
RISCOS DE DANOS AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE NA PANDEMIA: DEVERES DO ESTADO NA ATUALIDADE

RISKS OF HARM TO HEALTH PROFESSIONALS IN THE PANDEMIC DUTIES OF THE STATE TODAY

Graziella Trindade Clemente ⁱ

RESUMO: O presente artigo tem como propósito a reflexão relativa ao cabimento da responsabilidade civil do Estado diante dos possíveis danos sofridos pelos profissionais de saúde da rede pública que atuam no enfrentamento à pandemia da COVID-19. A análise desse tema perpassa os problemas e soluções que a responsabilidade civil do Estado enfrenta na atualidade. Propõe-se a definição de novos contornos relativos ao direito de danos, no que se refere aos deveres do Estado, diante da condição extraordinária que a pandemia impõe. Neste contexto, destaca-se a importância do Princípio da Proteção, no que se refere à sua função preventiva, como um dever de agir do Estado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Profissionais da saúde. Dano Pandemia.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the appropriateness of the state's civil liability in view of the possible damage suffered by the professionals of the public health system who work in combating the pandemic of COVID-19. The analysis of this theme goes through the problems and solutions that the state's civil liability faces today. It is proposed to define new contests regarding the right to damages, with regard to the duties of the state in the face of the extraordinary condition that the pandemic imposes. In this context, the importance of the principle of protection in terms of its preventive function as a duty to act by the state is highlighted.

Keywords: Civil liability. State. Health professionals. Damage. Pandemic.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Riscos dos profissionais da saúde diante da pandemia da COVID-19. 2. Normas regulamentadoras que garantem a proteção dos profissionais da saúde no Brasil. 3. Tendências da responsabilidade civil do Estado na atualidade. 4. A responsabilidade civil do Estado e a proteção aos profissionais da saúde em tempos de COVID-19. 5. Considerações finais. Referências.

ⁱ Pós-Doutora em Direitos Humanos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Doutora em Biologia Celular - Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Ciências Morfológicas - UFMG. Pós-graduada em Direito da Medicina - FDUC. Bacharel em Direito - Faculdade de Direito Milton Campos. Bacharel em Odontologia - PUC-MG. Professora Titular da Graduação e Pós-graduação no Centro Universitário Newton Paiva e Faculdade da Saúde e Ecologia Humana - FASEH. Advogada e Odontóloga. Vice-Coordenadora do Comitê de Ética e Pesquisa do Centro Universitário Newton Paiva.

INTRODUÇÃO

A COVID-19, causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), é uma doença infecciosa, que pode evoluir com manifestações clínicas graves, inclusive a morte. Surgiu, na China, em dezembro de 2019, e vem se espalhando rapidamente para outras regiões do mundo, incluindo o Brasil. Constitui grande desafio para o sistema mundial de saúde, devido ao significativo número de infectados, a demanda por recursos necessários para o seu enfrentamento, bem como os impactos econômicos decorrentes.

Devido ao seu potencial de disseminação e exponencial forma de contágio, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constitui Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional¹. Tal declaração oficial teve, como objetivo, aprimorar a coordenação, a cooperação e a solidariedade para interromper a propagação do vírus. Apesar dos esforços globais, em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada, pela OMS, como uma pandemia, ao reconhecer que existiam surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo². Sinaliza-se, portanto, que a situação coloca em crise a saúde pública, de interesse internacional, suscitando necessidade de planejamento de ações voltadas ao enfrentamento, em nível mundial.

Embora os impactos finais da COVID-19 sejam ainda incertos, as demandas extraordinárias impostas pela pandemia geram, irrefutavelmente, efeitos deletérios na saúde pública, nos sistemas de saúde em geral e no universo dos profissionais da área da saúde. O enfrentamento da COVID-19, dentro das instituições de saúde, requer uma diversidade profissional que inclui trabalhadores da saúde e serviços de apoio³. São profissionais que estão na linha de frente da prestação de cuidado, independentemente do tipo de atendimento ou da situação de transmissibilidade viral do paciente. A pandemia da COVID-19 destacou, de forma expressiva, o quanto a sociedade depende desses trabalhadores. Os profissionais da área da saúde são essenciais para o enfrentamento da crise gerada pela pandemia. Assim sendo, os cuidados a eles relacionados devem ser priorizados⁴.

¹ Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em 16.06.2020.

² Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 16.06.2020.

³ De acordo com o Conselho Nacional de Saúde (Resolução nº 287, de 8/10/98), as áreas de Assistência Social, Biologia, Biomedicina, Educação Física, Enfermagem, Farmácia, Fisioterapia, Fonoaudiologia, Medicina, Medicina Veterinária, Nutrição, Odontologia, Psicologia e Terapia Ocupacional compõem o universo de profissões da área da Saúde.

⁴ SATOMI, Erika. *et al.* Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19. *Einsten* (São Paulo), 18:eAE5775, 24 abr. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.31744/einsten_journal/2020AE5775. Acesso em: 20 jun. 2020.

Diante desse cenário de pandemia, a avaliação dos riscos a que se submetem os profissionais de saúde da linha de frente ao combate da COVID-19, principalmente da rede pública, assume protagonismo. Questiona-se, nesse contexto, a atuação do Estado, como garantidor de direitos fundamentais desses profissionais, e a possibilidade de sua responsabilização no sentido de garantir atuação mais ativa nessa proteção. Considerando-se cabível tal responsabilização, faz-se necessária a reflexão relativa à sua extensão.

De certo, o mérito pelo trabalho valoroso realizado por esses profissionais vem sendo, cada vez mais, reconhecido pela sociedade. Entretanto, o que eles efetivamente necessitam, é a implementação de medidas protetivas que garantam o exercício de suas atividades, com segurança, aliada à ampla salvaguarda de seus direitos. Tais medidas constituem pré-requisito de fundamental importância, para a saúde da população, em geral, e para a manutenção dos serviços de saúde, constituindo dever primário dos gestores de saúde públicos e privados.⁵

Como metodologia de escolha para a construção das reflexões propostas, nesse artigo, utilizou-se tanto o método de abordagem dedutivo, quanto o dialético e, como técnica de pesquisa, a coleta doutrinária qualitativa.

1. RISCOS DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Estima-se que, nos países mais afetados no primeiro trimestre de 2020, de 4% a 12% dos casos confirmados ocorreu em trabalhadores da saúde.⁶ Para esses profissionais, da chamada linha de frente, esse trabalho é considerado demasiadamente ameaçador, principalmente pela precária segurança da prática profissional.

O Brasil possui a maior taxa de profissionais da saúde contaminados. De acordo com o Ministério da Saúde, 31.790 profissionais de saúde foram contaminados pelo Covid-19. Outros 114.000 casos permanecem sob investigação. Entre os médicos, foram registradas mais de 100 mortes e, de acordo com o Conselho Federal de Enfermagem, ocorreram 143 mortes de enfermeiras, constituindo a taxa mais alta do mundo⁷.

Destacam-se, como fatores que contribuem para aumentar o risco desses profissionais, o fato de trabalharem em ambientes de alto risco, a falta ou inadequação dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs),⁸ e a escassez de suprimentos e recursos suficientes para realizar esse trabalho. O uso do EPI se mostra, de fato, decisivo para a prevenção da COVID-19 entre trabalhadores de saúde, o que implica em material adequado e

⁵ Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/print/12425>. Acesso em: 16 jun. 2020.

⁶ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-%2052119508>. Acesso em: 16 jun. 2020.

⁷ DANTAS, Eduardo. Brazilian report on the coronavirus crisis: a clash of pandemics. *Med Law*, v. 39, n. 2, p.153-160, 2020.

⁸ Pela norma, é considerado EPI, “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” e tem que garantir a proteção do trabalhador, pois deve ser “posto à venda ou utilizado com a indicação do Certificado de Aprovação – CA” do TEM, sejam eles de origem nacional ou importados. (Brasil, NR-6)

utilização da maneira correta.⁹ A garantia dessas condições mínimas para o exercício profissional, não deve e nem pode ser flexibilizada ou improvisada em nenhuma circunstância.

Nesse sentido, proteger os profissionais significa disponibilizar EPIs em quantidade e qualidade suficientes além de capacitá-los para seu uso adequado. A avaliação dos serviços de saúde existentes não deve ser negligente. Estudos reforçam que tais equipamentos não devem ser reutilizados, mesmo que passem por processo de limpeza, uma vez que são descartáveis e perdem a efetividade de filtração ao serem umidificados. A utilização, por mais de 6 horas, significa contaminação.¹⁰

As dificuldades para a proteção dos trabalhadores da área da saúde, no que concerne à falta ou inadequação de EPI, é questão crônica em vários países, mesmo antes da pandemia. Na condição extraordinária atual, esse enfrentamento adquire maior expressão, principalmente, no contexto frágil da rede pública de saúde, onde a escassez ou inadequação de recursos é mais notória. Solucionar essa questão na base dos sistemas de saúde possibilita, não só, o enfrentamento de situações emergenciais como, também, das cotidianas.¹¹

Apesar do alerta da Organização Panamericana de Saúde (OPAS),¹² após a Pandemia H1N1 (2009), que sinalizou sobre as dificuldades que os sistemas de saúde enfrentariam diante de situações emergenciais, poucos hospitais se adequaram para enfrentar situações críticas como a atual. A inadequação, bem como a escassez dos EPIs para os profissionais da saúde, tem sido reportadas, em diferentes países, como causa do adoecimento e morte desses profissionais.¹³

Por meio da análise dos registros de denúncias dos profissionais, a Associação Brasileira de Medicina sinaliza sobre o dimensionamento da falta de EPI: luvas (28%), máscaras (87%), gorros (46%), óculos ou *face Shield* (72%), capotes impermeáveis (66%), outros (19%).¹⁴ Entretanto, diante do cenário atual, essa situação é observada no contexto mundial. As experiências já vivenciadas por países como China, Itália, Espanha e, mais recentemente,

⁹ VERBEEK, Josh *et al.* Personal protective equipment for preventing highly infectious diseases due to exposure to contaminated body fluids in healthcare staff. *Cochrane Systematic Review*, v. 4, n. 4, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/14651858.CD011621.pub4>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁰ SOUZA NETO, Antônio Rosa; BARTOLUZZI, Bruno Batista. FERREITAS, Daniela Reis Joaquim. Equipamentos de proteção individual para prevenção de infecção por Sars-Cov-2. *Manag Prim Health Care*, v. 12, Dossiê especial: Pandemia coronavírus, política e Atenção Primária à Saúde (APS) 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/jmphc.v12.985>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹¹ SOUZA, Diego de Oliveira. A saúde dos trabalhadores e a pandemia de COVID-19: da revisão à crítica. *Vigil Sanit Debate*. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22239/2317-269x.01627>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹² Disponível em: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2010/CE146-20-s.pdf>. OPAS. Organización Panamericana de La Salud. Plan de Accion de Hospitales Seguros. [Internet]. 53º Para Las Américas Washington, D.C., EUA, del 29 de septiembre al 3 de octubre del 2014. Acesso em: 11.06.2020

¹³ ZHANG, Zhiruo *et al.* Protecting healthcare personal from 2019-nCoV infection risks: lessons and suggestion. *Frontiers of Medicine*, v. 14, n. 2, p 229-231, mar. 2020. WANG, Cuiyan *et al.* Immediate psychological responses and associated factors during the initial stage of the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19) epidemic among the general population in China. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v.17, 2020. DOI: 10.3390/ijerph17051729. ANELLI, Filippo *et al.* Italian doctors call for protecting healthcare workers and boosting community surveillance during covid-19 outbreak. *BMJ*, v. 368, m1254, p. 1-2, 2020.

¹⁴ Disponível em: <https://amb.org.br/epi/>. AMB. Associação Brasileira de Medicina. [Internet]. Faltam EPIs em todo país. Acesso em: 14.06.2020.

Estados Unidos, reafirmaram e alertaram sobre a importância da utilização dos EPIs na prevenção do contágio pelo coronavírus. A demanda crescente, por esses equipamentos, representa um dos mais importantes desafios no enfrentamento dessa pandemia, ainda mais quando falta planejamento adequado visando evitar sua falta. A não previsão de que o país atravessaria períodos de escassez e desabastecimento de materiais e equipamentos fundamentais ao trabalho seguro das equipes de saúde constitui óbice ao controle da contaminação desses profissionais¹⁵.

2. NORMAS REGULAMENTADORAS QUE GARANTEM A PROTEÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE NO BRASIL

Como medidas de segurança e preservação da saúde dos profissionais que atuam nas instituições destinadas à assistência, existem Normas Regulamentadoras previstas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego do Brasil. Dentre elas, destacam-se a NR 32 (publicada pela Portaria MTb nº 485, de 2005) que trata, em um contexto geral e minucioso, acerca do trabalho em serviços de saúde (englobando questões relacionadas à saúde mental do trabalhador); e a NR 6 (publicada pela Portaria MTb nº 3.214, de 08 de junho de 1978) que aborda o uso de Equipamento de Proteção Individual – EPI e as responsabilidades de empregadores, empregados e fabricantes, diante da manutenção da segurança e proteção de quem exerce a profissão na área da saúde. A implementação dessas normas garante benefícios para a sociedade, em geral, bem como para os pacientes hospitalizados, tanto do serviço público quanto do privado, já que asseguram a saúde do profissional na medida em que reduzem a exposição dos mesmos aos riscos conscientizando-os sobre a responsabilidade da Segurança no Trabalho, e valorizando a importância do uso dos EPIs na manutenção da proteção dos profissionais, pacientes e comunidade em geral¹⁶.

Diante do exposto, fica claro que, o fornecimento de EPIs em quantidade e qualidade para o enfrentamento das ações em tempos de pandemia, certamente proporciona mais conforto e segurança aos trabalhadores da saúde. Sendo assim, esforços das autoridades de saúde no sentido de suprir as unidades de atendimento aos pacientes de COVID-19 deve ser prioridade no momento que vivemos¹⁷.

Apesar de serem fundamentais para a garantia das ações de atenção à saúde e segurança desses profissionais, nem sempre tais medidas são incorporadas como formas

¹⁵ DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIs) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos pela recusa do atendimento a pacientes. *In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.271-282.

¹⁶ MORAES, Érica Brandão *et al.* Safety of health professionals in COVID-19 times: a reflection. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, p.1-15. 2020.

¹⁷ MORAES, Érica Brandão *et al.* Safety of health professionals in COVID-19 times: a reflection. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, p.1-15. 2020, p. 1-15.

efetivas de enfrentamento do problema. Diante do exposto, algumas questões são pertinentes, entre as quais, se incluem:

1. Qual deve ser o amparo oferecido àqueles que se infectarem?
2. Se do adoecimento resultar morte ou consequências que venham limitar a atuação desse profissional, qual tipo de assistência deve ser garantida?
3. Em casos extremos (óbito), como serão assistidas as famílias desses profissionais?
4. Os gestores (públicos ou privados), devem ser responsabilizados pelo fornecimento de EPIs e pela inadequação das condições de trabalho?

Salienta-se que, no presente artigo, serão abordados, apenas, os aspectos relacionados à responsabilização dos gestores públicos - Responsabilidade Civil do Estado – diante dos riscos dos profissionais da saúde durante a pandemia da COVID-19.

3. TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA ATUALIDADE

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado é objetiva e está fundamentada na teoria do risco administrativo. Comporta, portanto, as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima). Assim, o Estado responde sem culpa, exceto nas situações em que é possível demonstrar ausência de nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão a ele imputada, nas quais a responsabilidade é afastada. As excludentes da responsabilidade civil do Estado afastam, portanto, o dever de indenizar por parte do mesmo. Cabe lembrar que a responsabilidade civil do Estado, no Brasil, tem tradição constitucional, ou seja, existem normas que impõem ao Estado indenizar, independentemente de culpa ou danos que seus agentes causem.¹⁸

Em países que compartilham sistemas jurídicos semelhantes ao nosso, observa-se tendência a soluções mais humanas, abertas às considerações éticas e/ou de equidade, bem como crescente preocupação com a vítima do dano. Considerando-se uma concepção ética, a responsabilidade civil tem, como baliza, restaurar o equilíbrio desfeito pela lesão. Nesse sentido, a teoria objetiva é extremamente positiva ao reduzir a duração do litígio gerando efetividade e, portanto, expandindo a proteção das situações existenciais da pessoa humana. Assim, o

¹⁸ Destacou-se 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, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no artigo 1946 da CF de 1946” (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 585).

protagonismo da doutrina objetiva seria atribuído à tutela da integridade patrimonial e psicofísica da vítima em detrimento da censura ao comportamento do agente – doutrina subjetivista.¹⁹

Nesse contexto, os princípios da primazia do interesse da vítima solidariedade social e princípio da proteção destacam-se como de fundamental importância diante da responsabilização do Estado.²⁰ Verifica-se, portanto, a superação das três fases históricas tradicionais da responsabilidade civil do Estado: teoria da culpa administrativa; teoria da culpa anônima; teoria da culpa do serviço (*faute du service*), caracterizando-se, na atualidade, pelo Estado como garantidor de direitos fundamentais. Assim sendo, surge uma nova compreensão em relação aos deveres estatais, não se permitindo as omissões de antes, e exigindo do Estado, um agir cauteloso, eficaz e proporcional.²¹⁻²²

O tema conquista uma nova construção embasada na tutela dos direitos fundamentais, na força normativa dos princípios, na funcionalização social, na priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, na repulsa ao abuso do direito, consolidando, portanto, a teoria da responsabilidade civil do Estado do século XXI.²³

Em razão da tendência mundial de ampliação das tarefas e funções do Estado, merece especial atenção o princípio da proteção (deveres de proteção por parte do Estado) que diz respeito à função preventiva da responsabilidade transformada em dever de agir do Estado. Além da atenção à vítima do dano, existe a preocupação em agir no sentido de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão – deveres estatais de tutela²⁴. De acordo com tal princípio, o Estado está impedido de adotar postura passiva e

¹⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 628-629.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

²¹ Assim, “Cabe lembrar que o tema da responsabilidade civil do Estado se situa atualmente no campo de discussão teórica sobre a tutela dos direitos fundamentais. A teoria dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios (e sua aplicação direta às relações privadas), a funcionalização social dos conceitos e categorias, a priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, a repulsa ao abuso do direito, tudo isso ajuda a construir a teoria da responsabilidade civil do Estado no século XXI. As características inovadoras do direito no século XXI repercutem fortemente na responsabilidade civil do estado”. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 235-247.

²² FREITAS, Juarez, aponta: “ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado, apagar o regalismo, de ordem e cuidar dos interesses legítimos dos cidadãos, na marcha da performance do Estado apto a honrar seus poderes-deveres, maximize de salvaguarda eficaz de direitos fundamentais evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.170-197. p. 196/197).

²³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.* p.1162.

²⁴ Nesse sentido, “parte da doutrina e jurisprudência identifica os denominados deveres estatais de tutela (*staatliche Schutzpflichten*). O termo indica o dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão provenientes, principalmente, de particulares. Em outras palavras considera-se que o particular também possa de fato, e em regra, mediante o exercício de outro direito fundamental seu, agredir o direito fundamental objeto do dever estatal de tutela em uma situação que envolva irreparabilidade da possível lesão, incontabilidade de processos ameaçadores de direitos fundamentais sensíveis ou conflitos caracterizados por clara e acentuada assimetria de forças, chances e condições entre agentes particulares envolvidos em conflito. Por isso, encontram-se sob o gênero dos deveres estatais de tutela, as categorias do dever de mera *prevenção de riscos*, do dever de fomentar a *segurança* e, até mesmo do dever de *proibição de condutas* a ser imposto pelo Estado.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 60).

insuficiente diante da lesão ao cidadão, em seu direito fundamental. Desse modo, quando o Estado falha como garantidor de determinado bem jurídico fundamental, a indenização constitui resposta proporcional e adequada. Em consonância, destaca-se, no direito alemão, o princípio da vedação das medidas insuficientes (*Untermassverbot*), no qual, se há falha do Estado administrando ou legislando, no que se refere à forma insuficiente de proteção a determinado direito fundamental (vida, integridade física, dignidade), poderá ser justificada a indenização.²⁵

Ressalta-se que a responsabilidade estatal objetiva apresenta requisitos relevantes que incluem: existência de danos materiais ou imateriais (juridicamente injustos ou desproporcionais); nexos causal direto e imediato, bem como conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público. Nesse cenário, a proporcionalidade assume importante realce, visto que permeia boa parte da responsabilidade civil –dever de indenizar quando houver dano injusto e desproporcional – e impacta, certamente, na quantificação dos danos. Assim, seria cabível inferir que a responsabilidade estatal, na atualidade, não é apenas objetiva, mas objetiva e proporcional. Além disso, é fortemente influenciada pelo princípio da solidariedade social, não sendo significativa a diferenciação entre ações ou omissões.²⁶

Se em relação às ações estatais a responsabilidade civil objetiva do Estado é consensual, o mesmo não se pode afirmar em relação às omissões. Muitas vezes, o não agir, ou o agir insuficiente ou precário, pode causar danos graves, gerando responsabilização estatal. Essa omissão verifica-se, também, pelo não cumprimento do dever de fiscalizar que pode ser, igualmente, danoso. Entretanto, a natureza objetiva dessa responsabilidade, por omissão, persiste como polêmica doutrinária e jurisprudencial ainda não superada. Segundo a corrente tradicional, a responsabilidade estatal por omissão exige a clássica prova da culpa, sendo, portanto, uma responsabilidade subjetiva. Ao contrário, a corrente contemporânea admite a responsabilidade estatal por omissão exigindo, unicamente, a prova do nexo causal, ou seja, a responsabilidade objetiva por omissão. O que se conclui, de fato, é que não se trata de questão pacífica e que ambas as teses são respeitáveis, dependendo dos argumentos apresentados.²⁷ Entretanto, apesar do STJ reconhecer, em vários casos de omissão, a aplicação da tese

²⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado*: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

²⁶ Nesse sentido: “Está havendo, em todos os domínios jurídicos, uma releitura dos velhos conceitos à luz dos paradigmas dos princípios fundamentais. O direito administrativo começa a perceber as mudanças que isso implica em sua disciplina.” BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil*: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 240.

²⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.1211-1213. Ainda, nesse sentido, Helena Elias Pinto conclui: “A polêmica doutrinária e jurisprudencial a propósito da responsabilidade civil por omissão estatal ocorre em parte porque o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão. (...) Conclui-se, assim, que a jurisprudência assume maior destaque em matéria de responsabilidade por omissão. Afinal, a responsabilidade por ação é disciplinada de forma peremptória no Texto Constitucional, com a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado por atos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causem a terceiros” (PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.155 e p.178).

subjetivista, ele admite que circunstâncias específicas possam indicar um dever estatal mais rigoroso em que a responsabilidade objetiva se impõe.²⁸

Admitindo-se a corrente doutrinária que entende a responsabilidade civil do Estado como sendo objetiva na omissão, pode-se reconhecer a inexistência de distinção entre regimes no que concerne a responsabilidade civil estatal. Ao contrário do que alguns preconizam, tal fato não ampliaria de forma desmedida a responsabilidade estatal, visto que o nexo causal impediria. A omissão precisaria, necessariamente, ser a causa do dano, ou seja, é em torno do nexo causal que devem transcorrer tais questionamentos ao invés de em torno da culpa.²⁹ Desse modo, ainda que o Estado prove que não houve culpa, persistirá sua responsabilidade, uma vez que bastaria o dano aliado ao nexo, sendo insignificante a culpa, mesmo nos casos de omissão.³⁰

Merece destaque, nesse sentido, o conhecido julgado do STF que reconhece, com nitidez, a responsabilidade objetiva também na omissão do Estado: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão” (STF, RE 109.615, Min. Celso de Mello, DJ 02-08-96).

Nesse contexto, torna-se clara a importância de se conjugar o tratamento sistemático da responsabilidade civil do Estado aos desafios da atualidade. Constituem evidências da evolução recente da responsabilidade civil do Estado: a progressiva ampliação dos danos indenizáveis e a redução dos espaços de omissão estatal legítima. Constata-se, pois, que as sociedades contemporâneas, plurais e complexas, exigem, naturalmente, uma redefinição das funções estatais. Essa nova compreensão dos deveres do Estado gera, como consequência, redução dos espaços em que seria aceitável sua omissão. Vivemos, hoje, uma fase histórica na qual o Estado deve atuar como garantidor de direitos fundamentais, o que implica que ele poderá ser civilmente responsável se não atuar com proporcionalidade e eficiência, na garantia desses direitos.³¹

²⁸ Reconhece-se que “ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de *stander* ou dever de ação mais rigoroso do que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública” (STJ, REsp 1236863, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ 27-2-2012).

²⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.1213.

³⁰ Gustavo Tepedino, no mesmo sentido, argumenta: “ou bem a atividade do Estado não gera necessariamente o dano, hipótese em que não há nexo de causalidade, descartando-se, em consequência, o dever de reparar, seja qual for a doutrina que se adote, subjetiva ou objetiva; ou, ao revés, admite-se o dano necessário e, portanto, a responsabilidade civil, independentemente da conduta ter sido positiva ou negativa” (TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p.105.). Destaca-se, ainda, a conclusão de Carlos Roberto Gonçalves: “Pode-se, assim afirmar que a jurisprudência tem entendido que a atividade administrativa a que alude o art.37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, abrange tanto a conduta comissiva como a omissiva. No último caso, desde que a omissão seja causa direta e imediata do dano.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil e eticidade*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182).

³¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.).

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A PROTEÇÃO AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE EM TEMPOS DE COVID-19

Dentre as diversas reflexões relativas aos danos decorrentes da pandemia do novo coronavírus, uma delas, em especial, aflige de forma crescente os profissionais da área da saúde. Ela está relacionada com a escassez, inadequação ou falta dos equipamentos de proteção individual (EPI) e a possibilidade de surgimento de pretensão indenizatória em face do Estado. Indaga-se, portanto, se o Estado poderia ser responsabilizado pela lesão à saúde e/ou vida de um médico ou enfermeiro que presta atendimento em contexto de inadequação ou ausência do EPI, sendo esta a causa do dano sofrido.

Indubitavelmente, a situação decorrente desse estado de calamidade exige o enfrentamento de situações de incerteza, em que a discricionariedade é ampla, sendo necessária a confluência de critérios técnicos-sanitários e políticos. Ressalta-se que, em se tratando de responsabilidade civil, apenas os casos concretos apontarão as respostas adequadas. Entretanto, diante da possibilidade de imputação de responsabilidade civil do Estado, a análise do risco/responsabilidade persiste como elemento fundamental e deve ser baseada na ideia de salvaguarda da vida e saúde do cidadão que constituem prioridades da atuação estatal.³²

Para responder à indagação sobre a responsabilidade estatal diante de danos decorrentes da inadequação ou ausência do EPI, é importante verificar se, claramente, houve violação a um direito absoluto, ou seja, se a conduta dos agentes do Estado representam violação de regras técnicas que definem os deveres de cuidado (o que configuraria conduta omissiva estatal), ou, até mesmo, de princípios jurídicos (configurando a conduta comissiva). A possibilidade de responsabilização do Estado pela lesão à saúde/vida do profissional depende das respostas a esses questionamentos pois, irrefutavelmente, restaria comprovado o nexo de causalidade (tanto na conduta omissiva, quanto na comissiva), o que fundamenta a responsabilidade objetiva em tais hipóteses.³³ Assim, tendo sido violado algum dever de cuidado em relação aos profissionais da saúde, o Estado, certamente, deverá ser responsabilizado pela lesão que poderia ter sido evitada (conduta omissiva estatal). Nessa mesma linha de tendência, Felipe Braga Netto menciona, ao se referir à responsabilidade civil do Estado que: “a ausência da observância de medidas prévias e razoáveis de cuidado e proteção pode responsabilizar

Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020, p.242.

³² BARBOSA, Mafalda Miranda. Covid-19 e responsabilidade civil: vista panorâmica. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p.250-279, 2020.

³³ O STF, corretamente, já colocou a questão na perspectiva adequada - a omissão estatal, sem a qual o dano não existiria, é que fundamenta a responsabilidade civil objetiva na hipótese - Decidiu-se que a responsabilidade de indenizar “prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos.” (STF, RE 272.839, rel. Min Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 8-42005).

civilmente o Estado, havendo dano”³⁴. Ainda nesse sentido, Juarez Freitas pondera: “a doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas”³⁵.

Na hipótese em questão, sendo do Estado (hospital público) a obrigação de disponibilização do EPI adequado, a inobservância dessa exigência poderia caracterizar, por si, a responsabilização, uma vez que expõe os profissionais de saúde a um risco inaceitável de infecção.³⁶ Como já tratado, anteriormente, a discussão gira em torno do nexa causal, questão de maior relevância quando se analisa a responsabilidade civil, principalmente nos casos de danos relacionados à omissão. Ressalta-se que o Brasil, em relação ao nexa causal, adotou a teoria do dano direto e imediato (STJ, REsp 858.511, rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavaski, 1ª Turma, DJ 15-09-2008). A doutrina é uníssona em considerar a discussão relativa ao nexa causal como missão árdua, principalmente nos casos de responsabilidade civil estatal por omissão. Nessas situações, elencam-se parâmetros para viabilizar tal análise. Além da verificação quanto à possibilidade da omissão se configurar como causa direta e imediata do dano, a análise perpassa o fato de tal omissão poder caracterizar-se como genérica ou específica. Ademais, deve-se averiguar se o Estado tinha o dever de evitar tal dano, ou seja, impõe-se questionar, na situação de omissão, se o Estado poderia ter agido como garantidor dos direitos fundamentais no caso concreto.³⁷

Assim, tendo em vista, o caso dos profissionais de saúde que se infectam pelo coronavírus em função da falta ou inadequação de EPIs e considerando os parâmetros elencados pela doutrina, não resta dúvida tratar-se de omissão específica (há dever individualizado de agir) e qualificada, ou seja, juridicamente relevante, além de ser inquestionável o dever do Estado de impedir o resultado danoso. Nesse contexto, pode-se concluir que a inação do Estado revela-se inadequada e injusta, sendo cabível a obrigação de indenizar.

Diversamente, temos a situação em que o Estado (hospital público) disponibiliza os EPIs, orienta e informa quanto ao seu uso seguro, e ainda, cumpre com o dever de fiscalização em relação à sua utilização. Nessas circunstâncias, a responsabilidade civil por omissão estatal estaria afastada. No entanto, diante da concretização ou agravamento do dano, a responsabilidade seria analisada levando-se em consideração, tão somente, a violação de um

³⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.245.

³⁵ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.170-197.

³⁶ Nesse sentido: “A responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de pessoas custodiadas é objetiva, portanto, desnecessária determinação de audiência para colheita de prova testemunhal cujo objetivo seria demonstrar a ausência de culpa do Estado. Precedentes STJ e STF” (REsp 1022.798, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 28-11-2008)

³⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.1215-1219.

interesse jurídico protegido - tradicional responsabilidade objetiva do Estado -, justificando-se a aplicação da teoria do risco.³⁸ O nexo de imputação seria, portanto, atribuído ao risco da atividade desenvolvida, ou seja, atividade de potencialidade danosa intrínseca, regularmente exercida, mesmo que lícita, e não vinculada ao específico comportamento do agente. Tal atividade, por si, cria maior risco a terceiros, independente de quem a exerça.³⁹ Em visão avançada da teoria do risco, destaca-se o Enunciado nº 38 do Conselho de Justiça Federal: “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo código civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Cabe reiterar que a responsabilidade civil do Estado caminha no sentido de proteger, prioritariamente, a vítima do dano. Consta-se, de forma irrefutável, movimento nesse sentido, nos últimos decênios.⁴⁰ Contudo, para que haja imputação de responsabilidade faz-se necessária, ainda, a análise do cabimento, ou não, das hipóteses de exclusão da responsabilidade no cenário específico da pandemia. Assim, restando comprovado o dano, e estando o mesmo ligado pela causalidade à ação ou omissão do ente objetivamente responsável, impõe-se o dever de indenizar, a menos que o responsável demonstre o rompimento do nexo causal pela comprovação das excludentes de responsabilidade civil. Sendo o Estado chamado a responder por eventuais danos causados, essa é uma das poucas defesas possíveis capazes de excluir o dever de indenizar.

Assim, diante das excepcionais hipóteses configuradoras de situações liberatórias – caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, vislumbra-se a exclusão da responsabilidade civil do Estado.⁴¹ Em tais circunstâncias, como já enfatizado, o Estado não indeniza a vítima em função da ruptura do nexo causal, ou seja, o dano não teria relação com a atuação estatal. É importante ressaltar que, no caso de responsabilidade civil estatal, apenas em situações concretas tem sido possível apontar as respostas adequadas à aplicabilidade das excludentes. Existe, entretanto, uma visível tendência de se restringir, cada vez mais, as

³⁸ Como bem comenta Felipe Braga Netto em seu Manual da Responsabilidade Civil do Estado: “Pontes de Miranda já alertava, no século passado, que a responsabilidade civil decorrente da teoria do risco é responsabilidade por ato lícito. A doutrina mais recente também compartilha deste entendimento: Aqui também os danos seriam, à primeira vista, lícitos; geram, no entanto, a obrigação de indenizar. Neste caso enquadram-se, por exemplo, as inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas através de cláusula geral (CC, parágrafo único do art. 927), (...) consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103).

³⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012, p.910.

⁴⁰ “Há um nítido caminho da responsabilidade civil do Estado, sempre em prol da vítima.” (...) “A questão da responsabilidade do Estado precisa caminhar ainda mais, sempre colocando no centro dos estudos a vítima, que é na verdade a tônica dos estudos que vêm sendo feitos sobre a responsabilidade do Estado” (MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública, *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, v. 1, n. 1, jan. 2004, p.13).

⁴¹ De acordo com o STJ: “existem hipóteses nas quais o nexo de causalidade pode ser afastado – caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima. É certo, porém, que só se afasta esse nexo causal quando demonstrado com segurança e consistência, a ocorrência de uma das hipóteses mencionadas.” (STJ, AgRg no AResp 4.684, Rel.Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., DJ 17-04-2012).

hipóteses de caso fortuito e força maior, uma vez que as situações antes consideradas excludentes talvez não sejam mais assim reconhecidas. Esse novo direcionamento reflete, visivelmente, a atuação mais ativa do Estado na proteção dos cidadãos, e reafirma a dimensão dada ao princípio da proteção na atualidade.⁴² Acrescenta-se à discussão sobre as excludentes caso fortuito e força maior a relevância, ou não, da distinção entre esses conceitos. A doutrina e jurisprudência contemporâneas já superaram essa disparidade e dedicam-se à essencial comparação entre fortuito interno e fortuito externo. Essa pertinente distinção é importante na medida em que o dever de indenizar se mantém no caso do fortuito interno e fica afastado no fortuito externo. Concluindo, Giordani pontua de forma muito clara: “importante ressaltar que a noção de fortuito externo e de fortuito interno é a que a doutrina moderna tem utilizado para diferenciar as noções de caso fortuito e de força maior”.⁴³

Abordagem essencial na discussão do rol das excludentes de responsabilidade é, curiosamente, a inclusão da culpa. Enfatiza-se que apesar da culpa não ser determinante na responsabilidade civil do Estado, deve-se ponderar sua relativa relevância em algumas situações excepcionais, como é o caso da discussão concernente à culpa concorrente. Nesse caso, não se trata de excluir o dever de indenizar (como ocorre nas situações de culpa exclusiva da vítima) mas, o que se discute é a mitigação do valor da indenização devida pelo Estado. Como bem esclarece Felipe Braga Netto: “A culpa concorrente da vítima poderá atenuar o valor da indenização (aqui há uma contradição lógica, porque ao se falar em culpa concorrente pressupõe a culpa do Estado, que é irrelevante no caso. Apesar disso, a jurisprudência do STF e do STJ, tradicionalmente, aceitam a culpa concorrente como fator de mitigação do valor da indenização).”⁴⁴ Tradicionalmente, a doutrina aceita a compensação de culpas, e elucida: a culpa da vítima exclui a responsabilidade, quando for exclusiva, e atenua, nos casos em que for concorrente. Não há como negar a contradição conceitual que se impõe, na medida em que se reconhece a partir da definição de culpa concorrente, não só a culpa da vítima, mas, também, do Estado – cuja responsabilidade é conceitualmente objetiva. Entretanto, apesar desse paradoxo, a excludente da culpa concorrente, cujo efeito é abrandar o quantum indenizatório, é inegavelmente admitida⁴⁵.

⁴² Felipe Braga-Netto anota que “Caminhamos no sentido de um estreitamento progressivo das hipóteses de caso fortuito ou força maior, como excludentes de responsabilidade civil. O que antes podia ser considerado excludente, talvez hoje não possa. Na responsabilidade civil do Estado, isso se torna ainda mais forte, ainda mais nítido. Ademais, as excludentes de caso fortuito e força maior devem ser severamente filtradas na responsabilidade objetiva. O legislador, nesses casos, optou por proteger a vítima. Não quis deixar dano sem reparação. Imputou a certas pessoas, em decorrência de determinadas circunstâncias, a obrigação de reparar o dano ainda que não tenham agido culposamente. É uma tendência legislativa que traduz o rumo da matéria em todo o mundo. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.244.

⁴³ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 61.

⁴⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 109.

⁴⁵ Nesse sentido, Guilherme de Castro Couto, comenta: “exame jurisprudencial atento esclarece que, em muitos casos, já há até solidificação dos decisórios, no que concerne o cotejo do elemento culpa com a responsabilidade objetiva. A título ilustrativo, cite-se o exemplo da responsabilidade civil do Estado, na qual,

Na situação singular da pandemia, em que se discute a possibilidade dos profissionais de saúde se infectarem pelo coronavírus em função da falta ou inadequação de EPIs, algumas indagações são necessárias em relação às excludentes de responsabilidade: até que ponto a conjuntura de uma pandemia caracterizaria força maior ou caso fortuito? É óbvio que essa análise deve também permear questionamentos como: qual seria o grau de eficácia das medidas não adotadas ou, ainda, estaria no controle do Estado evitar o risco de contaminação inaceitável dos profissionais de saúde? Como seria a análise da situação em que os profissionais optam por não deixar de realizar os atendimentos, apesar da falta dos EPIs?

Como já pontuado, considerando-se a tendência atual do papel do Estado no sentido de atuar de forma mais ativa garantindo maior proteção aos cidadãos, reforça-se a possibilidade de responsabilização estatal, nesse contexto.^{46,47} Ressalta-se que, na pandemia, o fato de ter sido possível prever, em razão das experiências já vivenciadas por outros países, que os EPIs poderiam faltar, não só pela escassez como pelo aumento da demanda já, em tese, ensejaria responsabilização do Estado. Felipe Braga Netto, argumenta nesse sentido - “a ausência de medidas preventivas (*Carelessness*) pode, em determinado caso concreto, ser fator relevante para a imposição do dever de indenizar.”⁴⁸ Os deveres de proteção dos cidadãos, a cargo do Estado, estão, principalmente, relacionados à salvaguarda dos direitos fundamentais – eficácia direta e imediata dos mesmos, seja nas obrigações negativas, ou em suas dimensões prestacionais. Ao Estado não basta abster-se de violar direitos fundamentais, cabe a ele agir de modo proporcional e eficiente como garantidor desses direitos. A responsabilização estende-se tanto nas ações como nas omissões e implica não apenas no dever do Estado de indenizar como, também, no reconhecimento da redefinição dos limites da omissão estatal. É nesse sentido, que se pondera a importância da ausência de medidas preventivas como fator relevante na imposição do dever de indenizar do Estado. Essa mesma aceção, sustenta a tese de responsabilização do Estado pela morte ou outros danos sofridos pelo profissional de saúde que, durante os atendimentos em hospitais públicos, se contaminam pela carência e/ou inadequação de EPIs. O dano causado a esses profissionais da saúde guarda relação com o fortuito interno. Isso importa, necessariamente, na manutenção do dever de indenizar do Estado, já que

tradicionalmente, nossos tribunais reconhecem a concorrência da culpa como fator de mitigação do dever indenizatório” (COUTO DE CASTRO, Guilherme. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.4).

⁴⁶ “Com o perdão da obviedade, convém lembrar que não podemos, hoje – numa sociedade marcada pela velocidade na transmissão das informações e no simultâneo contato de todos, ou quase todos -, operar com os mesmos conceitos jurídicos formulados há mais de cem anos”. (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.240).

⁴⁷ Nesse contexto, “o Estado moderno não deve, como no passado, proteger o cidadão tão somente dos ladrões, assassinos e outros malfeitores, mas a sua tarefa de proteção ampliou-se consideravelmente. De fato as dependências e as interações cada vez maiores do ser humano conduziram não só à ampliação das possibilidades de comunicação mas também a uma ampliação dos perigos aos quais o homem está exposto. O Estado é então obrigado a assumir novas tarefas em matéria de proteção.” (FLENERGERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revista técnica de Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.594)

⁴⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.240-244.

estaríamos tratando da própria esfera de risco da atividade estatal (o dano sofrido guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor).⁴⁹ O Estado responde sem culpa (tanto na ação quanto na omissão), mesmo porque a prova da culpa não se impõe como relevante, nem tampouco a discussão em torno da previsibilidade, ou não, do dano.

No contexto específico em que os profissionais decidem por prestar atendimento assumindo os riscos da utilização de uma paramentação inadequada, ou mesmo inexistente, poder-se-ia aventar a hipótese de alegação de fato concorrente – comportamento da vítima (profissionais de saúde) contribuindo para a produção ou agravamento dos danos – o que repercutiria na mitigação da indenização (Estado). Entretanto, em situações como essa, mesmo que se faça referência à culpa do Estado (culpa ao não fornecer o equipamento de proteção, culpa ao não cumprir com o dever de fiscalizar a execução da atividade danosa), tais menções são inconsistentes e funcionam apenas como argumento de reforço para comprovar que, qualquer que fosse o regime de responsabilidade, nesse caso concreto, o Estado responderia. Justifica-se tal posicionamento baseando-se em orientações jurisprudenciais no sentido de que não é necessário perquirir eventual culpa/omissão da Administração Pública, já que a responsabilidade civil estatal pela integridade dos profissionais da saúde é objetiva em face dos riscos inerentes à atividade prestada ao Estado.⁵⁰ Ademais, cumpre ressaltar que o fato concorrente só poderia ser alegado nas situações em que o comportamento do lesado seja livre e, nesse caso, aferir liberdade nas condições enfrentadas por esses profissionais de saúde, configura-se, no mínimo, como questionável.⁵¹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todo o mundo, profissionais da saúde desdobram-se na urgente e exaustiva linha de frente do combate ao novo coronavírus, colocando, inclusive, suas próprias vidas em risco. Enquanto bilhões de pessoas encontram-se em quarentena domiciliar para minimizar a exponencial transmissão da COVID-19, os profissionais da saúde, mesmo diante da escassez ou inadequação de equipamentos de proteção e segurança, enfrentam os complexos desafios causados pela pandemia. Diante desse contexto, importantes reflexões relativas à responsabilidade civil do Estado se impõem. É imperioso que se indiquem possíveis soluções, que permeiam um delicado equilíbrio entre o atuar ético, o drama humano e a segurança jurídica.

O cenário atual de pandemia, de certo, oportuniza o enfrentamento sobre a possibilidade de pretensão indenizatória do profissional da saúde em face do Estado, pelos

⁴⁹ Ana Frazão salienta “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco.” (FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016, p.23.).

⁵⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵¹ BARBOSA, Mafalda Miranda. Covid-19 e responsabilidade civil: vista panorâmica. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p.250-279, 2020, p. 272.

danos sofridos devido à escassez, inadequação ou falta dos EPIs. Essa discussão está embasada não apenas na teoria do risco administrativo, mas, sobretudo, no princípio da proteção, por refletir função preventiva da responsabilidade transformada em um dever de agir do Estado. Assim sendo, pode-se afirmar, como linha de tendência, que diante da ausência da observância de medidas prévias e razoáveis de cuidado e proteção, na vigência de dano, cabe responsabilização estatal.

De fato, caminhamos num progressivo estreitamento das hipóteses de excludentes de responsabilidade civil do Estado, representadas pela mudança de paradigma refletindo uma nova visão, mais inclusiva, que incorpore não só aspectos éticos, como também a desconstrução de fórmulas rígidas e absolutas que seriam mais adequadas às características inovadoras do direito do século XXI.

REFERÊNCIAS

ANELLI, Filippo *et al.* Italian doctors call for protecting healthcare workers and boosting community surveillance during covid-19 outbreak. *BMJ*, v. 368, m1254, p. 1-2, 2020.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Covid-19 e responsabilidade civil: vista panorâmica. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p.250-279, 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. *In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.235 - 247.

COLTRI, Marcos Vinicius; DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

COUTO DE CASTRO, Guilherme. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIs) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos pela recusa do atendimento a pacientes. *In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

DANTAS, Eduardo. Brazilian report on the coronavirus crisis: a clash of pandemics. *Med Law*, v. 39, n. 2, p.153-160, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

FLENER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revista técnica de Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil Comentado*. PELUSO, Cezar (coord.). 6ª ed. São Paulo: Manole, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil e eticidade*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, p.23, 2011.
- MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública, *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, v. 1, n. 1, jan. 2004.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Érica Brandão *et al.* Safety of health professionals in COVID-19 times: a reflection. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, p.1-15. 2020.
- PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Código Civil Comentado: artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- SATOMI, Erika. *et al.* Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19. *Einsten* (São Paulo), 18:eAE5775, 24 abr. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.31744/einsten_journal/2020AE5775. Acesso em: 20 jun. 2020.
- SOUZA NETO, Antônio Rosa; BARTOLUZZI, Bruno Batista. FERREITAS, Daniela Reis Joaquim. Equipamentos de proteção individual para prevenção de infecção por Sars-Cov-2. *Manag Prim Health Care*, v. 12, Dossiê especial: Pandemia coronavírus, política e Atenção Primária à Saúde (APS) 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/jmphc.v12.985>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- SOUZA, Diego de Oliveira. A saúde dos trabalhadores e a pandemia de COVID-19: da revisão à crítica. *Vigil Sanit Debate*. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22239/2317-269x.01627>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *In: Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p.105.
- VERBEEK, Josh *et al.* Personal protective equipment for preventing highly infectious diseases due to exposure to contaminated body fluids in healthcare staff. *Cochrane Systematic Review*, v. 4, n. 4, 15 abr. 2020. <https://doi.org/10.1002/14651858.CD011621.pub4>.
- WANG, Cuiyan *et al.* Immediate psychological responses and associated factors during the initial stage of the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19) epidemic among the general population in China. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 17, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/ijerph17051729>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- ZHANG, Zhiruo *et al.* Protecting healthcare personal from 2019-nCoV infection risks: lessons and suggestion. *Frontiers of Medicine*, v. 14, n. 2, p 229-231, mar. 2020.

Recebido: 28.06.2020

Aprovado: 12.07.2020

Como citar: CLEMENTE, Graziella Trindade. Riscos de danos aos profissionais da saúde na pandemia: deveres do Estado na atualidade. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 125-142, maio/ago. 2020.

