

A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO

Orgs.

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Ricardo Lupion

Regina Linden Ruaro

Gilberto Stürmer

Paulo Caliendo

Org. Executiva Discente

Fernanda Linden Ruaro Peringer

A obra coletiva que ora se publica, intitulada **A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO - Contribuições dos Docentes e Discentes do PPGD da PUCRS**, visa reunir trabalhos que gravitam em torno de quatro eixos temáticos, que, por sua vez, guardam aderência com as áreas de concentração e linhas de pesquisa do PPGD. Mediante tal publicação, que se soma a outras já ocorridas e tantas mais por vir, o Programa de Pós-Graduação em Direito, por meio da produção científica de seus docentes e discentes busca dar mais uma contribuição no que diz respeito à identificação, análise e mesmo pautas de solução para os diversos desafios decorrentes de uma crise que pode ser considerada a mais impactante e penosa das últimas décadas, e cujo enfrentamento exige um esforço concentrado e solidário, no âmbito de uma responsabilidade compartilhada entre os poderes públicos e a sociedade civil.



Editora Fundação Fênix



A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Lucía Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito

(Organizadores)

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Ricardo Lupion

Regina Linden Ruaro

Gilberto Stürmer

Paulo Caliendo

(Organizadora executiva discente)

Fernanda Linden Ruaro Peringer



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 05

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix; LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs).

A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix, LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

672p.

ISBN – 978-65-87424-14-9



<https://doi.org/10.36592/9786587424149>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. COVID-19. 2. Direitos Fundamentais. 3. Jurisdição. 4. Processo.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

14. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS À SAÚDE, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

STATE LIABILITY IN TORT FOR HEALTH DAMAGE, IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-14>

Eugênio Facchini Neto¹

Resumo

A pandemia da COVID-19 disseminou-se de forma extraordinariamente rápida pelo mundo, infectando milhões de pessoas. Um percentual pequeno dos infectados desenvolverá sintomas muito graves e necessitará de atendimento hospitalar intensivo, com o uso de aparelhos respiratórios. Em determinados momentos e locais, pode haver uma grande demanda por tratamento hospitalar, sem que haja condições de a todos atender de forma satisfatória. Danos à saúde e óbitos são esperados que ocorram em tal circunstância. Esse artigo defende a possibilidade de se responsabilizar civilmente os entes responsáveis pelo sistema público de saúde por tais danos, com fundamento no caráter objetivo da responsabilidade estatal, em uma visão solidarista, admitindo-se uma responsabilidade proporcional e adequada ao extraordinário contexto vivenciado. Utilizou-se o método dialético, com pesquisa bibliográfica. Palavras chaves: Covid-19 – Responsabilidade civil do Estado – Danos à saúde

Abstract

The COVID-19 pandemic has spread extraordinarily rapidly around the world, infecting millions of people. A small percentage of those infected will develop very severe symptoms and will require intensive hospital care with the use of respiratory devices. At certain times and places, there may be a high demand for hospital treatment, without being able to meet all of them satisfactorily. Damage to health and death are expected to occur in such a circumstance. This article defends the existence of State liability in tort over the entities responsible for the public health system for

¹ Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze/Itália; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor Titular dos Cursos de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito da PUC/RS. Professor e ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

such damages, based on the strict character of state liability, in a solidaristic interpretation, in a proportional way. The dialectical method was used, with bibliographic research.

Keywords: Covid-19 - State civil liability in tort - Health damage

Introdução

A COVID-19 é uma dolorosa experiência nova para a humanidade. Nossa geração jamais vivenciou algo com tais características. Pandemias representam tragédias que ceifam a vida de milhares ou milhões de pessoas. Enquanto não se dispõe de uma vacina, nem de remédios de eficácia comprovada, incumbe aos governos adotarem todas as medidas necessárias para reduzir o ritmo de sua difusão e amainar o impacto da doença nas pessoas infectadas. Como uma das estratégias para a redução da disseminação da doença consiste em medidas de isolamento social, isso acarreta impactos profundos na economia. O difícil equilíbrio entre a proteção da saúde e a minimização de efeitos econômicos é algo que todos os governos estão buscando, com graus variados de sucesso.

Considerando uma das peculiaridades dessa pandemia, consistente na sua rápida propagação, todos os esforços de governos sensatos foram inicialmente voltados para uma tentativa de “achatamento da curva” da disseminação da doença. O objetivo era evitar que um grande número de pessoas adoecesse ao mesmo tempo, o que acarretaria o colapso do sistema – de qualquer sistema – de saúde. Essa estratégia mostrou-se necessária pelo fato de que quase todos os pacientes graves necessitam de respiradores artificiais por até duas semanas, e nenhum sistema de saúde dispõe de um número elevado de tais equipamentos, pela singela razão de que não se trata de aparelhos de uso rotineiro nos hospitais. Como a doença se espalhou em escala mundial num ritmo impressionante, boa parte dos sistemas de saúde se viram simultaneamente afetados pela mesma carência de equipamentos e materiais – respiradores, medicamentos de sedação específica para seu uso (já que os pacientes a serem intubados devem ser colocados em coma induzido), equipamentos de proteção individual adequados, etc. A procura global simultânea por tais produtos acarretou sua escassez no mercado.

Apesar de todos os esforços, em muitos casos não se logrou evitar “picos” de contaminação simultânea e de superlotação de alguns hospitais. E isso acarretou

“dramas” e “tragédias” que foram acompanhados por uma população atônita e assustada nos momentos iniciais. Em grande número de casos, parentes não foram autorizados a permanecer com ou visitar familiares afetados. Internavam seus queridos e recebiam de volta corpos sem vida, lacrados, sem permissão de lhes prestar as últimas homenagens de maneira apropriada. Tomou-se conhecimento, também, de casos em que o acúmulo de pacientes simultaneamente necessitados acarretava filas à espera de ventiladores, obrigando os médicos a fazerem escolhas verdadeiramente trágicas para definir quem seria internado ou quem receberia o respirador. Como tomar tal decisão? Que critérios utilizar? O mais antigo na fila, o paciente mais grave, aquele com melhores possibilidades de salvação? Quem toma essa decisão? Famílias de pacientes que não puderam ser tratados serão indenizadas? Em caso positivo, por quem? A força maior ou o caso fortuito, com seu ordinário efeito de romper o nexo de causalidade e afastar qualquer indenização, poderá ser invocado?

Ao lado dessas tragédias que afetam os pacientes, mas impactando também os profissionais da saúde, tomou-se conhecimento de muitos casos, especialmente na fase inicial, de médicos, enfermeiros e outros profissionais da saúde, que estavam atuando no “front”, em contato direto com pessoas contaminadas, sem disporem de material de proteção individual adequado e suficiente. Mesmo quando tais equipamentos foram disponibilizados, a enorme carga viral do ambiente em que trabalhavam inevitavelmente acarretou a contaminação de expressivo número de profissionais da saúde, com várias mortes. Essas doenças que os acometeram e as mortes que causaram, serão consideradas riscos inerentes a essa atividade profissional? Ou poderão ser atribuídas à responsabilidade dos gestores, públicos ou privados, desses estabelecimentos?

Essas são algumas das indagações que se procurará responder nesse artigo, que terá como foco exclusivo a apuração de eventual responsabilidade dos entes públicos pelos danos à saúde de pessoas afetadas pela COVID-19.

Após um breve histórico da responsabilidade civil do Estado, o artigo analisará a responsabilidade estatal por danos à saúde, passando pela análise do sistema público de saúde brasileiro. Depois desse momento mais descritivo, problematizar-se-ão algumas situações mais recorrentes, buscando indicar-se possíveis respostas jurídicas, à luz da doutrina e jurisprudência pátria.

1 Breve histórico da evolução da responsabilidade civil do Estado, no Brasil, quanto ao seu fundamento

Há consenso no sentido de que o Brasil não experimentou a fase da irresponsabilidade do Estado (simbolizadas pelas expressões: *The King can do no wrong*; *Le roi ne peut mal faire*; *L'État c'est moi*), com a posterior distinção entre atos de império (que não geravam responsabilidade) e atos de gestão (em que o Estado, por agir nas mesmas condições de um particular, poderia ser responsabilizado pelos seus atos). É de se ponderar, porém, que as Constituições de 1824 e de 1891 não consagraram expressamente a responsabilidade do Estado², mas sim apenas a de seus “empregados públicos” (art. 179, XXIX, da Constituição imperial) ou seus “funcionários públicos” (art. 82 da Constituição de 1891), embora se entendesse que o ente público respondia solidariamente com seus funcionários. A fase da responsabilidade subjetiva foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 15), caracterizada pela adoção da solução privatista: o Estado responderia pelos danos que seus servidores, agindo com culpa, tivessem causado, tal como o empregador responde pelas culpas de seus empregados. A Constituição de 1934 e a carta outorgada de 1937 mantiveram a responsabilidade subjetiva e solidária do Estado e seus funcionários.

Por influência da doutrina francesa (Paul Duez), acolheu-se no Brasil a chamada teoria da culpa anônima ou falha do serviço (*faute de service*), segundo a qual o Estado responde quando houver mal funcionamento do serviço público, ainda que não se pudesse indicar a culpa específica de um funcionário determinado. Isso ocorreria em três situações: quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona a destempo.

Finalmente, a partir da Constituição de 1946 (seguida por todas as posteriores), acolheu-se a teoria da responsabilidade objetiva³, prescindindo-se da análise da culpa de qualquer agente público. Costuma-se dizer que seu fundamento repousaria no

² Aliás, são muito poucos os Estados que estabeleceram normas na Constituição a respeito da responsabilidade civil do Estado. Além do Brasil, citam-se Rússia, Polônia e Alemanha (BELRHALI: 2016, p. 544). França, Itália, Argentina e a maioria dos outros países não tratam do tema em suas constituições. Algumas sequer tratam do tema na legislação infraconstitucional – nos países de Common Law, por exemplo, são os mesmos princípios que regem a responsabilidade civil na esfera privada que se aplicam à esfera pública.

³ Não se trata de orientação muito difusa no direito comparado. Na Itália, segundo Alpa (2017, p. 382), na ausência de norma específica, tanto a Corte di Cassazione quanto o Consiglio di Stato exigem a prova da culpa de um agente público, não bastando a simples violação da lei.

princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais⁴ (princípio da isonomia), ou seja, divide-se entre todos os cidadãos os prejuízos causados a alguns, pela atividade estatal executada no interesse de todos. Concordamos, porém, com a corrente doutrinária (Celso Antonio Bandeira de Mello, Yussef S. Cahali e outros) que entende possível e adequado distinguir entre danos decorrentes de atos ilícitos (regidos pelo princípio da legalidade) e danos decorrentes de atos lícitos (regidos pelo princípio da isonomia).

A CF/88, em relação às anteriores, apresentou duas inovações importantes: a) equiparou à responsabilidade do Estado a das pessoas jurídica de direito privado, prestadoras de serviço público; b) substituiu a expressão “funcionário” por “agente público”, que é bem mais ampla, abrangendo qualquer pessoa incumbida da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura. Naquilo que interessa a este ensaio, médicos que atuam em hospitais particulares, mas atendendo pelo SUS, são considerados agentes públicos para fins de responsabilização do Estado.

Embora objetiva, é assente que a responsabilidade do Estado não é por risco integral, mas sim por risco administrativo⁵ (PEREIRA: 2012, p. 180), ou seja, dispensa-se a presença da culpa, mas o Estado exclui sua responsabilidade demonstrando ausência de nexo de causalidade, em razão de fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou de força maior (TEPEDINO, TERRA e GUEDES: 2020, p. 181). Excepcionalmente, porém se adota também a teoria do risco integral no caso de acidentes nucleares, acidentes de trabalho (que não é propriamente caso de responsabilidade do Estado), no caso de danos ambientais, bem como na Lei 10.744/2003, que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidade civil, perante terceiros, no caso de atentados terroristas envolvendo aeronaves brasileiras (leis semelhantes foram adotadas pela maioria dos países, após os atentados de onze de setembro). De certa forma, também é o caso do pensionamento a vítimas da talidomida, regida pela Lei 7.070/82, alterada pela Lei 12.190/2010.

Em razão de sua pertinência no contexto que será examinado, examina-se brevemente a responsabilidade por omissão, sobre a qual durante muito tempo pendeu controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Considerando que o texto constitucional fala em danos que os agentes “causem a terceiros”, parte da doutrina

⁴ Fundamento que teve origem na França (*égalité devant les charges publiques*), mas não é aceito, por exemplo, na Inglaterra – Van Dam (2007, p. 517).

⁵ STF, AgR no AI 577.908/GO; AgR no AI 636.814/DF.

interpretou o verbo ‘causar’ no sentido de só abranger os atos comissivos, com exclusão dos omissivos. Com base em tal distinção, Celso A. Bandeira de Mello (2003, p. 872) difundiu a tese, oriunda de seu pai, Oswaldo Aranha B. Mello, segundo a qual, em caso de omissão, a responsabilidade estatal seria subjetiva, não objetiva. Tal tese foi amplamente acolhida na doutrina⁶ e pelos tribunais pátrios, especialmente junto ao STJ⁷. Já junto ao STF (e parte da doutrina civilista, como Yussef S. Cahali; Odete Medauar (2002, p. 444), Carmen Lúcia Rocha (2004); Carlos R. Gonçalves (2012, p. 179/180); Farias/Braga/Rosenvald (2017, p. 1044) prevaleceu a tese de que mesmo em caso de omissão, a responsabilidade estatal é objetiva, já que a C.F. não faz distinção entre condutas omissivas e comissivas. Em 2016, o STF (RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 30/03/2016), em sede de repercussão geral, assentou, em princípio, a tese da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, tanto para os danos causados por condutas comissivas quanto omissivas.

Como é óbvio que o Estado não pode responder por todo e qualquer dano relacionado a alguma sua omissão, há que se buscar critérios para que se possa responsabilizá-lo. Afastada a ideia de culpa, invoca-se o critério da distinção entre omissões genéricas e omissões específicas (CAVALIERI FILHO: 2014, p. 298/299 e C. MULHOLLAND: 2010, p. 119/120), ou o critério da razoabilidade (Yussef S. Cahali, Celso R. Bastos, Odete Medauar e outros).

Já para quem invoca o princípio da razoabilidade, o raciocínio seria o seguinte: considerando determinado contexto fático, era razoável se exigir que o ente público tivesse agido e feito algo para evitar que o dano ocorresse, considerando todas as circunstâncias, como o custo da adoção das medidas preventivas, a probabilidade estatística da ocorrência dos danos, etc? Se a resposta for afirmativa, há responsabilidade; se a resposta for negativa, não se indeniza.

Uma outra abordagem possível é aquela que foi aventada por Almiro Couto e Silva (2003: p. 149s), pela qual se desloca a questão da culpa para o nexos causal, indagando-se se havia um dever preexistente do ente público de agir, diante das circunstâncias, cujo descumprimento possa, então, ser caracterizado como verdadeira causa do dano.

⁶ Por todos, Di Pietro (2007, p. 603) e Carvalho Filho (2010, p. 613).

⁷ STJ, 2 T, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 27.05.2014, exemplificativamente.

À luz dessas orientações teóricas, passa-se a analisar a responsabilidade estatal por danos à saúde dos cidadãos, decorrentes de condutas comissivas ou omissivas dos entes públicos no contexto da pandemia.

2 Responsabilidade do Estado por danos à saúde

Houve um tempo em que a humanidade enfrentava momentos como esse “por meio de charlatanismos como orações, sacrifícios, sangrias, ventosas, metais tóxicos, homeopatia, esmagamento de uma galinha contra uma parte do corpo infeccionada” (PINKER: 2018, p.88). Nos últimos dois séculos, com a invenção da vacina e com a descoberta que são germes, bactérias, vírus que causam as doenças, a “sorte” começou a mudar. O conhecimento científico e o notável avanço da medicina permitiram não apenas reduzir a mortalidade infantil e elevar substancialmente a expectativa média de vida, mas também a tratar eficazmente doenças que tempos atrás eram mortíferas.

Essa inflexão do ponto de vista científico encontrou-se, mais recentemente, com a ideia político-jurídica de que o Estado não está apenas jungido a não violar os direitos fundamentais de seus cidadãos – vida e integridade física em primeiro lugar – mas deve concorrer ativamente para a sua proteção⁸. Esses direitos, inclusive, foram ampliados, passando a abranger também o direito à saúde. Assim, os espaços de omissão lícita do Estado passaram a ficar cada vez mais reduzidos. Em momentos como esse, de grave risco à saúde de pessoas em todo o mundo, não se pensa mais que se trata apenas de um problema individual – cada um que cuide de si, como foi a solução adotada nos séculos precedentes. Trata-se de um problema que afeta diretamente os gestores públicos: cabe ao Estado, em sentido amplo, cuidar da saúde dos seus cidadãos, protegendo-a, na medida do possível, inclusive de inimigos invisíveis e insidiosos como vírus.

O Estado-providência cumpre sua obrigação de cuidar da saúde de seus cidadãos através de uma série de prestações – desde campanhas de vacinação e

⁸ No espaço jurídico europeu, veja-se, por exemplo, a jurisprudência consolidada da Corte Europeia dos Direitos do Homem – CEDH -, no sentido de considerar que as autoridades públicas devem adotar as medidas “adaptées au niveau de risque afin de protéger les droits fondamentaux, tels que le droit à la vie”, sob pena de responsabilidade – casos *R.Ş. c. Lettonie*, de 8.03.18, § 80; *Sinim c. Turquie*, de 6.6.17, § 58; *Cevrioğlu c. Turquie*, 4.10.16, § 51; *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie*, 2.2.16; *Prilutskiy c. Ukraine*, 26.2.15, § 31; *Oruk c. Turquie*, 4.2.14, § 52; *Vilnes et autres c. Norvège*, 5.12.13, § 220; *Mosendz c. Ukraine*, 17.1.13, § 90; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28.2.12, § 158; *Boudaïeva c. Russie*, 20.3.08, § 132.

atendimentos ambulatoriais em todos os rincões do país, até a disponibilização de hospitais de referência e profissionais da saúde altamente qualificados.

Em todas essas frentes podem surgir danos indenizáveis – desde a vacina que acarretou danos à saúde de alguém (risco marginal, mas ocorrente), passando por um diagnóstico mal feito em nível ambulatorial, até uma cirurgia malsucedida em hospital de grande porte. Algumas falhas são “anônimas”, verdadeiras falhas do serviço, relacionadas muitas vezes às inevitáveis carências do sistema. Outras vezes decorre da culpa de algum médico ou enfermeiro perfeitamente identificado.

Relativamente à responsabilidade pessoal dos médicos no contexto dessa pandemia, um olhar à situação norte-americana revela um tipo de abordagem possível, não formalmente adotada no Brasil (embora os resultados possam ser os mesmos, em razão de orientação jurisprudencial que venha a prevalecer). Segundo McMichael, Lowry, Frist e Van Honr (2020), praticamente todos os Estados norte-americanos dispõem de uma “*Good Samaritan Law*”, que impede a responsabilização civil de um profissional da saúde que gratuitamente presta atendimento a alguém em meio a uma emergência, salvo dolo ou erro grosseiro⁹. Tal norma pode também se aplicar aos médicos e enfermeiros voluntários que atuam em uma pandemia, mas normalmente não protegem os agentes sanitários que atuam profissionalmente. Alguns Estados, como Virginia, Indiana, Maryland e Louisiana, dispõem de legislação permanente, pela qual, sempre que for declarada uma emergência sanitária, a responsabilidade dos médicos automaticamente será regida pelos termos da norma especial. A de Louisiana, por exemplo, dispõe que “[d]uring a state of public health emergency, any health care providers shall not be civilly liable for causing the death of, or, injury to, any person or damage to any property except in the event of gross negligence or willful misconduct.” Já outros Estados, como New York, New Jersey e Illinois aprovaram leis semelhantes após ter sido declarado o estado de emergência.

Nesse trabalho, porém, não focaremos a responsabilidade pessoal dos médicos, mesmo aqueles que atuam em hospitais públicos ou atendam pelo SUS. Nosso enfoque limita-se à responsabilidade dos entes públicos por falhas no tratamento sanitário ou por eventuais erros dos médicos que atuem como seus prepostos, embora algo será

⁹ Segundo outra fonte, *Good Samaritan Laws* imunizam de responsabilização civil médicos agindo com boa fé ao providenciar atendimento médico na cena de um acidente. Em alguns Estados, tal legislação tem um escopo mais amplo, estendendo essa proteção a médicos e enfermeiros voluntários atuando numa emergência nacional. É o caso da *Uniform Emergency Volunteer Health Practitioners Act* (“*UEVHPA*”), promulgada em 17 Estados (THOMPSON, GERTLER: 2020).

dito a respeito da responsabilidade pessoal do médico, ao tratarmos do direito regressivo do ente público frente ao médico.

Existem alguns hospitais públicos que são federais, outros estaduais e outros, ainda, municipais. Comumente adotam a forma jurídica de fundações ou de autarquias. Em qualquer dessas hipóteses, eventuais danos causados a pacientes atendidos nessas unidades poderão comprometer a responsabilidade civil do ente mantenedor.

Todavia, não só nessas hipóteses surgirá a responsabilidade dos entes públicos, pois mesmo em casos atendidos em hospitais privados poderá haver a responsabilidade de um ente público, especialmente quando se tratar de paciente atendido pelo SUS, o que representa boa parte das pessoas atingidas pelo COVID-19.

Convém, assim, começar pela análise do sistema público de saúde brasileiro.

3 O sistema público de saúde brasileiro – SUS

Segundo os dados colhidos na aprofundada reportagem de Bertoni, Falcão, Lopes e Bevilacqua (2020), que aproveitaremos nesse item, o Brasil é a única nação com mais de 100 milhões de habitantes a dispor de um sistema público e universal de saúde. Suas bases foram fixadas na Constituição de 1988, que consagrou a saúde como um direito a ser garantido pelo Estado: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Apesar de seu marco inicial ser a Constituição de 1988, o SUS só foi instituído e formalizado em 1990, por meio de duas leis, a de n. 8.080, de 19/09/90 e a 8.142, de 28/12/90. A primeira e mais importante detalha os objetivos e atribuições do SUS, seus princípios e diretrizes e fixa as competências dos entes federativos. Na esfera federal, os recursos são administrados pelo Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde. Parte dos valores são transferidos a estados e municípios. Uma Comissão Tripartite de Intergestores do SUS, formada pelo Ministério da Saúde e pelas secretarias estaduais (Conass) e municipais (Conasems) da saúde, procura implementar uma gestão colegiada do SUS.

Pode-se dizer que, sob certo aspecto, o SUS foi um sucesso. Além de ser responsável pelo notável aumento da expectativa de vida ao nascer e de ter reduzido

substancialmente a mortalidade infantil, o SUS mantém o maior programa de vacinação do mundo, conduz e financia o maior programa de transplantes de órgãos do planeta. É reconhecido mundialmente pela excelência no cuidado de pessoas com HIV, distribuindo gratuitamente 400 milhões de retrovirais por ano.

O Brasil dispõe, em 2020, de 6.658 hospitais em funcionamento, sendo que 36% deles são públicos, segundo dados do Ministério da Saúde. Dos hospitais privados, 57,4% possuem vínculos com o SUS.

O SUS está estruturado em torno de três grandes e importantes princípios: o da *universalização*, pois os serviços de saúde é garantido a todas as pessoas, independentemente de qualquer característica social ou pessoal; da *equidade*, no sentido de que o Estado deve tratar investir mais onde a carência é maior, buscando diminuir crônicas desigualdades; e o da *integralidade*, no sentido de que todas as necessidades devem ser atendidas na área da saúde, incluindo a prevenção, tratamento e reabilitação.

Apesar de tudo, não há dúvida de que o sistema ostenta muitas falhas, especialmente diante de sua magnitude. Integra o noticiário quase que cotidiano as cenas da população convivendo com filas, carência de leitos, sucateamento de unidades de saúde e falta de profissionais. Se a manutenção de um nível satisfatório de atendimento à saúde em situações normais é difícil, em um país continental e populoso como o nosso, é previsível que em contextos extraordinários como o que vivemos em função da pandemia haja uma enorme dificuldade – por vezes, verdadeira impossibilidade - de fazer frente ao desafio que a COVID-19 representa para qualquer sistema público de saúde.

Isso não significa, automaticamente, que o Estado deva indenizar todos os danos daí decorrentes. Seria possível invocar-se a conhecida ideia da reserva do possível (SARLET, TIMM: 2013; AMARAL: 2001), que Miragem (2015, p. 424) refere resultar do “reconhecimento do fato da impossibilidade de o Estado dar conta de todas as prestações que lhe são atribuídas, de modo que sua exigibilidade seja limitada apenas àquelas em que haja a possibilidade concreta de realização”.

Mas também é possível se sustentar a responsabilidade do Estado, mesmo diante da situação extraordinária pela qual se está passando. Para tanto, porém, alguns critérios e fundamentos jurídicos devem ser trazidos à discussão. Deles se fala a seguir.

4 Carências estruturais e inevitáveis – as escolhas trágicas

Em famoso livro escrito há mais de 40 anos (*Tragic Choices*), Calabresi e Bobbitt (1986) enfrentam o grande dilema, ético, moral e jurídico, de ter de decidir sobre a alocação de recursos escassos, mas crucialmente importantes para os envolvidos, aventando algumas possíveis formas de solução. Um dos exemplos fornecidos (p. 187) consistia nas máquinas de hemodiálise e rins artificiais, quando existissem mais necessitados do que máquinas disponíveis, problemas que atualmente talvez não sejam mais tão relevantes quanto eram em 1978, data da edição original de seu livro. Fossem eles reescrever seu livro em 2020, certamente teriam usado o drama dos respiradores escassos, que em vários momentos e em muitos países, assumiram um triste protagonismo no cotidiano dos hospitais.

Pelo que se acompanhou no noticiário, a Itália foi o primeiro país onde escolhas trágicas tiveram que ser feitas, especialmente na região norte (Bergamo), onde a crise foi mais aguda. Não havia condições de atendimento a todos os pacientes, pois faltavam respiradores e outros equipamentos necessários para o tratamento dos pacientes mais graves. Os médicos, assim, se viram na contingência de escolher a quem salvar, e tristemente definir quem iria morrer. Assim, tentando aliviar esse pesadíssimo fardo, e procurando indicar critérios mais impessoais e objetivos de escolha, a Sociedade italiana de anestesia, analgesia, reanimação e terapia intensiva em 06/03 apresentou algumas recomendações (“*Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di equilibrio tra necessità e risorse disponibili*”), sugerindo como critério de escolha a “*maggiore speranza di vita*”. Em termos práticos, os mais jovens seriam tratados, preterindo-se os mais idosos. Reagindo a esse critério (que aparentemente buscou apenas retirar dos médicos a carga emocional de decidir quem morre), o *Comitato nazionale di bioetica*, invocando os princípios extraídos dos artigos 2, 3 e 32 da Constituição italiana, estabeleceu o *critério clínico* como o mais adequado, reputando eticamente inaceitáveis parâmetros de seleção baseados em idade, sexo, raça, condição e papel social, etnia, deficiências orgânicas de qualquer natureza. A triagem deveria ser baseada na “*preparedness, appropriatezza clinica e attualità (valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso)*” do paciente

(“COVID-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”).¹⁰

No Brasil, LEITE (2020) referiu que algumas autoridades públicas e entidades médicas estariam igualmente tentando estabelecer critérios para orientar a escolha de quem deveria receber o tratamento e quem deveria ser preterido. Referiu que a Secretaria de Estado e Saúde do Rio de Janeiro estaria preparando um protocolo que analisaria a situação dos pacientes e lhes daria notas. Dentre os pontos a serem avaliados, estariam: 1. funcionamento de órgãos (como pulmões, rins e coração); 2. doenças preexistentes (diabetes, hipertensão e obesidade); 3. idade (os mais novos teriam prioridade); 4. ordem de solicitação da vaga. De acordo com a proposta de protocolo, o paciente que totalizasse maior número de pontos em seu prontuário iria para o final da fila, caso sobrevivesse até lá. Já as pessoas com menor score de pontos, sem doenças preexistentes, teriam maior chance de receber o tratamento. LEITE criticou tal proposta, sugerindo o acolhimento dos critérios elaborados pela Sociedade Espanhola De Terapia Intensiva – SEMICYUC –, para a tomada de decisão sobre quem vai ter acesso aos cuidados intensivos em caso de escassez de leitos no âmbito da COVID-19. Referidos protocolos seguem o princípio de dar oportunidade àquele que mais se beneficiará, dentro do contexto que se denomina Medicina de Catástrofe.

Enfim, foi essa visão mais holística a que acabou predominando no mundo inteiro, inclusive no Brasil, levando-se em conta uma série de fatores – e não somente a idade – para decidir a quem alocar os recursos escassos.

Fato é, porém, que alguns pacientes irão morrer exatamente por não terem tido a oportunidade do tratamento, diante da referida escassez. E a dúvida que surgirá é se haverá responsabilidade civil do Estado nessa situação, tema do próximo item.

5 Responsabilidade pública por falhas no atendimento hospitalar

Inicialmente, assente-se que pouco importa como o paciente chegou ao hospital: se foi baixado por seu médico particular; se ele pessoalmente compareceu ao hospital alertando estar com sintomas da COVID-19; ou se foi levado por ambulância, inconsciente e desacompanhado por qualquer responsável. O fato de ter lá chegado já estabelece uma relação jurídica, oriunda do que se costuma chamar de contato social,

¹⁰ Sobre a situação italiana, v. Giova (2020, p. 506/507).

que faz surgir deveres de proteção por parte do hospital ou do médico atendente (ROSSI: 2017, p. 2907).

Discorrendo sobre eventual responsabilidade estatal por danos à saúde no contexto da pandemia, salienta Miragem (2020) que “em termos gerais, a pandemia é causa extraordinária (caso fortuito ou de força maior), que afasta a responsabilidade do Estado pelo dano, segundo os esforços que lhe são exigíveis, em vista da impossibilidade concreta de evitar seu resultado.” Mas em seguida pondera que “quando demonstrada omissão específica em relação à providência que era possível ter sido adotada para evitar o dano (p.ex. a situação em que o serviço poderia ter sido prestado adequadamente, mas não o foi por desídia ou erro no atendimento ao paciente)”, então sim, seria possível se cogitar da responsabilidade estatal.

Acredita-se, porém, que as soluções deverão ser mais articuladas, pois não só no caso de desídia ou erro se pode pensar em responsabilização do Estado, no contexto da pandemia.

OLIVEIRA (2020) formula o exemplo de alguém que tenha sido internado por um problema qualquer, mas que não pode ser atendido adequadamente (vindo a sofrer danos) em razão de eventual superlotação momentânea que estivesse exigindo atenção imediata e intensa dos médicos e enfermeiros aos graves pacientes com COVID-19. Nessa hipótese, diz ele, esse paciente – ou seus familiares, no caso de óbito – poderiam vir a responsabilizar o Estado, que não teria direito de regresso contra o médico. Essa solução, acreditamos, deve ser adotada também para o caso de paciente de COVID-19 que tenha sido preterido em seu atendimento, pelas mesmas razões de superlotação ou de falta de aparelhos e equipamentos suficientes ou necessários.

O fundamento de tal responsabilização seria, a nosso sentir, uma leitura solidarista da responsabilidade do Estado. Essa possibilidade hermenêutica não passou despercebida ao grande tratadista da responsabilidade civil brasileiro, que já em meados do século passado dizia que “a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas” (AGUIAR DIAS: 1954, 641). Mais modernamente, Bodin de Moraes (2001, p. 167/206) referiu que “o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada”. Na esfera administrativa, o clássico Hely Lopes Meireles (2000, p. 585), ao abordar o fundamento da responsabilidade do estado como sendo a igualdade de todos perante ônus e encargos sociais, afirmou que “o risco e a

solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”.¹¹

Na jurisprudência pátria, o próprio Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma), ao julgar o RE 262.651/SP, em 16/11/2005, Relatoria do Min. Carlos Velloso, afirmou que “o dever de indenizar a vítima advém (...) de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”.

Também na Itália PONZANELLI (2020) entende que aquelas pessoas que não puderam ser atendidas pelo serviço de saúde, em razão da superlotação dos hospitais com casos de COVID-19, vindo a sofrer danos à saúde ou até morrer, deveriam ser indenizados por uma questão de solidariedade social.

Braga Netto (2020, p. 239) sinaliza duas tendências recentes da responsabilidade civil do Estado: “a) a progressiva ampliação dos danos indenizáveis pelo Estado; b) a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima”. Relativamente ao item b), pondera que a compreensão dos novos papéis do Estado leva à constatação de que “hoje não se permitem omissões que no passado talvez se permitissem. Em outras palavras: exige-se cada vez mais do Estado que aja. Não qualquer agir, mas um agir cauteloso, eficaz, proporcional”.

Aliás, nessa mesma linha, Juarez FREITAS (2006, p. 196/197) refere o dever do Estado moderno de atender os “interesses existenciais legítimos dos cidadãos”, salvaguardando eficazmente os “direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos”. Em outro artigo, o mesmo jurista havia já referido que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. (...) A responsabilidade é proporcional, seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público” (FREITAS: 2006-A, p. 381).

¹¹ Aliás, não só na responsabilidade estatal, mas na própria responsabilidade civil comum, invoca-se a influência dos valores constitucionais. É o caso, por exemplo, de Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 23), quando afirma que “dos preceitos constitucionais denota-se a preferência pela responsabilidade objetiva, em razão do risco criado ou do risco da atividade, ainda que lícita. As hipóteses tratadas pela Constituição são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social”.

Essa ideia de proporcionalidade é valiosa, repercutindo especialmente na avaliação dos danos. Como a causa originária dos males ligados ao COVID-19 é o próprio vírus, elemento externo, imprevisto e inevitável, não é possível se imputar ao Estado toda a responsabilidade por eventuais danos sofridos por seus cidadãos. Assim, em tal contexto, deve-se precisar que a responsabilidade do Estado é objetiva e proporcional, devendo o Estado assumir *a parte que lhe toca nesse latifúndio*, informado pelo princípio da solidariedade social. Na formulação de Braga Netto (2020, p. 242), “o Estado poderá ser civilmente responsável se não tiver atuado, com proporcionalidade e eficiência, para garantir os direitos fundamentais do cidadão em determinado caso concreto”.

A ideia de uma responsabilidade proporcional vem ganhando espaço internacionalmente. Bergkamp (2020) defendeu a responsabilização civil do governo holandês, por entender que não agiu de forma célere, no início da crise, para reduzir sua disseminação e impacto. E invoca, em sustento de sua tese, decisão recente (20.12.19) da *Hoge Raad*, a Suprema Corte daquele país, no caso conhecido como *Urgenda*¹², que decidiu tema pertinente aos riscos associados às mudanças climáticas. Naquela ocasião, a corte flexibilizou a análise do pressuposto do nexo de causalidade, ao introduzir o conceito de responsabilidade parcial, relacionando-a à causalidade proporcional. Se tal responsabilização é possível em relação a riscos ao meio ambiente, aduz o autor, com muito mais razão o mesmo critério seria aplicável quando se está diante de riscos mais concretos e iminentes à vida e à saúde.¹³

Também se pode invocar, a sustento desta tese, a doutrina da responsabilidade proporcional proposta por Marco Capecchi (2012). Este autor genovês, tratando do nexo causal, prega o abandono da lógica do tudo ou nada, *all or nothing*, normalmente usada nas causas envolvendo a responsabilidade civil, em favor da lógica da proporcionalidade. Ou seja, enquanto aquela constringe o juiz a oscilar de uma posição extrema (reconhecer a subsistência do nexo causal e, portanto, conceder uma indenização integral) a outra (negar o nexo causal e, portanto, a reparação), a segunda favorece uma concepção proporcional, na qual o lesante responde em medida proporcional ao aumento do risco de ocorrência do evento que constitui a lesão sofrida pela vítima. Capecchi (2012, p. 267 e 304) defende uma responsabilidade proporcional

¹² A decisão é acessível em <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>.

¹³ Para uma visão contrária à responsabilização do governo holandês, por entender que ele agiu de forma adequada (embora o início criticável), v. Cavalcanti, Terstegge (2020).

“na qual o lesante tenha que assumir o custo do dano na medida proporcional ao aporte causal da conduta que lhe pode ser imputada”¹⁴. Concordamos com tal posição e entendemos que a doutrina é aplicável ao caso, embora não tenha sido pensada para situações como essa. Mas a lógica é a mesma: a morte de pacientes por COVID-19, por não terem podido receber atendimento adequado, em razão de excesso de procura dos mesmos serviços ao mesmo tempo, não teve como causa principal a omissão do Estado, mas sim a contração da doença. Todavia, a impossibilidade de atender a todos os pacientes, contribuiu causalmente para o desenlace, ao menos em parte. A conhecida teoria da perda de uma chance, de aplicação rotineira no Brasil, também parece que possa ser invocada a essas situações.

Por outro lado, não se têm dúvidas de que o Estado responderá integralmente pelos danos à saúde, ou pela perda de vidas, dos profissionais da saúde que atuaram em hospitais públicos sem que lhes fossem fornecidos todos os equipamentos de proteção individual adequados e necessários para enfrentar, com segurança, a pandemia¹⁵. Aqueles que contraíram a doença (ou seus familiares, em caso de morte), certamente terão direito a uma indenização a ser paga pelo ente público responsável pelo nosocômio, por isso estar dentro da sua esfera de risco (BRAGA NETTO, 2020, p. 246). Impossível, aqui, invocar-se a excludente da força maior ou do caso fortuito, por essas circunstâncias não poderem ser “consideradas estranhas ao risco” (FRAZÃO: 2016, p. 23).

Uma vez afirmada a responsabilidade do Estado, teria ele direito regressivo frente ao direto causador do dano – médico, enfermeiro ou qualquer outro agente público?

¹⁴ Sobre a responsabilidade proporcional na Espanha, veja-se MARTÍN-CASALS (2016, p. 43 s).

¹⁵ Aliás, legalmente poderiam os profissionais que estivessem nessa situação até mesmo se recusar a trabalhar, pois o Código de Médica Ética (Resolução CFM n. 2.217/2018) prevê (capítulo II, inc. IV) ser direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais”. No caso dos enfermeiros, o Código de Ética da Enfermagem (Resolução COFEN n. 564/2017) prevê, em seu art. 13, ser direito deles “suspender as atividades, individuais ou coletivas, quando o local de trabalho não oferecer condições seguras para o exercício profissional”. Assim, médicos e enfermeiros que não atendem o paciente “simplesmente pelo medo da contaminação, tendo a sua disposição todo o equipamento para a sua própria segurança no atendimento, comete infração ética e crime de omissão de socorro. O mesmo já não ocorre se as condições objetivas de proteção e segurança não estiverem presentes, sujeitando o médico a fundado risco de infecção e contágio” (DANTAS, CLEMENTE, NOGAROLI: 2020, p. 277).

6 Direito regressivo do Estado frente ao agente causador do dano

Em 13 de maio passado, o Executivo federal editou a Medida Provisória n. 966/2020, procurando relativizar a responsabilidade do gestor público durante a pandemia de coronavírus, estabelecendo que os gestores só poderão ser responsabilizados se agirem ou se omitirem “com dolo ou erro grosseiro”¹⁶.¹⁷ Os Partidos PDT, Cidadania e Rede Sustentabilidade arguíram a inconstitucionalidade dos vagos critérios previstos na medida provisória, tendo o STF, em 21.05.20, pela relatoria do Min. Barroso, limitado o seu alcance, referindo que atos sem respaldo científico assinados durante a pandemia poderão ser enquadrados como erro grosseiro e, portanto, acarretar a responsabilização dos seus autores.¹⁸ Segundo o Relator, é preciso considerar como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos¹⁹.

¹⁶ Reproduz-se seu art. 1º: “Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19”.

¹⁷ A preocupação, no Brasil, é no sentido de que tal legislação possa vir a ser invocada por gestores inconsequentes, incompetentes ou até mesmo corruptos, para tentar justificar gestões desastradas ou flagrantemente inadequadas. Em certas áreas, porém, é razoável tal tentativa de imunização, como ocorre com médicos e outros agentes sanitários, atuando sob regime de estresse, sem protocolos científicos consensuais e sem as condições adequadas de trabalho. Foi visto que nos Estados Unidos, por exemplo, quase todos os Estados editaram normas para proteção dos médicos frente a possíveis ações de responsabilidade civil em razão de sua atuação durante a pandemia. Uma fórmula sugerida para tal legislação é a seguinte: “During a state of public health emergency, any physician (may include other health care professionals or facilities) shall not be civilly liable for causing the death of, or, injury to, any person or damage to any property except in the event of gross negligence or willful misconduct.” (Fonte: *COVID-19: Recommendations for Pursuing Liability Protections Through State Action*, publicado no site da *American Medical Association – AMA*. Disponível em <https://www.ama-assn.org/system/files/2020-04/state-guidance-medical-liability-protections.pdf>, acesso em 15/07/2020. A mesma lógica das *good Samaritan laws* foi adotada em nível federal, com a promulgação da *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act (CARES Act)*, em 25.03.2020 (disponível em <https://www.congress.gov/116/bills/hr748/BILLS-116hr748enr.pdf>. Acesso em 15.07.2020.

¹⁸ Comentando criticamente a MP 966, refere Nelson Rosenthal que ela “tomou por empréstimo para a esfera da responsabilidade civil o conceito jurídico indeterminado “erro grosseiro”, já utilizado pelo art. 28 da LINDB (redação da Lei n. 13.665/18), que por sua vez tomou a expressão de decisões esparsas do STF, STJ e TCU.” Para além disso, referida medida provisória “se valeu da exata definição que o § 1º, do artigo 12 do Decreto 9830/19 deferiu ao conceito de “erro grosseiro”, para estipular no art. 2º que: “Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” – Rosenthal (2020).

¹⁹ Vale a pena lembrar Dawkins: “Ciência não é religião e, em essência, não se resume na fé. Embora ela tenha muitas das virtudes da religião, não tem nenhum dos seus vícios. A ciência baseia-se em evidências comprováveis. A fé religiosa não só carece de evidências, como essa independência de evidências é fonte de orgulho, anunciada com alarde” – Dawkins (2018, p. 322).

Tal MP, porém, não afeta a responsabilidade do ente público no contexto examinado nesse artigo, pois ela procurou resguardar o próprio agente público, conferindo-lhe uma relativa imunização a eventuais demandas. O critério previsto na MP não pode ser aplicado extensivamente aos entes públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, ante o que dispõe o art. 37, §6º, da CF. Diante do princípio da dupla garantia, adotada pelo STF (RE 1.027.633, j. em agosto de 2019, em sede de Repercussão Geral, tema 940), atualmente não se pode ajuizar uma ação reparatória diretamente contra o agente público. Esse só poderá vir a ser responsabilizado em ação regressiva, movida pelo ente público que vier a indenizar danos causados por seu agente.

Todavia, no contexto da pandemia, o direito regressivo contra o profissional da saúde que diretamente tiver causado um dano só terá alguma viabilidade diante de uma culpa grave e manifesta do médico ou enfermeiro, que constitua verdadeiro erro grosseiro. Isso porque ao agirem sob enorme estresse, muitas vezes sem equipamentos adequados de proteção, em regimes dobrados de trabalho, sem protocolos clínicos consensuais a seguir, falhas são inevitáveis. E, nesse contexto, essas falhas não poderão ser equiparadas à culpa a que se refere a norma constitucional. Trata-se de uma previsão normativa gerada para ser aplicada em contextos normais, não neste extraordinário pelo qual estamos passando. Tais falhas devem recair sobre o ente público prestador do serviço, e não sobre o agente público atuando sob tais circunstâncias

É hora de concluir.

Considerações finais

Ao contrário de inúmeros setores do direito – brasileiro e estrangeiro – que necessitaram da edição de normas especiais para lidar com os efeitos da pandemia, talvez a velha responsabilidade civil aquiliana, interpretada e aplicada à luz das peculiaridades do extraordinário momento pelo qual passamos, consiga dar respostas adequadas e satisfatórias aos problemas que surgirão nesta área.²⁰ Considera-se, para tanto, que por força de dispositivo constitucional, a responsabilidade do Estado é objetiva, dispensando-se a prova de alguma culpa ou falha na gestão pública. Por outro

²⁰ Nesse sentido também se posicionou, à luz do direito italiano, OLIVERI (2020, p. 535).

lado, o princípio constitucional da solidariedade impõe que o ente público que não conseguiu fornecer meios adequados para o tratamento dos doentes, deve responder pelos danos sofridos pelos cidadãos. Tal responsabilização, porém, na maioria dos casos, não será integral, mas sim proporcionalmente à contribuição causal da omissão estatal para o desenlace. Para tanto, invocável quer a doutrina da responsabilidade proporcional, conhecida e aplicada no direito comparado, como a teoria da perda de uma chance, de rotineira aplicação no Brasil.

Mendes (2020), em artigo doutrinário, citando doutrina e jurisprudência europeia, invoca os conceitos de “Jurisprudência de Crise”, de “Pensamento do Possível” e de “Teoria Constitucional da Tolerância” como noções que podem ser úteis para solução de casos que fatalmente surgirão. Prognostica-se que após a pandemia que estamos atravessando, virá talvez uma enxurrada de demandas judiciais, especialmente reparatorias. Certamente o Estado não é um segurador universal. Mas igualmente certo é que não poderá fugir às suas responsabilidades. Espera-se que o bom senso identifique o equilíbrio adequado entre esses dois polos.

Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELRHALI, Hafida. *La responsabilité de la puissance publique em droit compare* – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016.

BERGKAMP, Lucas. *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343–349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>, acesso em 15/07/2020.

BERTONI, Estêvão; FALCÃO, Guilherme; LOPES, Caroline; BEVILACQUA, Ibrahim Cesar. **O que é, de onde veio e para onde vai o SUS**. In: Nexo Jornal, publicado em 28/04/2020, disponível em <https://fpabramo.org.br/coronavirus/2020/05/01/nexo-jornal-o-que-e-de-onde-veio-e-para-onde-vai-o-sus/>, acesso em 16/07/2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O princípio da solidariedade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias;

GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167/206.

BRAGA NETTO, Felipe. **Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos**. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235/248.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Scelte Tragiche**. Trad. de Cosimo M. Mazzone e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1986.
CAPECCHI, Marco. **Il nesso di causalità** – Dalla condicio sine qua non alla resonsabilità proporzionale. 3. ed. Padova: CEDAM, 2012.

CARVALHO FILHO, José Carlos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. **The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective**. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>, acesso em 15/07/2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro. **A responsabilidade extracontratual do Estado**. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre: PGE, 2003.

COVID-19: Recommendations for Pursuing Liability Protections Through State Action, publicado no site da *American Medical Association* – AMA. Disponível em <https://www.ama-assn.org/system/files/2020-04/state-guidance-medical-liability-protections.pdf>, acesso em 15/07/2020.

DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. **Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes**. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271/282.

DAWKINS, Richard. **Ciência na alma: escritos de um racionalista fervoroso**. Organização Gillian Somerscales; trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Risco da empresa e caso fortuito externo**. *Civilística.com*, ano 5, n. 1, 2016.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância**". In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170-197.

FREITAS, Juarez. **A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006-A, pp. 381-401.

GIOVA, Stefania. **Infezione da COVID-19 e responsabilità dela struttura sanitaria**. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 502-511.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Gisele. **Questionamento sobre o direito à vida na pandemia de coronavírus no Brasil - Ou aspectos jurídicos da escolha de Sofia dos médicos em face da pandemia de Covid-19**. Publicado no Jornal JURID, em 13/05/2020, disponível em <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/questionamento-sobre-o-direito-a-vida-na-pandemia-de-coronavirus-no-brasil>, acesso em 18/06/2020.

MARTÍN-CASALS, Miquel. Proportional liability in Spain: a bridge too far? In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (eds.) **Uncertain Causation in Tort Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

McMICHAEL, Benjamin J.; LOWRY, John R.; FRIST, William H.; VAN HORN, R. Lawrence. **COVID-19 And State Medical Liability Immunity**. *RAMA on Healthcare*, publicado em May 14, 2020. Disponível em <https://ramaonhealthcare.com/covid-19-and-state-medical-liability-immunity/>, acesso em 12/07/2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar. ***Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais.*** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 20.06.2020.

MIRAGEM, Bruno. ***Direito Civil – Responsabilidade Civil.*** São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil.** *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10/07/2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. ***A responsabilidade civil por presunção de causalidade.*** Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. ***Direito Civil. Obrigações.*** São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. ***Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020.*** Disponibilizado em 14/04/2020 em <https://civilemobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em 14/07/2020.

OLIVERI, Luca. **Responsabilità medida e COVID-19: prime impressioni.** *Attualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 524-535.

PINKER, Steven. ***O novo iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.*** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PONZANELLI, Giulio. ***La sanitaría responsabilità e i possibili contenziosi da COVID. Danno e responsabilità,*** 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>, acesso em 14/07/2020.

ROCHA, Carmen Lúcia A. ***Princípios constitucionais da administração pública.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSENVOLD, Nelson. ***A responsabilidade civil no âmbito da MP 966.*** Texto publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil* no dia 15/05/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326884/a-responsabilidade-civil-no-ambito-da-mp-966>, acesso em 15/06/2020.

ROSSI, Stefano. **Oneri probatori e prova liberatória nella responsabilità civile medica**. In: CENDON, Paolo (dir.) *Responsabilità Civile*. Vol. II. Vicenza: UTET Giuridica, 2017, p. 2904/2935.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. Ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.

THOMPSON, Theresa E.; GERTLER, Melissa R. **COVID-19: Medical Liability for Expanded Scope of Services**. *The National Law Review*. Vol. X, n. 201. Publicado em 9/05/2020. Disponível em <https://www.natlawreview.com/article/covid-19-medical-liability-expanded-scope-services>, acesso em 11/07/2020.

VAN DAM, Cees. **European Tort Law**. New York: Oxford University Press, 2007.