelas atribuídas aos agentes públicos. Restringe-se a manter comissões de ética, de controle de infecções hospitalares, de verificação de óbito e de prevenção de acidentes de trabalho, e a notificar os agravos à saúde de notificação compulsória e os casos de morte encefálica ocorridos no serviço. No caso de descumprimento, seriam sancionáveis com advertência, multa - sanções igualmente aplicáveis ao agente público - e declaração de inidoneidade para contratar ou conveniar com o SUS (Quadro 2).

Quanto à responsabilidade dos agentes públicos, a primeira proposição, isto é, o Projeto de Lei nº 4.010, de 2004 (Brasil, 2004a), só alcançava o gestor por regressão. Nas demais proposições, a definição desse agente público a quem se atribui a responsabilidade sanitária passa a ser feita de forma explícita.

Dois aspectos chamam a atenção nessas definições do agente público alcançável: a adoção da definição dada pelo art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Brasil, 1992), e o fato de fazerem duas restrições a seu alcance, isto é, para sua atuação no âmbito do SUS e quanto ao poder de decisão do agente sobre a alocação de recursos.

Por fim, todas as classes de agentes públicos poderiam vir a ser alcançados em julgamentos de crimes de responsabilidade sanitária, segundo as cinco proposições iniciais; o PLS nº 174/2011 (Brasil, 2011), por sua vez, ao equiparar os crimes de responsabilidade sanitária a crimes de responsabilidade

e adotar o processo instituído pela Lei nº 1.079, de 1950, - como se discutirá a seguir - alcança apenas o Presidente da República, os ministros de Estado, os governadores e os secretários de Estado.

A natureza jurídica da responsabilidade sanitária – infrações, crimes e sanções

As três proposições apresentadas na Câmara dos Deputados entre 2004 e 2007 (Brasil, 2004a; Brasil, 2004b; Brasil, 2007) caracterizam-se pela importante ampliação da responsabilidade do gestor do SUS, mas apenas em esfera administrativa, definindo novas infrações administrativas e cominando sanções mais gravosas nessa esfera jurídica. Já o anteprojeto do Poder Executivo (Brasil, 2005) e os Projetos de Lei do Senado (Brasil, 2009; Brasil, 2011) tipificam o descumprimento de alguns dos atos, considerados ilícitos de maior gravidade, como crimes de responsabilidade sanitária, conferindo também dimensão criminal à responsabilidade sanitária.

No entanto, enquanto o Projeto de Lei do Senado nº 190, de 2009 (Brasil, 2009), equipara todos os crimes de responsabilidade sanitária que estabelece ao crime de emprego irregular de verbas públicas previsto no art. 315 do Código Penal, o Projeto de Lei do Senado nº 174, de 2011 (Brasil, 2011), os equipara aos crimes de responsabilidade tipificados na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento (Brasil, 1950, ementa).

Quadro 2 - Proposições legislativas que objetivam instituir o princípio da responsabilidade sanitária – mérito: esfera jurídica e agentes alcançáveis

Proposição	PL 4.010/2004	PL 4.606/2004 e PL 21/2007	Anteprojeto do Ministério da Saúde	PLS 190/2009	PLS 174/2011
Esfera jurídica	Administrativa ⁽¹⁾	Administrativa	Administrativa e penal ⁽²⁾	Administrativa e penal	Administrativa, penal e política
Agente alcançável	Agente público	Agente público Agente privado (contratado ou conveniado com o SUS)	Agentes públicos Entes privados contratados ou conveniados com o SUS	Gestor	Gestor

Fonte: SICON; SILEG.

(1) A ausência de atualização anual da ficha cadastral do ente federado no Sistema de Informações do Ministério da Saúde é tipificada como crime de falsidade ideológica.

(2) Ainda que a apresentação do projeto indique, já no primeiro parágrafo, a intenção de que, com o novo regulamento, "as ações fraudulentas na execução de políticas públicas de saúde poderão resultar na perda de direitos políticos e na prisão dos maus administradores" (Brasil, 2005, p. 1), o anteprojeto submetido à consulta pública previa apenas uma ação, tipificada como crime de responsabilidade sanitária, sancionável com suspensão de direitos políticos.

Como se observa, não há, em qualquer caso, a criação de novos tipos penais, mas a equiparação desses crimes de responsabilidade sanitária a tipos já previstos, no Código Penal ou na Lei dos Crimes de Responsabilidade.

A pena de suspensão de direitos políticos é prevista no anteprojeto do Executivo (Brasil, 2005) e a de perda de cargo com inabilitação para o exercício de função pública por cinco anos, no PLS nº 174, de 2011 (Brasil, 2011). No anteprojeto do Poder Executivo, a perda de direitos políticos é o remédio para o ilícito de deixar de aplicar os recursos mínimos estabelecidos para o financiamento da saúde pelo § 2º do art. 198 da Constituição Federal. Para o autor do PLS nº 174, de 2011, no entanto, essa é considerada uma infração administrativa, apenas. Nesse último projeto de lei do Senado, a pena de perda do cargo é reservada para os ilícitos de dar aplicação diversa da estabelecida em lei a verbas destinadas ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde; dar causa ao descumprimento do plano de saúde; deixar de executar ou interromper injustificadamente ações previstas, causando agravos à saúde da população, e aplicar recursos em atividades não previstas no plano de saúde (exceto emergências) (Brasil, 2011).

De qualquer forma, verifica-se que as proposições evoluem, no tempo, da imputabilidade e do apenamento do gestor faltoso pela via administrativa para a tipificação de crimes, denominando-os de crimes de responsabilidade sanitária, com agravamento de sanções e penas, que incluem, em alguns casos, a possibilidade de suspensão de direitos políticos e de perda de cargo.

Quanto à natureza do ato infracional, é possível identificar quatro categorias de ilícito: (1) o descumprimento de determinações constitucionais sobre aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde; (2) o descumprimento de determinações da Lei Orgânica da Saúde, referentes à estruturação e funcionamento de fundo de saúde, conselho de saúde e sistema de auditoria; (3) a criação de obstáculos a ações de controle e avaliação; e (4) a ausência ou descumprimento de plano de saúde.

Os projetos são, em geral, concordantes quanto à gravidade que atribuem aos ilícitos - com base

no critério de seu potencial para causar prejuízo à saúde da população - e o conseqüente apenamento. No entanto, existem discordâncias relevantes entre eles em relação a esse aspecto.

A primeira categoria - descumprimento de determinações constitucionais sobre aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde - recebe sanções severas em todas as proposições analisadas. No entanto, enquanto no primeiro projeto apresentado ao Senado Federal, em 2009 (PLS nº 190/2009) (Brasil, 2009) a violação a essa previsão constitucional é tipificada como crime de responsabilidade sanitária passível de pena de reclusão e, na proposição do Poder Executivo (Brasil, 2005), é apenada com perda de direitos políticos do gestor do SUS, no projeto de 2011 (PLS nº 174/2011) (Brasil, 2011) é considerada mera infração administrativa, punível com advertência e/ou multa, repetindo o mesmo entendimento do autor das proposições apresentadas à Câmara dos Deputados no início do período estudado (Brasil, 2004a; Brasil, 2004b).

Quanto à violação a determinações da Lei Orgânica da Saúde - deixar de estruturar o fundo de saúde e de prover condições para o funcionamento do conselho de saúde e do sistema de auditoria -, as proposições analisadas são coincidentes, tipificando todas elas, como infrações administrativas.

Em relação ao terceiro grupo, é também possível identificar grande concordância entre as proposições. Obstar as ações de regulação, controle, auditoria e avaliação; impedir ou dificultar o acompanhamento da aplicação dos recursos do fundo de saúde pelo sistema de controle interno e externo e pelo controle social; ou obstar, por qualquer meio, a atuação do conselho de saúde ou as ações do Sistema Nacional de Auditoria são atos tipificados como infrações administrativas graves pelos projetos da Câmara dos Deputados, e como crimes de responsabilidade sanitária pelos demais.

As principais discordâncias, no entanto, aparecem na tipificação dos ilícitos da quarta categoria, isto é, aqueles referentes ao descumprimento injustificado do plano de saúde; à gestão de recursos financeiros ao arrepio da lei, dos planos e dos acordos; e ao descumprimento de deliberações pactuadas no âmbito das comissões intergestores.

Elaborar plano de saúde e cumpri-lo é um dos elementos centrais da construção do conceito de responsabilidade sanitária, na medida em que é o plano de saúde que consubstancia não apenas a forma com que essa responsabilidade se materializa prestacionalmente, como é por meio dele que os acordos e pactos realizados entre os gestores do sistema das diferentes esferas de governo se manifestam. Em que pese isso, os diferentes projetos não coincidem quanto à gravidade nem quanto ao apenamento dos ilícitos de deixar de elaborar plano de saúde e de dar causa a seu descumprimento.

A falta de elaboração do plano é tipificada como infração administrativa pelos projetos de lei da Câmara (Brasil, 2004a; Brasil, 2004b) e pelo primeiro projeto apresentado ao Senado (Brasil, 2009), mas como crime de responsabilidade sanitária pelo anteprojeto do Poder Executivo (Brasil, 2005) e pelo Projeto de Lei do Senado nº 174, de 2011 (Brasil, 2011). Dar causa a seu descumprimento injustificado e deixar de executar ou interromper injustificadamente ações nele previstas, causando agravos à saúde da população, são tipificados como crimes de responsabilidade sanitária pelos projetos do Senado, mas apenas como infrações administrativas, pelos demais.

O padrão de tipificação e apenamento é, no entanto, similar - e gravoso - quando a ilicitude se refere à aplicação diversa da estabelecida em lei a verbas destinadas a ações e serviços públicos de saúde ou à sua aplicação em atividades não previstas no plano de saúde, que constituem crimes de responsabilidade sanitária no âmbito dos projetos do Senado e do anteprojeto do Executivo e infrações administrativas graves, nos da Câmara dos Deputados (Quadro 3).

Não se tem elementos factuais ou teóricos para explicar as discordâncias entre as proposições quanto à gravidade dos ilícitos e a dosimetria das sanções e penas cominadas. As justificações dos projetos tampouco elucidam esse fato, que só pode ser explicado pelo entendimento que cada autor tem da matéria.

É evidente, no entanto, que, com o tempo, há um agravamento das penalidades nos projetos mais recentes, indicando uma mudança de percepção quanto à gravidade dos ilícitos que tipificam.

O processo

Os projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados e o anteprojeto do Poder Executivo buscam inovar, do ponto de vista processual, no que tange ao controle da nova responsabilidade que criam e à apuração e ao apenamento das infrações administrativas e dos crimes que tipificam, isto é, quanto ao processo de julgamento. Eles transferem para a regulamentação a ser produzida o detalhamento de um processo administrativo próprio a ser seguido, e ampliam responsabilidades das instâncias encarregadas desse controle, gerando, com isso, risco de conflito de atribuições ou, ao contrário, vazios de atuação. O anteprojeto do Executivo estabelece, inclusive, uma estrutura nova, denominada Sistema Nacional de Regulação, Avaliação, Controle e Auditoria do SUS.

Os projetos de lei do Senado, por sua vez, não criam instâncias nem ritos novos. Enquanto as proposições iniciais (2004 a 2007) deixam de prever o devido processo de julgamento e o remetem para o regulamento, ambos os projetos do Senado adotam o processo de julgamento estabelecido pela Lei nº 1.079, de 1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade).

Destaca-se, nessas proposições, por relevante, que elas transformam os conselhos de saúde no principal instrumento de controle da responsabilidade sanitária do gestor, ao atribuir-lhes a obrigação de apreciar e aprovar os planos de saúde e os relatórios de gestão, com prazos - agora - determinados. Ressalte-se que, segundo Bastos e colaboradores (2009), é fundamental que haja uma interação entre a sociedade e o Estado, dando embasamento social à dimensão institucional, posto que é possível contribuir para a realização de experiências inovadoras no encaminhamento de problemas sociais, sobretudo nas áreas da saúde, fortalecendo o tecido social. Assim, o conselho, encontrando fundados indícios da ocorrência de infração administrativa ou de crime de responsabilidade sanitária, deverá representar ao Ministério Público e ao Sistema Nacional de Auditoria do SUS para que requeiram a investigação devida ao juízo competente.

Quadro 3 - Proposições legislativas que objetivam instituir o princípio da responsabilidade sanitária – Mérito: ilícitos, tipificação e sanções/penalidades cominadas ⁽¹⁾

Proposição Ilícito	PL 4.010/2004	PL 4.606/2004 e PL 21/2007 ⁽²⁾	Anteprojeto do Ministério da Saúde	PLS 190/2009	PLS 174/2011
Deixar de aplicar os recursos mínimos determinados pela Constituição Federal (art. 198 6 2º)	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção - Advertência e/ou multa ⁽³⁾	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 1 a 4 anos; suspensão de direitos políticos; e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA ⁽⁴⁾ Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa
Dar aplicação diversa da estabelecida em lei a verbas destinadas ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 1 a 4 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos
Deixar de apresentar plano de saúde ou relatório de gestão ao conselho de saúde por dois anos	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção - multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Detenção, de 6 meses a 2 anos, e multa.	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa
Dar causa ao descumprimento do plano de saúde, deixar de executar ou interromper injustificadamente ações previstas, causando agravos à saúde da população ⁽⁵⁾	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos
Aplicar recursos em atividades não previstas no plano de saúde (exceto emergências)	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos
Obstar as ações de regulação, controle, auditoria e avaliação ⁽⁶⁾	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Detenção, de 6 meses a 1 ano, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos

(continua)

Quadro 3 - Proposições legislativas que objetivam instituir o princípio da responsabilidade sanitária – Mérito: ilícitos, tipificação e sanções/penalidades cominadas ⁽¹⁾ (continuação)

Proposição Ilícito	PL 4.010/2004	PL 4.606/2004 e PL 21/2007 ⁽²⁾	Anteprojeto do Ministério da Saúde	PLS 190/2009	PLS 174/2011
Prestar informações falsas no relatório de gestão que frustrem o monitoramento da execução do plano de saúde	Não tipificado	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção - Advertência e/ou multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos
Inserir dados falsos, alterar ou excluir informações e dados nos sistemas informatizados ou bancos de dados, com o fim de obter vantagem indevida ou frustrar o monitoramento das ações de saúde	CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA ⁽⁷⁾ Pena - Reclusão, de 1 a 5 anos, e multa	CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA Pena - Reclusão, de 1 a 5 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 12 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena - Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa	CRIME DE RESPONSABILID. SANITÁRIA Pena – Perda do cargo, com inabilitação para o exercício de função pública por 5 anos
Deixar de estruturar fundo de saúde	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção - multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa
Deixar de prover condições para o funcionamento do conselho de saúde	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRAT. ⁽⁸⁾ Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa
Deixar de estruturar o componente do Sistema Nacional de Regulação... ⁽⁹⁾	Não tipificado	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA GRAVE Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA Sanção – Advertência e/ou multa

Fonte: SICON; SILEG.

(1) Não inclui a responsabilidade sanitária de agentes privados, de gestores de serviços e de trabalhadores de saúde.

(2) O PL 21/07 tem o mesmo teor do PL 4.606/04 (reapresentação).

(3) A advertência aplica-se às infrações leves, assim definidas como aquelas que não causam prejuízos diretos para a saúde da população. A gravidade do ilícito/ infração não é determinada *a priori*, com algumas exceções. De qualquer forma, o cometimento sucessivo de infrações leves é considerado infração grave, a critério da autoridade competente.

(4) Art. 315 do Código Penal [Crime de malversação de recursos públicos].

(5) Os PL 4.606/04 e 21/07 prevêm que, ademais, o descumprimento por dois anos consecutivos de 50% das metas previstas no plano de saúde sujeita o agente público à multa no valor de trinta vezes o valor da remuneração percebida por ele e obriga os serviços de auditoria, controle e avaliação a promoverem completa fiscalização contábil, financeira e de resultados nos serviços do ente federativo, com acompanhamento do Ministério Público (Brasil, 2004b; Brasil, 2007).

(6) Nos PL 4.606/04 e 21/07: impedir ou dificultar o acompanhamento da aplicação dos recursos do fundo de saúde pelo sistema de controle interno e externo e pelo controle social; no PLS 190/09: obstar, por qualquer meio, a atuação do conselho de saúde ou as ações do Sistema Nacional de Auditoria (Brasil, 2004b; Brasil, 2007).

(7) Art. 299 do Código Penal.

(8) Cercear o direito do conselho de saúde de exercer as suas funções é tipificado como infração administrativa grave.

(9) No PLS 109/09, deixar de estruturar o Sistema Nacional de Auditoria e de provê-lo de condições para o exercício de suas atribuições (Brasil, 2009).

Discussão

Chama a atenção o desenvolvimento que a construção do conceito de responsabilidade sanitária teve, para sua implantação pela via legal, entre 2004, data dos primeiros projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados, e 2011, data da última proposição. Destacam-se mudanças em pelo menos quatro aspectos: (1) a transformação dessa nova responsabilidade quanto à sua natureza - de objetiva do Estado para subjetiva do agente; (2) quanto à esfera jurídica - da esfera administrativa para a esfera penal e política; (3) quanto à natureza dos ilícitos que são tipificados como quebra de responsabilidade, a gravidade que lhes é reconhecida e as sanções que lhes são cominadas; e (4) quanto ao processo para o seu controle e para a apuração e apenamento.

Da responsabilidade objetiva do Estado para a responsabilidade subjetiva do gestor

A nova responsabilidade, que inicialmente era entendida como do ente público, passa, nas proposições seguintes, para o gestor do SUS, na qualidade de agente público.

Diferentemente do que defende a doutrina administrativista brasileira, as proposições analisadas reconhecem a existência de culpa - e, eventualmente, dolo - na ação ou omissão do gestor do SUS que, de forma injustificada, deixar de cumprir determinações legais, de honrar contratos firmados com os demais entes federados, de executar os planos de saúde aprovados ou, até mesmo, de descumprir determinadas metas pactuadas. Ao tomar a falta de serviço - deixar de prestar ou retardar o serviço, mau funcionamento, não execução de ações necessárias - como fato gerador da obrigação de indenizar ou ressarcir, as proposições que instituem essa responsabilidade sanitária se aproximam mais da Teoria da Culpa Administrativa, ou subjetivista.

Também, diferentemente do que concebe a Teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração, a apuração da responsabilidade sanitária proposta não prescinde da apreciação de elementos subjetivos, de culpa ou dolo, e, em oposição à pressuposição da existência de um risco inerente à ação Estatal, assume, como um risco real para a saúde das pessoas e da população, a ausência ou insuficiência da atuação do Estado.

Nesse sentido, as proposições caminham na contramão da nossa história jurídica que - segundo o art. 37 da Constituição Federal, o art. 43 do Código Civil e a jurisprudência reiterada - abandonou a Teoria Subjetiva da Culpa e manteve a Responsabilidade Civil Objetiva da Administração, baseada na Teoria do Risco Administrativo.

Assim, as proposições legislativas que objetivam instituir essa nova responsabilidade inovam, ao reverter tendência doutrinária, legislativa e jurisprudencial, por levar em conta, como fato gerador da responsabilidade, a falta do serviço e, inferindo dela, a responsabilidade do gestor - não da Administração. O agente - o gestor do sistema de saúde - é, assim, responsabilizado pela falta de serviço e alcançável sempre, não apenas em razão de ação regressiva.

Da ampliação da responsabilidade em esfera administrativa à tipificação de crimes de responsabilidade sanitária

Caracterizada inicialmente como uma ampliação da responsabilidade em esfera apenas administrativa (projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados), a responsabilidade sanitária passa, também, para a esfera penal e política, quando tipifica o descumprimento como crime de responsabilidade sanitária (anteprojeto do Poder Executivo e projetos de lei do Senado).

Para os propositores do novo instituto, a mera sanção pela via administrativa - ainda que agravada - não é suficiente para fazer cumprir a norma lesada, reparar o dano causado ou infundir respeito à ordem jurídica. Seus autores entendem que, em especial quanto ao último aspecto - que agora se reveste, ademais, de respeito aos contratos e metas pactuados entre gestores do sistema - faz-se necessário o poder dissuasório de sanções mais gravosas e do apenamento, isto é, a responsabilização criminal.

Do descumprimento de obrigações constitucionais e legais ao reconhecimento de valor jurídico aos acordos pactuados entre os gestores das três esferas de governo e à obtenção de resultados mínimos

Os ilícitos que os primeiros projetos alcançam são apenas os de deixar de executar obrigações estabelecidas em normas legais. Os projetos posteriores,

no entanto, incluem, como ilícitos sancionáveis, o descumprimento de acordos firmados nas comissões intergestores, o não cumprimento de planos de saúde e a não obtenção de um mínimo de resultados, estabelecidos naquelas instâncias de pactuação. Orçamentos, planos e programas ganham o sentido de vincular a atuação do administrador e a ter, assim, caráter de obrigações que geram responsabilidade sanitária.

De um processo formal e ineficiente a um procedimento próprio

Os autores das proposições criticam o processo formal e ineficiente que existe na atualidade para o controle da responsabilidade sanitária do gestor do SUS e a sanção daqueles que se omitem ou agem de forma ilícita. A necessidade da instituição de novos mecanismos e processos é a base das justificações de todos os projetos elaborados.

A institucionalização de um rito próprio para controlar a nova responsabilidade parece uma tentativa de manter e equacionar, ao máximo possível, a questão no âmbito do SUS e do pacto entre os entes federados, para o qual evoluíram os mecanismos de organização e gestão do sistema. Prever a formalização de termos de ajuste de conduta sanitária substituindo o processo administrativo (anteprojeto do Poder Executivo e projeto do Senado de 2011) e reforçar o papel dos conselhos de saúde (projeto de lei do Senado de 2009) constituem ações que evidenciam o objetivo de dar materialização a essa perspectiva. A transferência do estabelecimento dos ritos e dos prazos do processo para um regulamento a ser elaborado pelo Ministério da Saúde (providência presente nos textos dos projetos apresentados à Câmara dos Deputados e no anteprojeto do Executivo) é outro indicativo nesse sentido.

Manter o processo dentro da esfera de influência do SUS - pelo menos nas etapas iniciais do controle da responsabilidade sanitária - constitui uma resposta a insuficiências e limitações do controle judicial daqueles atos administrativos, entre as quais estão: o fato de o controle feito pelo Judiciário ser um controle *a posteriori*; ser restrito unicamente à apreciação da legalidade e, portanto, inadequado para avaliar o mérito administrativo do ato, o que refoge do âmbito do Poder Judiciário; ser um meio

de preservação de direitos individuais quando os riscos mais graves decorrentes da ação ou omissão do gestor de saúde são para a saúde coletiva; e não se exercer senão por provocação, isto é, exige ser reclamado pelos que se sintam lesados, quando é desejável que a ação de controle da responsabilidade seja desencadeada de forma automática e não apenas pelas pessoas prejudicadas (papel das instâncias de controle social).

No entanto, na tentativa de instituir um rito menos formalista e mais eficiente para o controle da responsabilidade sanitária, o processo proposto para apuração e sanção de infrações e crimes decorrentes de seu descumprimento se faz, na maioria das vezes, com a criação de novas instâncias institucionais, com a ampliação de responsabilidades das instâncias já existentes encarregadas desse controle ou com atribuição de competências concorrentes para elas e, com isso, cria risco de conflito de atribuições ou, ao contrário, de vazios de atuação.

Conclusão

As proposições legislativas que objetivam a instituição da responsabilidade sanitária como uma nova espécie de responsabilidade jurídica, aplicável ao setor saúde, refletem a evolução, ocorrida na última década, do conceito e dos mecanismos que instituem.

Em primeiro lugar, revertem a tendência doutrinária, legislativa e jurisprudencial ao levar em conta, como fato gerador da responsabilidade, a falta do serviço e, inferindo dela, a responsabilidade do gestor - não da Administração. O agente - o gestor do sistema de saúde - é, assim, responsabilizado pela falta de serviço, e alcançável sempre, não apenas em razão de ação regressiva.

Em relação à esfera jurídica, a responsabilidade sanitária que se pretende instituir não apenas amplia as obrigações do gestor de saúde em área administrativa: ela avança para a responsabilização penal daquelas ações visualizadas como de maior poder de lesão à saúde das pessoas e da população.

Ao dar valor jurídico a fontes novas de direito, as proposições legislativas ampliam a responsabilidade que instituem com a criação de novas obrigações para além das estabelecidas nas normas específicas

do Direito Sanitário, e conferem reconhecimento jurídico aos contratos firmados entre os gestores e aos planos de saúde.

Por fim, buscam instituir uma processualística que dê conta de manter, ao máximo possível, o controle dessa nova responsabilidade e suas consequências administrativas e penais no âmbito do próprio sistema de saúde, em resposta às ineficiências e limitações inerentes ao controle judicial.

Referências

BASTOS, F. A.; SANTOS, E.; TOVO, M. F. Capital social e Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 177-188, 2009.

BRASIL. Lei nº 1079, de 10 de abril de 1992. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento (Lei dos Crimes de Responsabilidade). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 abr. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079consol.htm>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 8429, de 2 de julho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências (Lei de Improbidade Administrativa). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4010, 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre a aplicação de penalidades administrativas no âmbito do Sistema Único de Saúde e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 25 ago. 2004a, p. 36391 col. 01. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=261793>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.606, 9 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 31 dez. 2004b, p. 57971 col. 01. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/257318.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Lei de responsabilidade sanitária: um novo caminho para o Brasil*. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 21, 17 fevereiro de 2007. Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 23 fev. 2007, p. 6043 col. 01. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/433738.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 190, 12 de maio de 2009. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para definir procedimentos a serem adotados na apuração de responsabilidades e estabelecer sanções a serem aplicadas aos agentes públicos responsáveis pelo descumprimento injustificado de obrigações assumidas no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 13 maio 2009, p. 16634. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/57740.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 174, 19 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para modificar o art. 36, que institui regras sobre a elaboração dos planos de saúde, e para inserir dispositivos que regulam a responsabilidade sanitária dos gestores no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 20 abril 2011, p. 11876-11889. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99951>. Acesso em: 12 nov. 2013.

DALLARI, S. G. Direito Sanitário. In: *Direito sanitário e saúde pública: coletânea de textos*, 1. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. p. 39-58.

DINIZ, M. H. Responsabilidade civil. In: _____.
Curso de direito civil brasileiro. São Paulo:
Saraiva, 2008. v. 7. p. 7.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. São
Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*.
São Paulo: Malheiros, 2008.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de direito penal*.
São Paulo: Saraiva, 1994.

Recebido em: 27/03/2012
Reapresentado em: 01/02/2013
Aprovado em: 02/05/2013