

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO
ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19:**

Análise dos riscos e danos enfrentados pelos profissionais de saúde frente à escassez ou inadequação de equipamentos de proteção individual (EPIs).

PATRÍCIA MONTEIRO RAMOS

Nova Lima
2021

PATRÍCIA MONTEIRO RAMOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO
ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19:**

Análise dos riscos e danos enfrentados pelos profissionais de saúde frente à escassez ou inadequação de equipamentos de proteção individual (EPIs).

Trabalho de pesquisa apresentado como requisito para obtenção do título de Mestre em Relações Sociais e Econômicas, pela Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais - FDMC.

Orientadora: Prof. Dra. Luciana Cristina Souza

Nova Lima
2021

PATRÍCIA MONTEIRO RAMOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO
ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19:**

Análise dos riscos e danos enfrentados pelos profissionais de saúde frente à escassez ou inadequação de equipamentos de proteção individual (EPIs).

Trabalho de pesquisa apresentado como requisito para obtenção do título de Mestre em Relações Sociais e Econômicas, pela Faculdade de Direito Milton Campos de Minas Gerais - FDMC.

Nova Lima, novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutora Luciana Cristina Souza (Orientadora)

Prof. Doutor Elcio Nacur Rezende

Prof. Doutor Thiago Penido Martins

DEDICATÓRIA

Dedico o presente estudo aos inúmeros profissionais de saúde, às suas famílias e à memória daqueles que perderam suas vidas atuando na linha de frente do combate à pandemia do coronavírus no Brasil.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui e ter me sustentado diante de todas as dificuldades e incertezas.

Agradeço ao anjo que foi minha mãe, a quem devo tudo que sou e o que ainda realizarei nessa vida.

Agradeço ao meu pai, por me permitir sonhar.

Agradeço ao meu amor por me fazer acreditar que poderia realizar mais esse sonho em minha vida.

Agradeço à minha família por todo apoio, incentivo e orações.

Agradeço à minha orientadora pela atenção e apoio durante o desenvolvimento do curso e deste trabalho.

Enfim, agradeço a todos que torceram pela minha vitória e que se alegram por mais esta conquista.

*Há três tipos de governo:
o que faz acontecer,
o que assiste acontecer
e o que nem sabe o que acontece.*

George Santayana

RESUMO

A pandemia da COVID-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde – OMS tem motivado relevantes discussões sobre a responsabilidade civil do Estado, fruto da necessidade de se adotar medidas preventivas urgentes e ao mesmo tempo eficazes, a fim de mitigar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados aos cidadãos, notadamente aos profissionais da área da saúde que vem atuando na linha de frente. Nesse contexto, insere-se o objetivo deste trabalho de pesquisa, que é demonstrar a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados à saúde e/ou à vida dos trabalhadores da rede pública de saúde por omissão na adoção de medidas preventivas durante o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Bem como, dirimir as divergências doutrinárias e jurisprudenciais entre a aplicação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva com ênfase na redução dos espaços de omissão estatal legítima. A metodologia utilizada foi criada a partir da pesquisa bibliográfica e análise qualitativa dos dados indiretos pesquisados em plataformas digitais, bem como, do estudo documental, consubstanciado por dados secundários obtidos através de leis, artigos publicados em periódicos e jurisprudências, os quais abordam conteúdos pertinentes à temática. A pergunta problema é: se o Estado responde civilmente pelos danos causados aos profissionais de saúde da rede pública por omissão no fornecimento e fiscalização dos EPIs para o enfrentamento da pandemia da COVID-19? Os resultados encontrados na presente pesquisa apontam que a melhor doutrina a se aplicar à responsabilidade civil do Estado no séc. XXI é a da responsabilidade objetiva, tanto pelas suas ações quanto por suas omissões, pois, contribui para redução da inércia estatal, a implementação dos direitos e garantias fundamentais e a salvaguarda do cidadão contra os possíveis danos injustos. Contudo, não é toda omissão que atrai o dever de indenizar, apenas as omissões específicas, ou seja, aquelas em que o Estado tinha o dever de evitar o dano. Conclui-se, que no contexto da pandemia não poderia ser diferente, de forma que, omissões juridicamente relevantes, que resultarem em prejuízos de cunho patrimonial e/ou extrapatrimonial a particulares geram no Estado o dever de reparar o dano.

Palavras-chave: Equipamento de proteção individual. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Pandemia. Profissionais de saúde.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic declared by the World Health Organization - WHO has motivated relevant discussions on the civil liability of the State, resulting from the need to adopt urgent and at the same time effective preventive measures, in order to mitigate the property and off-balance sheet damage caused citizens, especially health professionals who have been working on the front lines. In this context, the objective of this research work is inserted, which is to demonstrate the civil liability of the State for damages caused to the health and/or lives of health professionals due to failure to adopt preventive measures when facing the pandemic of COVID-19. As well as, resolve the doctrinal and jurisprudential divergences between the application of objective and subjective civil liability with an emphasis on reducing the spaces of legitimate state omission. The methodology used was created from the quantitative research and qualitative analysis of indirect data researched on digital platforms, as well as the documentary study, substantiated by secondary data obtained through laws, articles published in journals, jurisprudence, etc., which address contents relevant to the theme. The question is whether the State is civilly liable for damages caused to health professionals in the public network for failure to supply and inspect the EPIs to face the COVID-19 pandemic? The results found in this research indicate that the best doctrine to apply to the civil responsibility of the State in the century. XXI is the objective responsibility, both for its actions and for its omissions, as it contributes to the reduction of state inertia, the implementation of fundamental rights and guarantees and the safeguarding of the citizen against possible unjust damages. However, it will not be every omission that will attract the duty to indemnify, only specific omissions, that is, those in which the State had the duty to avoid the damage. It concludes that, in the context of the pandemic, it could not be different, so that legally relevant omissions, which result in damages of a patrimonial and/or off-balance-sheet nature to individuals, generate the State's duty to repair the damage.

Keywords: Personal protective equipment. State civil liability for default. Pandemic. Health professionals.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - EPIs que faltam: 3031 denúncias (12/4 – 8h)	70
Figura 2 – A Pandemia de COVID-19 e os(as) Profissionais de Saúde Pública no Brasil	72

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB - Associação Médica Brasileira

ANS - Agência Nacional de Saúde

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CBO - Classificação Brasileira de Ocupação

CC - Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM - Conselho Federal de Medicina

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas

COFEN – Conselho Federal de Enfermagem

COVID-19 – SARS-CoV-2

EC - Emenda Constitucional

ECO-RIO 1992 - Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento

EPI – Equipamento de Proteção Individual

FGV-EAESP – Escola de Administração de Empresas de SP da Fundação Getúlio Vargas

GGTES – Gerência Geral de Tecnologia em Serviços de Saúde

GVIMS – Gerência de Vigilância e Monitoramento em Serviços de Saúde

H1N1 - vírus da influenza

ICN - International Council of Nurses

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP - Medida Provisória

MTB – Ministério do Trabalho

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

NEB - Núcleo de Estudos da Burocracia

NR - Norma Regulamentadora

NTEP - Nexo Técnico Epidemiológico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS - Organização Mundial da Saúde

OSHA - Occupational Safety and Health Administration

PAD – Processo Administrativo Disciplinar

RE – Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

SG - Síndrome Gripal

SRAG – Vigilância de Síndrome Respiratório Aguda Grave

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

UF - Unidades da Federação

WHO – World Health Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO ESTADO NO SÉC. XXI.....	19
2.1 Neoconstitucionalismo e Pós - Positivismo	19
2.2 Constitucionalização do Direito Administrativo	25
2.3 Ampliação da Legalidade e Redução da Discricionariedade Administrativa	28
2.4 Princípios da prevenção e da precaução	31
2.5 Estado dos Direitos Fundamentais e o Dever de Proteção	33
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	38
3.1 Evolução Teórica.....	38
3.1.2 Irresponsabilidade Estatal	38
3.1.3 Responsabilidade Subjetiva do Estado	39
3.1.4 Responsabilidade Objetiva do Estado	40
3.1.5 Responsabilidade civil do Estado no séc. XXI	42
3.2 Tratamento Constitucional Brasileiro	45
3.3 Excludentes da Responsabilidade civil Estatal	47
3.3.1 Caso fortuito ou força maior	48
3.3.2 Fato exclusivo da vítima	50
3.3.3 Fato de terceiro	51
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS.....	53
4.1 Divergência doutrinária.....	53
4.1.1 Conceito de conduta omissiva	54
4.1.2 A responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva	55
4.1.3 A responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva	57
4.2 Da divergência jurisprudencial	59
4.3 O nexa causal na responsabilidade civil por omissão	62
4.3.1 Teoria da Equivalência das Condições	63
4.3.2 Teoria da Causalidade Direta ou Imediata	65

4.3.3 Teoria da causalidade adequada	66
5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE EPIs AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE.....	68
5.1 Análise dos Riscos no enfrentamento da pandemia da COVID-19	68
5.2 O direito fundamental à saúde	74
5.3 O direito constitucional de redução dos riscos inerentes ao trabalho	76
5.4 Normas reguladoras dos Equipamentos de Proteção Individual – EPIs	78
5.5 Responsabilização objetiva pelo risco criado	82
5.6 O problema do nexo causal.....	85
5.7 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais	91
6 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS.....	96
6.1 O pólo passivo nas ações de responsabilização civil estatal	96
6.2 O direito de regresso	97
6.3 Noção de agentes públicos	98
6.4 Responsabilização dos agentes públicos	99
6.4.1 Responsabilidade Civil.....	99
6.4.2 Responsabilidade Penal	101
6.4.3 Responsabilidade Administrativa	102
6.5 Responsabilidade do Agente Público na pandemia da COVID-19	1044
7 CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS.....	112

1 INTRODUÇÃO

O mundo foi surpreendido no ano de 2020 pela pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e este ano possivelmente ficará marcado na história como ficou o ano de 1918, quando surgiu a gripe espanhola causada pelo vírus da influenza (H1N1) que dizimou aproximadamente 50 milhões de pessoas. Sem dúvida esta é uma das maiores crises sanitárias dessa geração que surpreendeu a todos com sua velocidade de propagação e letalidade.

Desde o início dessa pandemia, o mundo tem vivido, a partir de então, tempos excepcionais denominado por alguns como “o novo normal”, uma situação a pouco inimaginável, como a quarentena, que impõe dentre outras medidas, o confinamento da maioria da população em suas casas, fechamento de escolas, lojas, shoppings centers e permite apenas o funcionamento de serviços essenciais, como farmácias, supermercados e postos de gasolina dentre outros.

Os profissionais de saúde, grupo composto por distintas categorias profissionais, dentre elas, os médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem, tem sido o grupo mais atingido, estão diretamente implicados no atendimento às pessoas infectadas pela COVID-19 e compõem um grupo de risco específico para a infecção por “exposição biológica”. Trabalhar na linha de frente também se mostrou um fator de risco para os sintomas de ansiedade, depressão, insônia, angústia e medo, de acordo com diversos estudos científicos e com os dados apresentados pelos órgãos que representam os profissionais de saúde, tanto internacionais como nacionais.

Na outra ponta dos profissionais de saúde da rede pública, está o Estado (Municípios, Estados e Governo Federal), responsáveis pelo gerenciamento e promoção da saúde pública, que na realização de seu desiderato, por vezes, acaba por causar prejuízos, sejam elas efetivados de forma lícita ou ilícita. Gerando assim a obrigação indenizatória pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais quando identificados no caso concreto três elementos: a conduta do agente, o nexo causal e o dano. Uma vez que, o Estado não é um segurador universal devendo indenizar todo e qualquer dano causado ao cidadão, não basta mencionar o sinistro para que se possa obter a respectiva cobertura.

Presentes os elementos (conduta – nexo causal e dano), o Estado responde em regra sem culpa, exceto com relação às omissões, onde a doutrina é divergente sobre a prova da culpa. A responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetiva (CF,

art. 37, § 6º) e está fundamentada na teoria do risco administrativo. Outro aspecto da responsabilidade objetiva é que ela comporta as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro).

Não obstante, a catástrofe provocada pela COVID-19 seja perfeitamente definível, dentro da tradição jurídica brasileira, como situação de caso fortuito ou de força maior, já que desde o Código Civil de 1916, se deve considerar quando se está diante de “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. A ausência de certeza científica acerca do vírus transmissor da doença, não afasta a obrigação da Administração Pública (seja na esfera federal, estadual ou municipal) de adotar as medidas cabíveis para tentar mitigar o dano.

E dentre estas medidas para mitigar o dano causado pela pandemia está o fornecimento de EPIs, que decorre de uma obrigação legal criada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - a Norma Regulamentadora - 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.

Além do fornecimento, o empregador deve orientar e fiscalizar o uso dos EPIs e promover a segurança de seus subordinados, protegendo assim a saúde e a segurança destes, conforme previsão desses direitos expressamente estampados nos artigos 6º e 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, que preconizam a segurança e a saúde do trabalhador bem como o direito à diminuição dos riscos inerentes a seu trabalho.

Apesar de historicamente as políticas públicas direcionadas à saúde do trabalhador tendem a ter como foco principal os trabalhadores vinculados às organizações privadas, deixando uma importante lacuna na atenção à saúde para os servidores, o art. 39, § 3º da Constituição da República garante aos servidores públicos os mesmos direitos dos trabalhadores em geral, em especial ao que tange o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna, que preceitua quais são os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O uso de equipamentos de proteção individual também é altamente recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e no Brasil, pelo Ministério da Saúde (2021), que aconselha por exemplo, o uso da máscara N95, que filtra 95% de partículas no ar, durante procedimentos geradores de aerossóis, como intubação ou aspiração traqueal. Inegável que a falta dos EPIs aumenta o risco de contaminação

dos profissionais de saúde que se colocam na linha de frente do combate ao novo coronavírus.

No entanto, o Estado tem sido omissivo no fornecimento dos EPIs e capacitação dos profissionais de saúde para a sua utilização neste momento de emergência sanitária, conforme vem denunciando os conselhos profissionais. O Conselho Federal de Medicina – CFM e o Conselho Federal de Enfermagem - COFEN têm alertado constantemente para a escassez e inadequação dos equipamentos de proteção (máscaras N-95 ou equivalente, óculos, além da ausência de insumos (álcool gel ou 70%, kits de exames para testagem da COVID-19) e também alegam falta de treinamento para utilização dos equipamentos de proteção o que também agrava o risco de contaminação pelo vírus da COVID-19.

A pandemia da COVID-19 proporciona, sem dúvida alguma, um ambiente propício para relevantes discussões sobre as funções reparatória, punitiva e preventiva da responsabilidade civil. Na medida em que a população tem vivido um quadro de excepcionalidade, a qual naturalmente põe à prova as bases normativas dos ordenamentos jurídicos de praticamente todos os países, propõe-se estudar sobre os eventuais reflexos da pandemia no âmbito da responsabilidade civil, ou mais precisamente, seus possíveis revérberos como o dano extrapatrimonial por ofensa ao direito à saúde dos profissionais que vem atuando na linha de frente do combate à essa pandemia.

A relevância do tema pesquisado pode ser facilmente percebida pelos números de óbitos e contaminação entre as principais categorias dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, técnicos/auxiliares de enfermagem) publicados nos boletins epidemiológicos do Ministério da Saúde do Brasil. Os dados apresentados em agosto de 2021 em relação aos profissionais de saúde são os seguintes: 534.527 casos de SG suspeitos em profissionais de saúde, sendo 137.546 (25,7%) confirmados para COVID-19. Nesses casos confirmados de SG por COVID-19, a maioria são técnicos/auxiliares de enfermagem (40.841; 29,7%), seguidos de enfermeiros e afins (23.083; 16,8%) e médicos (14.644; 10,6%). Dos 2.266 casos notificados de SRAG hospitalizados em profissionais de saúde, 640 (28,2%) evoluíram para o óbito, a maioria (610; 95,3%) por COVID-19. Os óbitos por SRAG confirmados por COVID-19 dentre os profissionais de saúde distribuem-se da seguinte forma: técnico/auxiliar de enfermagem (155; 25,4%), médico (88; 14,4%) e enfermeiro (59; 9,7%,

respectivamente), sendo o sexo feminino o mais frequente, com 362 (59,3%) óbitos registrados (PAINEL, 2021).

Ainda, com relação à contaminação e óbitos dos profissionais de saúde, de acordo com dados disponibilizados pelo COFEN até agosto de 2021 foram relatadas 863 mortes de profissionais de enfermagem e 58.160 contaminados (COFEN, 2021). Sozinho, o Brasil responde por 30% das mortes de enfermeiro(as) no planeta, segundo a organização mundial que reúne os conselhos nacionais, o International Council of Nurses (ICN).

Diante do exposto acima, fica evidente um cenário onde muitos profissionais de saúde foram expostos à COVID-19 por estar na linha de frente, muitas vezes sem o treinamento necessário, com cargas elevadas de horas trabalhadas, e inclusive pela falta de EPIs adequados, elementos estes que poderiam ter amenizado o número de contágio e morte. Assim, buscando responder em que medida o Estado pode ser responsabilizado, a pergunta norteadora deste trabalho de pesquisa é a seguinte: Se o Estado responde civilmente pelos danos causados aos profissionais de saúde da rede pública por omissão no fornecimento e fiscalização dos EPIs para o enfrentamento da pandemia da COVID-19?

Para responder a esta questão, foi necessário traçar um objetivo geral, assim como objetivos específicos. O objetivo geral consiste em analisar se o atual arcabouço jurídico comporta a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos profissionais de saúde da rede pública por omissão no fornecimento e fiscalização dos EPIs para o enfrentamento da pandemia da COVID-19.

Os objetivos específicos consistem em:

- identificar os princípios orientadores do Estado no século XXI, principalmente os princípios da prevenção e da precaução, assim como os direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado;
- analisar a responsabilidade civil do Estado no século XXI, principalmente a responsabilidade civil estatal apresentada na Constituição Brasileira, dando ênfase ao caso fortuito ou força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro;
- discutir a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, trazendo como contraponto as divergências doutrinárias sobre a responsabilidade estatal subjetiva e objetiva por conduta omissiva, divergência jurisprudencial e as teorias que fundamentam o nexo causal na responsabilidade civil por omissão;

- pesquisar a responsabilidade civil do Estado por omissão no fornecimento de EPIs aos profissionais de saúde, dando ênfase à análise de riscos no enfrentamento da pandemia da COVID-19, os direitos destes profissionais sob à luz da redução de riscos no trabalho e a saúde, assim como o problema do nexo causal devido à falta de fornecimento e uso de EPIs.

- compreender a responsabilidade civil, penal e administrativa dos agentes públicos, notadamente pelas condutas adotadas durante a pandemia da COVID-19.

Este trabalho de pesquisa tem como objetivo encontrar resposta jurídica para a responsabilidade ou não do Estado pelos danos causados aos profissionais de saúde da rede pública por omissão no fornecimento e fiscalização dos EPIs para o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Para responder à pergunta formulada foi feita uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dentre os principais autores e juristas brasileiros, assim como ampla legislação que discute a questão da responsabilidade do Estado em relação aos servidores públicos para aprofundar na questão dos profissionais de saúde. Foram pesquisados autores como Barroso (2012, 2018), Bandeira de Mello (2009), Binenbojm (2005, 2018), Braga Netto (2019, 2020), Di Pietro (2012, 2021), Hachem (2010, 2016), Gabardo (2010), Medauar (2018), Rosendal (2020), Sarmento (2009) dentre outros, assim como jurisprudências do STF (ADI, RE) e do STJ (REsp). Bem como, pesquisas e informações do Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Enfermagem, Ministério da Saúde, dentre outros. Neste sentido, os autores são contextualizados no tema deste trabalho de pesquisa e é construído um debate a partir das contribuições de cada um, levando em consideração as ideias defendidas por eles.

Os dados deste trabalho de pesquisa foram buscados em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Burocracia (NEB/FGV-EAESP), em parceria com a Fiocruz e a Rede COVID-19, que obteve os resultados extraídos de um *survey online* realizado com 1.829 profissionais de saúde pública no Brasil que atuam em todas as unidades da Federação (UF). Além deste trabalho, dados sobre os profissionais de saúde foram coletados também através de relatórios e estudos da OSHA - Occupational Safety and Health Administration, Painel Coronavírus do Ministério da Saúde e WHO Coronavírus Disease (COVID-19) que abordam conteúdos pertinentes à temática e analisados para trazer resposta ao problema de pesquisa.

Então, trata-se de uma pesquisa descritiva em relação ao tipo, qualitativa quanto aos critérios a serem utilizados para análise dos dados coletados de forma secundária, ou seja, em pesquisas realizadas por outras instituições.

Destarte, a pandemia, por si só, não exclui *prima facie* a responsabilidade do poder público, pois, aliada a outras circunstâncias pode ocasionar danos indenizáveis. A omissão da administração pública em adotar medidas preventivas de proteção à saúde e à vida dos milhares de profissionais de saúde da rede pública que tem atuado na linha de frente do combate à pandemia parece ser uma hipótese legítima de responsabilidade civil.

2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO ESTADO NO SÉC. XXI

Para adentrar ao estudo e compreender melhor o objeto da presente exploração científica, será abordado neste capítulo algumas noções introdutórias necessárias à fixação do contexto em que se enquadra a responsabilidade civil do Estado no século XXI. Parte-se da consideração de que o neoconstitucionalismo contribuiu para a constitucionalização do direito e sobretudo do direito administrativo. E alterou significativamente os paradigmas da administração pública, pois, a partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre administração e administrados é alterada.

A irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição permite por exemplo, a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, com base em princípios constitucionais como a moralidade, a eficiência, a prevenção, a precaução, a segurança jurídica e, sobretudo, a razoabilidade/proporcionalidade.

A constitucionalização do Direito Administrativo naturalmente modifica a leitura e apuração da Responsabilidade Civil do Estado, à medida que, a interpretação jurídica axiológica introduzida pelo pós-positivismo, com ênfase nos princípios, busca a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e impõe ao administrador limites de atuação. Reduzindo dessa maneira, os espaços para que haja omissão legítima no desiderato da administração pública, uma vez que, ao Estado cabe agora o “poder-dever” não apenas de proteger, mas também, de implementar direitos fundamentais, como o direito à saúde e à segurança do trabalhador.

2.1 Neoconstitucionalismo e Pós - Positivismo

O constitucionalismo no Brasil e no mundo passou por mudanças significativas nos últimos anos, implicando o surgimento de um fenômeno que tem alterado o modo de examinar a Constituição e seu papel na interpretação do ordenamento jurídico conhecido por neoconstitucionalismo ou constitucionalismo democrático.

Para Barroso (2018, p. 16)

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e – quem sabe? – até felicidade

Constitucionalismo democrático - direito constitucional contemporâneo - constitucionalismo do pós-guerra - constitucionalismo de direitos ou neoconstitucionalismo surge a partir da fusão entre o constitucionalismo (poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e a democracia (soberania popular) e pode ser sistematizado através de três aspectos distintos: o histórico, o teórico e o filosófico.

Sob o aspecto histórico, desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida e a superação ou atenuação do positivismo jurídico. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito.

Ao final da Segunda Guerra Mundial a Europa procurava respostas para o horror e atrocidades que haviam recaído sobre aquele continente. As barbáries legitimadas pelos regimes totalitários, especialmente o Nazista, sob o comando de Hitler, talvez o mais cruel *outsider* que o mundo já conheceu, despertaram no povo europeu uma aversão ao positivismo jurídico.

Levantaram-se críticos ferozes ao positivismo e a mais importante obra de Kelsen, intitulada Teoria Pura do Direito (1934), foi colocada em evidência como o sustentáculo de legitimação do Nazismo. Para os não positivistas, o modelo proposto por Kelsen era extremamente formalista e não permitia uma valoração jurídica concernente ao conteúdo das normas. O positivismo teria transformado o juiz em escravo da lei incapaz de fornecer resistência frente às injustiças praticadas durante os regimes totalitários.

O neoconstitucionalismo forma então seu conceito a partir da Segunda Guerra na Europa, mais precisamente na Espanha e na Itália. Razão pela qual um dos seus maiores influenciadores dos autores brasileiros foi o jurista Miguel Carbonell, com sua obra Neoconstitucionalismo(s), publicada na Espanha em 2003.

Já no Brasil, o advento histórico do neoconstitucionalismo é a Constituição Federal de 1988, que marca a transição para o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, leciona Sarmento (2009, p. 123)

[...] até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. [...] Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país (SARMENTO, 2009, p. 123).

Sob o aspecto teórico, o neoconstitucionalismo, sempre na precisa lição de Luís Roberto Barroso (2018, p. 25), é uma visão não formalista e não (tão) positivista do Direito e da vida, aliada à centralidade da Constituição. Onde o Direito assume um papel mais substantivo e transformador da realidade social e caracteriza-se por três vertentes, que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A primeira vertente teórica do constitucionalismo contemporâneo – o reconhecimento da força normativa da constituição – remete ao berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, os Estados Unidos, que foram os primeiros a reconhecer a constituição como autêntica lei capaz de invalidar as decisões legislativas, através da emblemática decisão proferida em 1803 pelo *Chief de Justice* John Marshall no *leading case* *Marbury v. Madison*.

Na decisão, Marshall não concedeu o *writ* por considerar inconstitucional o §13 da Lei Judiciária de 1789, que, por se tratar de lei ordinária, não poderia criar hipótese nova de competência originária da Suprema Corte. Dentre os argumentos empregados, o *Chief Justice* ressaltou a supremacia da Constituição e, por decorrência lógica, a nulidade de leis contrárias ao documento constitucional, além de proclamar o Judiciário como o intérprete final da Constituição.

Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana. No entanto, a Constituição norte-

americana - a mesma desde 1787 - é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais.

Na Europa até a Segunda Guerra a lei editada pelo parlamento era tida como fonte principal e, portanto, a constituição não possuía força normativa. Apenas após perceberem que precisavam criar mecanismo de controle dos atos emanados pelos demais poderes que visassem ofender ou limitar os direitos fundamentais é que passaram a fortalecer a jurisdição constitucional.

No Brasil, o reconhecimento da força normativa da constituição e da sua superioridade face aos demais poderes também se deu tardiamente após a promulgação da Constituição de 1988, quando passa a desfrutar não apenas da supremacia formal das constituições anteriores, mas também de uma supremacia material – axiológica. Nos ensinamentos de Barroso (2012a, p. 33),

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

A segunda vertente teórica, expansão da jurisdição constitucional, ocorre na Europa a partir do fim da segunda guerra, quando os países passam a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

No Brasil, o marco da expansão da jurisdição constitucional é a Constituição de 1988, que nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2012b) ampliou consideravelmente o direito dos cidadãos de propositura de ações. O acesso relativamente fácil ao Supremo Tribunal Federal, por um número expressivo de legitimados ativos, por via de ações constitucionais diretas, permite que quase toda questão relevante seja levada diretamente à suprema corte do país.

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira, inclusive na relação entre a Administração Pública e os administrados. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. (BARROSO, 2012b, p. 51)

Pode-se dizer em termos amplos que a jurisdição constitucional é a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Com a expansão da jurisdição constitucional cresceu muito a importância política do Poder Judiciário e com ela veio uma significativa judicialização da vida e algum grau de ativismo judicial, nas palavras de Daniel Sarmento

De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo (SARMENTO, 2009, p. 6).

Todavia, esse avanço do judiciário deve ser visto com certa cautela, com respeito às escolhas políticas do Legislativo e com a discricionariedade administrativa razoável do Poder Executivo. A atuação mais proativa do judiciário somente se justifica para a concretização dos valores e fins constitucionais, ou seja, para efetivação dos direitos fundamentais e sociais escolhidos pela sociedade.

No julgamento do *leading case Marbury v. Madison*, Marshall faz uma importante reflexão, que ainda hoje é bastante atual, ou seja, os poderes do legislativo são definidos e limitados, sendo essa limitação a causa das constituições escritas. Partindo desse raciocínio, ou a Constituição controla todo o legislativo que a contrarie, ou o legislativo, por um ato ordinário, poderá modificar a constituição (Transcrição..., 1803). O objetivo de Marshall não era travar uma cruzada pela supremacia judicial, mas sim isolar o judiciário da política, tanto quanto possível (WOOD, 1999).

A terceira e última vertente do neoconstitucionalismo é o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. No modelo convencional de interpretação jurídica, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, a força normativa da constituição e a expansão da jurisdição constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Surgindo então a necessidade de se criar uma nova interpretação jurídica, a da ponderação das normas, pois, a subsunção já não é capaz de resolver o problema.

Nesse ambiente surge o pós-positivismo, como aspecto filosófico do neoconstitucionalismo. Após o deslocamento do Estado Legal para o Estado

Constitucional não é mais possível falar em positivismo, pois, a solução dos problemas jurídicos não se encontra mais integralmente na norma jurídica. E, dessa forma, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Nos ensinamentos de Barroso (2018, p. 25) “[..]para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral, da filosofia política e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia, a psicologia e a estatística.”

Sem cair na tentação de se voltar ao jusnaturalismo (aproxima a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito) e nem de renegar o positivismo (busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça) o pós-positivismo situa-se na confluência dessas duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito.

No pós-positivismo, a hermenêutica jurídica supera o dogma da lei como expressão da maioria sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, a partir da distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes e ampliar a efetividade da Constituição. Os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Para Daniel Sarmento o pós-positivismo chega no Brasil,

[...] a partir da publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides, bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2009, p.17)

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais.

E esta nova racionalidade se espalha para diversos ramos do Direito. No Direito Civil, Penal, Administrativo, por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos

fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (SARMENTO, 2009, p. 18).

A posição de Daniel Sarmento (2009) a respeito do neoconstitucionalismo é aceita e sua teoria é defendida desde que seja pensada sem os radicalismos de sua essência, sem descartar a importância das regras e da subsunção.

A teoria aqui defendida deve ser vista como uma concepção que adote uma hermenêutica mais flexível, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem cair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo. Uma teoria que valorize os princípios e a ponderação, mas, sem desprezar as regras e a subsunção, bem como, valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico. E sobretudo que promova os direitos fundamentais como valor supremo do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

2.2 Constitucionalização do Direito Administrativo

Como visto na seção anterior, o neoconstitucionalismo se desenvolveu na Europa, pós Segunda Guerra Mundial, e, no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. No aspecto teórico caracteriza-se por três vertentes, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. E o pano de fundo filosófico é o pós-positivismo, marcado por uma nova hermenêutica que atribui força normativa aos princípios e amplia a efetividade da Constituição.

Em decorrência desse processo que dá ênfase à Constituição, não mais como uma letra morta, mas um conjunto de valores escolhidos pelo povo a serem implementados tem-se a constitucionalização do Direito. Um fenômeno que pode ser associado ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico e por consequência transforma os diferentes ramos do direito, notadamente o Direito Administrativo.

No Brasil, devido à democratização tardia, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente que se dá a partir de 1988. Em um tempo não muito

distante, a constituição brasileira não era considerada uma norma autêntica, mas uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas. Um texto inspirador, mas que não poderia ser aplicado diretamente pelo intérprete, que deveria fundamentar suas decisões rigorosamente na lei em vigor.

Como muito bem lembra Sarmiento (2009), “as constituições não passavam de meras fachadas”, sua supremacia era meramente formal. A supremacia material, axiológica, ganha terreno somente após a abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. O reconhecimento da força normativa da Constituição desloca o velho Código Civil, que ocupava o centro do ordenamento jurídico desde 1916, e produz uma verdadeira revolução na ciência jurídica, com implicações para todos os ramos do direito, especialmente para o Direito Administrativo.

Nos ensinamentos de Barroso (2012b) a constitucionalização afeta significativamente o Direito Administrativo, pois altera seus paradigmas tradicionais, dentre eles cabe destacar:

a) redefine a ideia de supremacia do interesse público sobre o particular;

O interesse público secundário, ou seja, da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário, jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.

O interesse público secundário só se legitima quando coincide com o interesse público primário, que é o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social.

b) converte o princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade

A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para tornar-se apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. O agir administrativo passa a se limitar não apenas pelas regras, mas também pelos princípios constitucionais.

c) cria a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo;

A limitação da discricionariedade administrativa pelo poder judiciário, que antes estava restrita a análise dos aspectos formais, ou seja, da legalidade do ato (competência, forma e finalidade). Agora já é possível analisar o mérito do ato (motivo

e objeto), a partir da aplicação dos princípios como o da eficiência, da precaução, da proporcionalidade, dentre outros. Dessa maneira, o mérito do ato administrativo sofre um sensível estreitamento pela incidência direta dos princípios constitucionais.

Nas palavras de Gustavo Binenbojm (2005, p. 8), a constitucionalização do direito administrativo altera os paradigmas do Direito Administrativo direcionado pelo respeito à dignidade da pessoa humana, de forma que

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses meta individuais constitucionalmente consagrados;
- (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.

A ideia de constitucionalização do direito tratada neste capítulo, ou seja, associada a um efeito expansivo das normas constitucionais por todo sistema jurídico, altera os paradigmas do Direito Administrativo repercutindo diretamente sobre a atuação dos três Poderes e em sua relação com os administrados. E é esse o ponto que se pretende tratar no presente estudo, os limites da atuação do Estado em uma situação de calamidade pública como a pandemia.

Diante da situação de emergência e gravidade sanitária, a questão é saber qual o campo de liberdade de atuação do administrador para celebrar, por exemplo, os contratos de aquisição de insumos e equipamentos de proteção para os profissionais de saúde que atuam na linha de frente do combate ao coronavírus. A escassez e inadequação dos equipamentos é justificável por ausência de recursos ou por falha no contrato de aquisição, ou, o administrador tem o poder-dever de fazer a melhor escolha entre as opções do caso concreto.

2.3 Ampliação da Legalidade e Redução da Discricionariedade Administrativa

As origens do Direito Administrativo estão ligadas ao liberalismo, onde era necessário impor limites ao poder do Estado. Desde então, inúmeras mudanças ocorreram, e em especial, a constitucionalização do Direito Administrativo. A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, bem como, da força normativa atribuída aos princípios, o poder da Administração Pública fica ainda mais limitado, a discricionariedade do administrador passa a ser revista pelo judiciário tanto no aspecto formal, quanto no material.

Antes de adentrar na análise do tema, ampliação da legalidade e redução da discricionariedade, é necessário discorrer brevemente sobre a distinção entre poder vinculado e discricionário, pois o princípio da legalidade incide de maneira diversa sobre eles.

Em sentido amplo, o poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa diante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis. Já o poder vinculado é quando a autoridade diante determinada circunstância, é obrigada a tomar determinada decisão, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica.

Seja qual for o ato é imprescindível que ele seja motivado, à semelhança do que ocorre nas decisões judiciais, com congruência de fatos e de direitos. Marçal Justen Filho (2006, p. 161) define a discricionariedade como um “dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”. Este dever-poder, portanto, não pode ser identificado nem como uma liberdade, nem como uma faculdade a ser exercida segundo juízo de conveniência pessoal. Para Justen Filho (2006, p. 168) “é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao poder público”.

Dentro do campo de exercício do poder discricionário Odete Medalhar (2018) alerta que a doutrina por vezes, utiliza algumas expressões para definir o poder discricionário, dentre elas merece destaque a “discricionariedade tática” pela imbricação com o tema abordado no presente estudo.

“Discricionariedade tática” para designar a margem de liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam, como nos casos de catástrofes, calamidades, epidemias, caos financeiro. E que

muito frequente em autores italianos é a referência à *discrezionalità tecnica*. Não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados, técnicos ou científicos. Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. Podem existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam escolha. Assim, nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferente desse poder. Se houver apenas uma solução possível, como resultado da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado; regras técnicas uniformes remetem ao bloco vinculado (MEDAUAR, 2018, p.107).

Como visto anteriormente, a constitucionalização altera paradigmas tradicionais do direito administrativo, dentre eles, o princípio da legalidade, que passa a englobar, além das regras, todos os outros princípios e valores previstos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição. E diante da ampliação do sentido de legalidade administrativa é reduzida a *discrezionalità*, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro

[...] os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico (especialmente na Constituição), tais como os da razoabilidade, moralidade, interesse público, limitam a *discrezionalità* administrativa. Na medida em que cresce o sentido da legalidade (que deixa de abranger apenas a lei posta pelo Parlamento e passa a abranger atos normativos da Administração Pública, além de princípios e valores), reduz-se a *discrezionalità*. Esse tem sido o sentido da evolução: ampliação da legalidade e redução da *discrezionalità* (DI PIETRO, 2012, p. 8).

Para Odete Medauar (2018, p.116) o princípio da legalidade na sua concepção originária estava vinculado à separação de poderes e ao conjunto de ideias que historicamente significava oposição às práticas do período absolutista. A submissão da Administração à lei dava um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa, porém essa ideia foi ao longo do tempo desvirtuada o que levou à ampliação do conceito de legalidade.

Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução da ideia genérica de legalidade. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados, de modo sucinto. A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portaria, com exigências de

minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares, em geral controladas pelo Poder Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto (por exemplo, ao editar medidas provisórias), como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também aos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional (MEDAUAR, 2018, p. 117).

Nos ensinamentos de Juarez Freitas (2007, p. 26) “a liberdade do administrador não há de ser apenas política, mas constitucionalmente defensável”. O ato administrativo deverá se pautar não apenas nas regras, mas nos princípios constitucionais, que adquiriram força normativa no direito constitucional contemporâneo. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é legítimo, notadamente quando se trata de vícios que corroem o ato. A conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se legitima pela observância dos princípios constitucionais, as decisões meramente políticas devem ser combatidas.

Em outras palavras, “As escolhas administrativas serão legítimas - se – e somente se - forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (JUAREZ, 2007, p. 21).

Juarez Freitas (2007, p. 24) aponta dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: a) o vício da discricionariedade excessiva - arbitrariedade por ação (hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária ou de atuação destinada); b) o vício da arbitrariedade por omissão (hipótese em que o agente deixa de exercer o dever da boa escolha administrativa ou o faz com inoperância parcial, inclusive por falta de sopesamento adequado dos princípios vinculantes da prevenção e da precaução).

E conceitua a discricionariedade administrativa legítima como:

[...] a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerente e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2007, p.22).

Diante das considerações feitas é inegável a importância dos princípios no constitucionalismo contemporâneo e sobretudo o impacto dessa nova hermenêutica jurídica – pós-positivista - sobre o campo de exercício do poder discricionário da Administração Pública. Notadamente, os princípios da precaução e prevenção, que passam a ocupar lugar de destaque na análise da responsabilidade civil, estreitando cada vez mais, os espaços legítimos de omissão estatal.

2.4 Princípios da prevenção e da precaução

A precaução e a prevenção sempre existiram como manifestação da prudência, mas eram aplicadas de forma intuitiva. Hoje, na sociedade contemporânea, como medida preventiva, é de aplicação técnica para os novos riscos. Tanto o princípio da prevenção quanto o princípio da precaução buscam evitar danos, porém não se confundem.

Apesar de, o princípio da precaução se aproximar um tanto dos objetivos do princípio da prevenção, tratam-se de princípios distintos, pois naquele o objetivo é prevenir os danos na ausência de certeza científica, enquanto este se aplica quando já houver a comprovação de perigo de impactos danosos.

A diferença conceitual entre precaução e prevenção está na relação entre risco potencial e risco comprovado. A precaução atrela-se às situações de riscos potenciais, hipotéticos ou abstratos, como o risco à saúde no consumo de alimentos transgênicos, enquanto a prevenção está inserida na órbita do risco comprovado, como a exposição do trabalhador à poeira da sílica, o que leva ao desenvolvimento da silicose.

Alexandra Aragão faz a seguinte distinção entre os princípios

Ora, o princípio da precaução só intervém em situações de riscos graves e de incertezas significativas. Nisso se distingue, desde logo, do princípio da prevenção. Por outras palavras: a precaução destina-se a controlar riscos hipotéticos ou potenciais, enquanto a prevenção visa evitar riscos comprovados. Por isso o princípio da precaução é proativo, enquanto o princípio da prevenção é essencialmente reativo. (ARAGÃO, 2013, p. 163).

De acordo com Milaré (2011) a invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja condições de que os possíveis efeitos sobre o meio ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

No Brasil, o princípio da precaução, encontra-se consolidado e erigido no art. 15 da Declaração do Rio de Janeiro, ECO-RIO 1992, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação do meio ambiente.

Amplamente aceito no âmbito científico, o princípio da precaução, também deve ser aplicado aos empregadores em relação ao meio ambiente de trabalho, conforme exegese do art. 225 da Carta Constitucional, que assegura a todo cidadão o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, aqui incluído o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CF).

Nesse aspecto, o princípio da precaução atua na garantia contra riscos potenciais, em que não se tem certeza quanto ao perigo à saúde e integridade física dos trabalhadores. A ausência de certeza científica nunca pode servir de pretexto para a continuidade de atividade em que paira dúvida sobre potenciais riscos, antecipando-se medidas de segurança e proteção inerentes ao trabalho com fim evitar a ocorrência de danos.

Assim como a precaução, o princípio da prevenção ganha destaque e passa a ser o cerne da responsabilidade civil contemporânea. Evitar e mitigar o dano, ao invés de retornar ao dano consumado pela via da indenização ou compensação parece alinhar-se melhor com a teoria do Estado dos direitos fundamentais. Se instrumentaliza através de medidas acautelatórias que objetivam impedir a degradação do meio ambiente, seja através da tutela legislativa ou judicial.

Um bom exemplo de tutela legislativa no Brasil são as normas de segurança e medicina do trabalho, pois contribuem na prevenção dos danos no meio ambiente do trabalho. E visam estabelecer condições que assegurem a saúde e a segurança do

trabalhador, protegendo e preservando a sua higidez física e mental, devendo o empregador eliminar, e, quando não for possível, reduzir os riscos presentes no meio ambiente do trabalho, seja realizado em condições normais, perigosas ou insalubres.

Nem mesmo na realização de atividades insalubres e perigosas pode-se deixar de adotar todas as medidas possíveis de controle das condições ambientais, evitando a ocorrência de danos aos trabalhadores. Observe-se que, não obstante ocorra o pagamento do adicional de insalubridade devido, este não anula o direito assegurado em conformidade com o art. 7º, inc. XXII, da Constituição Federal, que impõe o dever de prevenção para redução dos riscos inerentes ao trabalho e ainda, o direito fundamental do trabalhador brasileiro ao meio ambiente do trabalho equilibrado (CF/88, art. 225, caput, c/c art. 200, VIII).

2.5 Estado dos Direitos Fundamentais e o Dever de Proteção

No tópico anterior foi destacado a importância dos princípios, como balizadores dos atos emanados pela administração pública, e, redutores dos espaços de discricionariedade. Como o princípio da legalidade, que ampliou seu sentido, englobando outros princípios norteadores da administração pública, como o da moralidade, da razoabilidade e sobretudo para a redução dos espaços legítimos de omissão estatal, os princípios da precaução e da prevenção.

Outra importante limitação à atuação do Estado contemporâneo além dos princípios é a aplicação imediata dos direitos fundamentais, desde os clássicos como o direito à vida, à integridade física e de locomoção como os direitos políticos e os direitos sociais, tais como direito ao trabalho, direito à moradia, direito à instrução, direito à saúde, direito à previdência, e também os chamados direitos de terceira ou quarta geração, tais como direito ao meio ambiente, direito ao lazer, direito de não ser lesado como consumidor.

Para Daniel Hachem (2016) a aplicação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, do dever estatal de interpretar todas as normas que compõem o sistema normativo a partir do conteúdo material dos direitos fundamentais, reduz os espaços de discricionariedade de que goza o administrador público para efetivar esses direitos.

A lógica é a de que, por mais que para exercer determinada competência relativa a algum direito fundamental social a Administração Pública possa escolher entre diversos caminhos, se alguns deles forem menos apropriados para atender de modo otimizado o dever de satisfação desses direitos, tais opções deixam de ser autorizadas pelo direito, tornando-se condutas antijurídicas, ainda que não vedadas expressamente pela lei. Essa tese possui respaldo na doutrina nacional e estrangeira, que defende que a discricionariedade é sempre mais ampla na abstração da norma jurídica, podendo chegar a zero diante das peculiaridades dos casos concretos (sejam casos em que um titular exige um comportamento do Estado – dimensão *subjética* –, sejam casos em que existe um dever do Poder Público em agir de uma determinada maneira – dimensão *objetiva*) (HACHEM, 2016, p.340).

No ensinamento de Gilmar Mendes (2004) os direitos fundamentais, na sua concepção tradicional, são direitos de defesa (*Abwehrrecht*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, dessa forma, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.

No entanto, a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional, pois, não apenas a lei pode restringir liberdades, mas também a sua falta pode revelar-se afrontosas aos direitos fundamentais.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais passa a se preocupar não apenas com a postura absenteísta do Estado, mas em como criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.

O Estado do século XXI passa a ter o dever de proteção desses direitos fundamentais contra violações de terceiro (*Schutzpflicht des Staats*), diferentemente do Estado Liberal, onde os direitos fundamentais eram tidos apenas como direitos de defesa (*Abwehrrecht*) do cidadão contra o Estado, agora os direitos fundamentais se apresentam como direitos a prestações positivas.

Portanto, os direitos fundamentais podem ser considerados tanto direitos subjetivos (do indivíduo) quanto direitos objetivos (ao Estado e à Sociedade). Como explica Gilmar Mendes

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito

subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2004, p. 132).

A valorização dos direitos e garantias do indivíduo, isolado ou em grupos, afeta diretamente a relação entre Estado e cidadão. Essa mudança é devida em grande parte ao direito alemão, que contribui para a consolidação do entendimento que ao Estado caberá não apenas a postura de se abster de intervir nos direitos fundamentais, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

A constituição alemã - Lei Fundamental de Bonn (1949) - e a interpretação dada a ela pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu a dignidade humana e os direitos fundamentais como base de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo, os dando aplicabilidade direta e vinculando todos os Poderes do Estado, influenciando assim a nova dogmática dos direitos fundamentais.

Em razão dessa tendência mundial de ampliar os deveres do Estado influenciada pela dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, destaca-se o dever de proteção, que no direito alemão equivale a uma proibição de omissão (*Untermassverbot*), que pode ser classificado de acordo com a doutrina e jurisprudência alemã da seguinte forma:

- (a) Dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- (b) Dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;
- (c) Dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. (MENDES, 2004, p. 141)

De acordo com o dever de proteção (*Untermassverbot*) o Estado está impedido de adotar postura passiva, sendo assim, quando houver falha do Estado administrando ou legislando, no que se refere à forma insuficiente de proteção a determinado direito fundamental, poderá se justificar a indenização.

De modo que, a função preventiva do Estado imposta pela nova dogmática dos direitos fundamentais consolidada na Alemanha pós-segunda guerra mundial reflete na responsabilidade civil do Estado, limitando cada vez mais, os espaços legítimos de omissão, mediante o dever de adotar medidas de proteção ou de prevenção para evitar riscos.

Para Juarez Freitas, ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado é necessário

apagar o regalismo, de ordem a cuidar dos interesses existenciais legítimos dos cidadãos, na marcha para a performance do Estado apta a honrar seus poderes-deveres, máxime de salvaguarda eficaz dos direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos (FREITAS, 2006, p. 196/197).

Nesse mesmo sentido pronuncia-se Felipe Braga Netto

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 de 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, 2020, p. 407).

Destarte, a teoria da responsabilidade civil do Estado no século XXI não pode ser desassociada das alterações trazidas pelo neoconstitucionalismo. Esse movimento iniciado na Europa do pós-guerra e que alcançou o Brasil pós-redemocratização aliado à centralidade da constituição cria uma nova forma de se entender o direito e a vida.

E com a constituição ocupando o lugar central do ordenamento jurídico, os demais ramos do direito passaram a orbitá-la e a receber a irradiação dos valores e princípios inseridos em seu texto, surgindo assim, o que é chamado de constitucionalização do direito.

A constitucionalização do direito provoca profundas alterações nos paradigmas do Direito Administrativo, como a redefinição da ideia de supremacia do interesse público, a ampliação da legalidade e a redução da discricionariedade administrativa, dentre outros, impacta diretamente a responsabilidade civil do séc. XXI, pois exige cada vez mais que o administrador tenha um agir cauteloso, eficaz e proporcional, ou seja, constitucionalmente defensável, e quando não o fizer poderá ser condenado à reparação, após é claro da análise do caso concreto.

No campo filosófico, no pós-positivismo, os princípios ganham força, de conceitos muitas vezes abstratos são elevados à categoria normativa, modificando assim a forma de interpretar o direito. Essa interpretação axiológica da constituição dá ênfase à concretização dos valores constitucionais sobretudo dos direitos

fundamentais, a nova dogmática envolve uma preocupação com a eficácia desses direitos muito além da perspectiva teórica.

A valorização dos direitos e garantias fundamentais afeta diretamente a relação entre Estado e cidadão e para torná-los eficazes não basta apenas que o Estado adote uma postura absenteísta, de defesa, mas sim, uma postura mais ativa para salvaguardar o cidadão contra os possíveis danos injustos.

E todo esse processo abordado nessas breves noções propedêuticas refletem na teoria da Responsabilidade Civil do Estado do século XXI que será tratada no próximo capítulo, uma vez que, a constitucionalização do direito amplia os deveres de fundamentação do Estado, limita seu agir, não permitindo mais omissões que no passado se permitiam.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado percorreu um longo caminho até a forma que é conhecido hoje. Ela pode ser definida como a obrigação que incumbe ao poder público de reparar os danos causados a terceiros por ações e omissões de seus agentes no desempenho das atividades estatais. Abrange, em princípio, tanto os chamados atos de império (julgar, legislar), como os atos de gestão (aluguel de imóvel particular). O Estado (União, Estados e Municípios) responde pelos atos ou omissões de qualquer agente, desde o mais modesto até o presidente da República e não é necessário que haja remuneração. Ela pode decorrer tanto de atos lícitos como de atos ilícitos, ou seja, de quaisquer ações ou omissões danosas que estejam vinculadas, em nexo causal, ao Estado.

3.1 Evolução Teórica

A possibilidade de impor o dever de indenizar ao Estado nem sempre constituiu matéria pacífica em termos doutrinários e jurisprudenciais, transitou desde a teoria da irresponsabilidade estatal durante o período Absolutista, prevalecendo até a revolução francesa, quando se dá início a teoria da responsabilização estatal, entretanto, ainda na forma subjetiva, até finalmente alcançar a teoria da responsabilidade objetiva, que no séc. XXI vem progredindo a partir de uma perspectiva mais ampla da responsabilidade civil do Estado, como protetor dos direitos fundamentais através de uma postura menos absenteísta.

3.1.2 Irresponsabilidade Estatal

Nos Estados Absolutistas vigia a teoria da irresponsabilidade estatal, o Rei era a voz de Deus na terra, portanto, o rei não erra, daí a expressão “*the king can do no wrong*”. Nesse contexto, não há que se falar em dever de indenizar danos causados pelo Estado a terceiros pelos atos praticados por seus agentes. A autoridade do Estado era incontestável por seus súditos e conseqüentemente este modelo trouxe inúmeras injustiças, que levaram pouco a pouco a substituição da teoria da irresponsabilidade para a teoria da responsabilidade Estatal.

Nas palavras de Amaro Cavalcanti,

A teoria da irresponsabilidade absoluta remete à ideia de supremacia do Estado sobre seus súditos, em uma tentativa de trazer para o Estado moderno algum resquício do absolutismo pré-moderno. De acordo com esta teoria, o Estado não tem fins próprios, mas atua sempre em benefício de seus súditos. Ao Estado soberano compete organizar o direito, não se admitindo que seja ele mesmo violador do próprio direito. Os funcionários administrativos não são representantes do Estado, devendo agir de acordo com o direito posto pelo Estado. Os atos contrários à lei não podem ser considerados atos do Estado, mas atos contra o Estado, que são de responsabilidade pessoal do funcionário. Nessa concepção, o Estado figura como fonte geradora do direito e também como tutor do direito, não se admitindo que possa praticar injustiças nem atos contrários à lei. A teoria da irresponsabilidade absoluta foi perdendo força com o passar do tempo até ser completamente abandonada (CAVALCANTI, 1956, p. 272).

Essa teoria foi substituída quando o Estado Liberal, que raramente intervia nas relações entre particulares, foi substituído pelo Estado de Direito. O Estado passa a ser visto como qualquer outra pessoa jurídica, sujeita a direitos e deveres. De modo semelhante, destaca-se as palavras de Stoco (2007, p. 1003), afirmando que “até o final do século XVIII o Poder Público era considerado irresponsável; não respondia por quaisquer danos. Com a Revolução Francesa, iniciou-se o movimento da responsabilização civil do Estado”.

A partir do século XIX, o Estado passou a ter responsabilidade sobre os atos de seus agentes, porém, a responsabilização nesse período surge com o foco subjetivo, ou seja, havia uma demanda pelo estabelecimento de culpa como pressuposto da obrigação de indenizar.

É necessário frisar que o Brasil não chegou a adotar a Teoria da Irresponsabilidade. As Constituições de 1824 e 1891 não continham dispositivos que tratassem acerca da responsabilidade civil do Estado, fazendo somente menção à responsabilidade do funcionário público em caso de abuso ou omissão.

3.1.3 Responsabilidade Subjetiva do Estado

A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado foi muito empregada pela doutrina até meados do século XX. Sendo que, ainda é utilizada no direito brasileiro no que tange à ação regressiva do Estado contra seu agente. Bem como, nos casos de responsabilidade civil por omissão estatal, de acordo com alguns doutrinadores.

Quando aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, segundo Mazza (2018), a vítima possui o dever de comprovar que o agente público atuou com dolo, culpa, erro, falta, falha, atraso, negligência, imprudência ou imperícia.

No Brasil, a teoria é implementada a partir da vigência do Código Civil de 1916 que, em seu art. 15, trouxe a responsabilização da pessoa jurídica de direito público pelos atos praticados pelos seus representantes, ressalvado o direito de regresso da entidade estatal. As posteriores Constituições (1934 e 1937), a despeito de manterem a responsabilidade do funcionário público, trouxeram, ainda que timidamente, a possibilidade de responsabilidade subjetiva do Estado de forma solidária, desde que restasse inequívoca a culpa, sendo o ônus da prova exclusivamente do lesado.

Na prática a teoria não funcionou muito bem, pois, impôs um ônus excessivo ao cidadão, na medida que impunha a obrigação de comprovar a culpa ou dolo do agente público para obter a indenização pelo dano causado pelo Poder Público, e ainda, não previa soluções para questões atinentes à falta ou falha do serviço público.

3.1.4 Responsabilidade Objetiva do Estado

De acordo com a teoria da responsabilidade objetiva, também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, a indenização pelo evento danoso não depende da comprovação da culpa ou dolo da administração pública. Em outras palavras, basta que fique evidenciado três elementos obrigatórios, o ato lesivo, o nexo de causalidade e o dano para que a vítima seja indenizada pelo poder público.

A Teoria Objetiva está associada à Teoria do Risco, ou seja, o Estado passa a ter o dever de reparar o dano independente da culpa, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido. A este respeito Carlos Roberto Gonçalves comenta o seguinte:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o Direito Romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus: ubi commoda, ibi incommoda*). Quem afeita os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos) (GONÇALVES, 2003, p.28).

Dirley da Cunha Júnior afirma:

É a teoria do risco que serve de fundamento para a ideia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus

não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 325).

Dentro da Teoria Objetiva existem duas principais correntes que disputam seu modo de aplicação, quais sejam, Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo. Na primeira, a administração tem o dever de ressarcir todo e qualquer ato danoso causado à vítima, não admite excludentes de responsabilidade. Na segunda, a Administração, mesmo sem culpa, tem obrigação de indenizar a vítima pelo ato danoso e injusto que lhe foi causado, no entanto, fica livre da responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do agente público.

Nas palavras de Edmir Netto de Araújo,

A Teoria do Risco Integral é o elo final da corrente publicística, doutrina objetiva por excelência, pois não indaga da culpabilidade do agente, nem da natureza do ato praticado, e muito menos das condicionantes do serviço público, abandonando construções subjetiva (ARAÚJO, 2018, p. 776).

Para Cavalieri Filho (2020, p.283) a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral, a qual se mostra como “modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”. Esse tem sido o entendimento adotado por vários doutrinadores e juristas como Hely Lopes Meirelles (2011), que considera a teoria do risco integral como sendo exagerada, o que representa um abuso e iniquidade social.

Nesse mesmo sentido, as duas espécies da teoria do risco foram muito bem diferenciadas por Romeu Felipe Bacellar Filho:

[...] a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito) (BACELLAR FILHO, 2007, p. 217).

A teoria adotada pelo Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 foi a do Risco Administrativo, conforme previsto em seu art. 37, § 6º. Segundo o qual, todo e qualquer ente estatal tem o dever de ressarcir os danos que seus agentes

(permanentes ou transitórios) causarem no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, sendo facultado, posteriormente, o direito de cobrar do servidor o valor pago.

Não obstante, essa seja a regra adotada no Brasil pelo constituinte de 1988, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não são unânimes quanto à natureza objetiva da responsabilidade do Estado quando se trata de condutas omissivas, o direito pátrio traz duas correntes divergentes. A primeira, encabeçada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e continuada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta a responsabilidade do Estado como sendo de natureza subjetiva, com base no art. 15 do antigo Código Civil (art. 43 do novo Código). E a segunda corrente, que sustenta ser a responsabilidade objetiva, é seguida pelos doutrinadores Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Álvaro Lazzarini, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini, Yussef Said Cahali, entre outros, e fundamenta-se no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

3.1.5 Responsabilidade civil do Estado no séc. XXI

Para situar a responsabilidade civil do Estado no séc. XXI é imprescindível que se trate anteriormente do impacto inegável da nova hermenêutica jurídica – pós-positivista - sobre a ampliação da função protetiva do Estado. Pois, a doutrina no decorrer do séc. XXI passa a afirmar que se encontra hoje na quarta fase da responsabilidade civil do Estado, a da garantia dos direitos fundamentais.

As mudanças ocorridas a partir da nova hermenêutica jurídica pós-positivista, como a constitucionalização do direito, amplia os deveres de fundamentação do Estado, limita seu agir, não permitindo mais omissões que no passado se permitiam.

Notadamente os atos omissivos, pois, pautada pela legalidade, a Administração Pública historicamente buscou cumprir seus atos normativos internos e muitas vezes se esqueceu do objetivo principal, ou seja, atuar em prol do cidadão. E para alcançar a tão almejada eficiência, o agir restrito a normas internas é insuficiente, pois muitas das situações a que o agente público é submetido ainda não foram normatizadas e requerem do gestor uma atuação mais proativa e menos vinculada à burocracia administrativa.

Dessa forma, a responsabilidade civil do Estado na pós-modernidade se situa no campo da discussão teórica sobre os direitos fundamentais pautado no dever de

proteção chamado pelos Alemães de (*Untermassverbot*) ou (princípio da vedação das medidas insuficientes). Dessa forma, a doutrina passa a afirmar que superou as três fases históricas (irresponsabilidade, subjetiva e objetiva) e está na quarta fase da responsabilidade civil do Estado, tendo este o dever de garantir os direitos fundamentais.

Nas palavras de Felipe Braga Neto,

Os problemas (e as soluções) que a responsabilidade civil do Estado enfrenta, hoje, são diferentes daqueles dos séculos anteriores. A velocidade da informação, as novas tecnologias, o perfil plural da sociedade atual, o crescimento da violência urbana, são apenas algumas das novas questões que chegam, diariamente, aos tribunais, e redefinem o contorno do direito dos danos, sobretudo no que diz respeito aos deveres que cabem ao Estado. Os dias em que vivemos – cuja única permanência é a mudança – exigem um intérprete que não se dê por satisfeito com o que aprendeu no passado, que perceba que a realidade de hoje não é aquela de ontem. Aquele senso – dizia Pontes de Miranda – para que o jurista não se apegue, demasiado, às convicções que tem, nem se deixe levar facilmente pela sedução do novo. Aliás, em termos científicos, o novo não é necessariamente sinônimo de qualidade. O autenticamente novo dialoga com a tradição. Nesse momento histórico em que a sociedade se reinventa, o que se espera de nós é que sejamos capazes de construir, através da interpretação, um direito que incorpore o passado e acompanhe o novo (BRAGA NETTO, 2020, p.47).

A teoria contemporânea baseia-se fundamentalmente na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes dos prejuízos especiais que oneram determinados particulares. Os riscos inerentes ao funcionamento dos serviços públicos são repartidos por toda a coletividade. Trata-se de um dos princípios reitores da responsabilidade civil do Estado no séc. XXI juntamente com a primazia do interesse da vítima.

Rompendo a lógica anterior assentada no direito à propriedade, a solidariedade atual vai muito além da ideia implementada pela Revolução Francesa de fraternidade, uma noção filantrópica, de caridade ou liberalidade, que perdurou até a segunda guerra mundial, quando as novas constituições passaram a abranger um extenso rol de direitos fundamentais.

A solidariedade progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas e se consagra no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição de 1988, um dos objetivos fundamentais da República do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Para Maria Celina Bodin de Moraes a solidariedade

é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária cabe a cada um de nós. (MORAES, 2006, p.27).

A teoria da chamada quarta onda da responsabilidade civil tem também como pressuposto o princípio da primazia do interesse da vítima, conferindo proteção qualitativa diferenciada à vítima. Diferentemente da teoria subjetiva, que evidencia a culpa, o dano passa a ser a preocupação principal do intérprete na apuração da responsabilidade civil, procurando acima de tudo não deixar a vítima desamparada.

Dessa forma, a evolução da responsabilidade civil está ligada não apenas à importância da distribuição coletiva do dano, mas também, aos novos riscos criados, assim, caminha-se em direção à responsabilidade objetiva e convive-se cada vez mais com a chamada sociedade de risco.

O termo sociedade de risco foi cunhado, na Alemanha, por Ulrich Beck, que publicou, em 1986, a Sociedade de Risco (*Risikogesellschaft*), um dos livros mais influentes na análise social da última parte do século XX e referência do problema do risco global. Beck (2010) explica que a ciência e a tecnologia moderna criaram uma sociedade de risco na qual o sucesso na produção da riqueza foi ultrapassado pela produção do risco.

O acelerado progresso tecnológico e científico é paradoxal, por um lado, visa melhorar a vida das pessoas e do planeta, mas por outro acaba produzindo grandes riscos e perigos para a civilização. A pandemia da COVID-19 é um importante exemplo do que a globalização pode provocar, ao mesmo tempo que promove o crescimento econômico e conecta as pessoas mundialmente pelo rápido tráfego aéreo, pode com a mesma velocidade dissipar um vírus letal.

O mundo hoje vive a era do medo conforme ensina Zygmunt Bauman e os danos morais e materiais surgem não apenas com as catástrofes naturais, mas também, a tecnologia aumenta as incertezas. Por mais medidas que sejam tomadas, o risco zero não existe. Em suma, a única certeza na sociedade risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados. A capacidade de antecipar perigos e suportá-los nesta nova sociedade torna-se crucial.

Para amenizar ou evitar a possibilidade desses novos riscos que poderão levar a danos graves e irreversíveis, princípios jurídicos da prevenção e da precaução são elevados ao posto de princípios da responsabilidade civil. E tudo isso contribui para

fortalecer a função protetiva do Estado e consequentemente ampliar os danos indenizáveis, combinado com a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima.

3.2 Tratamento Constitucional Brasileiro

No Brasil a responsabilidade civil do Estado também percorreu um longo caminho até a forma que é conhecida hoje. Transitou por todas as teorias elencadas anteriormente, com exceção da Teoria da Irresponsabilidade. Pois, as constituições de 1824 e 1891 não continham dispositivos que tratassem acerca da responsabilidade civil do Estado, fazendo somente menção à responsabilidade do funcionário público em caso de abuso ou omissão.

A teoria subjetiva passa a ser adotada a partir de 1916, o Código Civil idealizado pelo jurista cearense Clóvis Beviláqua tornou direta e indiscutível a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, quando em seu art. 15 prescreveu: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei...”

Entretanto, sensível a situação de desigualdade, imposta pela teoria subjetiva, que atribuía à vítima o alto encargo de demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal, o constituinte de 1946 trouxe um grande avanço em relação ao que existia na época. Em seu art. 194, pela primeira vez na história brasileira, vislumbrou-se de forma palpável a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, mas precisamente, a teoria do risco administrativo. O Estado passa a responder sem culpa, porém, fica livre da responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

No mesmo sentido caminhou a Constituição de 1967, em seu art. 105, que foi repetido no art. 107 da Emenda Constitucional de 1969, determinando que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Com o advento da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, essa responsabilidade foi ampliada. A teoria adotada atualmente pelo Brasil é a objetiva,

conforme previsto em seu art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. A teoria subjetiva subsiste apenas para a ação regressiva. Quanto à sua aplicação para os casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, a doutrina e jurisprudência não é pacífica e o tema será analisado nos próximos capítulos no decorrer deste trabalho.

Analisando a Constituição Federal de 1988, art. 37, §6º, Hely Lopes Meirelles (2011) revela que foi estabelecido para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independente da prova de culpa na produção do dano. Firmou, portanto, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

Diante do caráter protetivo da norma constitucional expressa no art. 37, § 6º da CF, constata-se que esta se reveste da natureza de garantia do cidadão frente aos atos e omissões estatais lesivos. O alcance da responsabilidade patrimonial atinge todas as esferas do Estado, tanto as pessoas jurídicas de direito público como aquelas definidas pelo art. 41 do Código Civil (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, inclusive associações públicas), bem como, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja, a Administração Pública Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) e as sociedades concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

Neste ponto, é importante frisar que, serviços como o de saúde, prestados pela iniciativa privada, somente serão considerados públicos, mediante delegação do poder público. Ainda que, serviços como o de saúde e da educação tenham uma importante relevância social, nem todas as empresas privadas que realizam esses serviços atrairão a responsabilidade civil prevista no art. 37, § 6º da CF.

O alcance da responsabilidade patrimonial também é alargado no que tange ao conceito de agente público. A noção de agente público trazida pela Constituição de 1988 abrange todo aquele que detenha um vínculo com o Estado, seja sob a forma de servidor público, empregado público, agente político, funcionário temporário ou qualquer outro modo de exercício da função pública pelo particular, mesmo sem vínculo permanente.

A tendência é cada vez mais ampliar o conceito de agente público, por exemplo, o caso do terceirizado, aquele agente sem vínculo de trabalho com a administração pública. Se antes havia polêmica na doutrina e jurisprudência sobre a responsabilização do Estado por atos praticados por terceirizados, hoje a dúvida se restringe a saber se a responsabilidade será solidária ou subsidiária.

A norma do art. 37, § 6º, prescreve também, que o agente responderá pelos atos que praticar nessa qualidade, ou seja, no estrito exercício da atividade administrativa. Contudo, a doutrina entende que o agente público não responde apenas nas situações em que esteja exercendo sua atividade típica, mas em todas as outras que a condição de agente do Estado tenha contribuído de algum modo para a ocorrência do dano. O que se exige para atrair a responsabilidade do Estado é a existência de relação entre a atuação do agente e o dano.

Quanto aos terceiros mencionados na referida norma, são todas as vítimas, sejam usuárias ou não dos serviços públicos. Por exemplo, a vítima pode ser tanto, o cidadão que, presenciando o confronto entre policiais e assaltantes, recebe um disparo de arma do policial. Ou, a vítima, pode ser o servidor policial vitimado por disparo de arma de fogo por criminoso que, por negligência de seu colega policial militar, não foi devidamente revistado e dominado.

Por fim, no Brasil o Estado responde tanto pelos atos ilícitos quanto pelos atos lícitos. A ilicitude do ato por si só não exclui a obrigação de reparar. De modo que as excludentes de ilicitudes não podem ser confundidas com excludentes de responsabilidade civil. O estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular de direito excluem a contrariedade ao direito da conduta, a ilicitude do ato, mas nem sempre afastam a responsabilidade civil. Já as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro), rompem com o nexo causal.

3.3 Excludentes da Responsabilidade civil Estatal

Como visto anteriormente o Brasil adota a Teoria do Risco Administrativo, ou seja, havendo dano, e este esteja ligado pela causalidade à ação ou omissão do agente público, o dever do Estado de indenizar se impõe. Em outras palavras, presentes os três elementos: ato lesivo, nexo de causalidade e dano se configurará a responsabilidade, a menos que o Estado demonstre o rompimento do nexo causal,

provando as excludentes de responsabilidade civil. É necessário observar cada uma das excludentes separadamente, quais sejam: caso fortuito ou força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

3.3.1 Caso fortuito ou força maior

Durante séculos no campo doutrinário buscou-se distinguir o caso fortuito da força maior, porém essa distinção atualmente não tem relevância jurídica, principalmente no direito brasileiro, após o Código Civil igualar as duas expressões em seu art. 393, parágrafo único, “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”. Segundo a definição adotada pelo Código Civil, três elementos devem estar presentes para que se configure o caso fortuito e a força maior, quais sejam, “necessidade do fato”, “inevitabilidade dos efeitos” e “irresistibilidade”.

O caso fortuito ou força maior é conceituado pelos doutrinadores Braga Netto, Rosendal e Farias (2019) como um “fato externo à conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano.” Sendo necessário para sua configuração dois atributos, a externalidade e a inevitabilidade. A externalidade significa que o dano ocorreu por um fato não imputável ao agente, completamente extraordinário e estranho ao seu comportamento ou atividade. Já a inevitabilidade qualifica o fato imponderável e atual, que surge de forma avassaladora e seus efeitos são irresistíveis.

Importante ressaltar que a imprevisibilidade do evento não constitui requisito do caso fortuito ou força maior, pois, embora previsível o fato, não raro a vítima não se pode furtar à ocorrência, nem resistir aos efeitos. No entanto, a imprevisibilidade pode intensificar o elemento irresistibilidade, pois, se o devedor não podia prever o acontecimento, mais difícil lhe seria resistir aos efeitos.

Uma vez igualado os efeitos dessas duas excludentes de responsabilidade pelo art. 393, do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência contemporânea ao invés de tentar distinguir o caso fortuito da força maior, tem se dedicado a diferenciar o fortuito interno do fortuito externo por trazerem diversidade de consequências.

No fortuito interno a responsabilidade não é excluída, o fato danoso não resultou da culpa do agente, mas de uma situação que se liga diretamente aos riscos da atividade profissional exercida pelo causador do dano. O risco vem de “dentro para

fora”, sendo mais do que um simples cenário ou ocasião para o evento, traduzido em um evento evitável por parte de quem assumiu a atividade.

Segundo Bruno Miragem,

questão mais tormentosa será a de identificar as situações que se qualifiquem como caso fortuito interno, ou seja, em que as características de determinada atividade possam definir certa esfera de risco inerente a ela, pela qual se identifique um dever de segurança e proteção e sua violação. Situação em que o devedor venha a responder independentemente da demonstração de culpa, e mesmo de que sua conduta tenha dado causa diretamente ao inadimplemento. Este exame não deve ser feito genericamente, senão em atenção às circunstâncias concretas que caracterizam a atividade e a coerência de utilização do mesmo critério para definição de determinada situação como dotada de risco inerente e outras semelhantes (MIRAGEM, 2021, p. 146).

Já o fortuito externo poderá excluir a responsabilidade. O fato necessário e inevitável não se relaciona com a atividade exercida pelo agente causador do dano. Face o risco da atividade que deve ser suportada pelo empresário, doutrina e jurisprudência só admitem a exclusão da responsabilidade civil quando se tratar de fortuito externo, uma vez que o fortuito interno é considerado um evento evitável por quem desenvolve a atividade. Este é o teor do Enunciado 442, da V Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”. Ana Frazão (2016, p. 23) anota que “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar a imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco”.

Cabe mencionar, que, a teoria da responsabilidade civil do Estado do séc. XXI como é tratada no capítulo anterior, busca ao máximo proteger a vítima dos danos injustos, mesmo que o agente não tenha agido com culpa. Dessa forma, chega-se para um estreitamento cada vez maior das hipóteses excludentes da responsabilidade civil do Estado.

A ausência de medidas preventivas pode, em determinado caso concreto, ser fator relevante para a imposição do dever de indenizar do Estado, por exemplo, se uma enchente causa danos a particulares, em princípio estaria diante de uma hipótese de força maior, porém, se a vítima comprovar que os bueiros entupidos concorreram para o incidente, o Estado também responderá, pois, a prestação do serviço de limpeza pública foi deficiente. Neste caso a força maior não foi o único evento

responsável por causar o dano, o Estado deixou de realizar obra considerada indispensável, sua conduta foi omissiva, portanto, o Poder Público será o responsável pela reparação de tais prejuízos, pois, presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano.

Por fim, conclui que, eventos como inundações, terremotos e pandemias, não são considerados por si só “caso fortuito” ou de “força maior” para fins de aplicação da excludente de responsabilidade civil. O que reforça a tese que a aplicação da excludente só poderá ser determinada diante do caso concreto, soluções definitivas em qualquer sentido são temerárias.

3.3.2 *Fato exclusivo da vítima*

Se o dano decorreu exclusivamente da conduta da vítima, o Estado não tem o dever de indenizar, nesses casos poderá alegar culpa exclusiva da vítima ou fato exclusivo da vítima, sendo que, esta última expressão nos parece mais adequada pois desloca a questão da culpa para o nexo causal. Há que se ter em mente que o Estado não poderá ser civilmente responsabilizado quando não for o causador do dano e sim a própria vítima.

Para ilustrar um fato exclusivo da vítima, por exemplo, uma situação que é recorrentemente enfrentada pelos tribunais nacionais, diz respeito aos danos sofridos por vítimas pela prática do denominado “*surf* ferroviário”. Trata-se de situação em que pessoas escolheram utilizar-se do transporte ferroviário para deslocar-se entre estações, não na parte interna do trem, mas sobre os vagões, expondo-se a altíssimo nível de risco, de modo contrário aos regulamentos e à fruição razoável desse serviço de transporte. A jurisprudência, então, corretamente identificou que a causa necessária do dano sofrido pela vítima foi o seu próprio comportamento de utilização indevida do serviço, expondo-se ao risco de dano.

Importa ressaltar que, o fato exclusivo da vítima é causa excludente da responsabilidade civil do Estado, desde que, o dano não tenha ocorrido em razão de conduta ou atividade do agente, e somente em razão de comportamento da própria pessoa que sofreu o dano. Não cabe nesse caso analisar se a conduta originou de um comportamento culposos ou doloso da vítima, e sim, que tenha sido causa necessária do dano, de modo a afastar as demais causas possíveis.

Nesse contexto, a expressão originalmente empregada, qual seja, culpa exclusiva da vítima, não se mostra mais adequada. Exatamente por se tratar da esfera do nexo causal, e não da culpa, o autor Sérgio Cavalieri Filho (2020) defende que se deve falar em fato exclusivo da vítima, e não culpa exclusiva.

Outra contradição conceitual que tem sido analisada pelos doutrinadores é o fato de a culpa concorrente ter sido incluída no rol das excludentes, conforme previsto no art. 945 do Código Civil Brasileiro “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Pois, embora seja relevante para a responsabilidade civil, não rompe o nexo causal, apenas mitiga o valor da indenização.

3.3.3 Fato de terceiro

Terceiro pode ser definido como qualquer pessoa que não seja vítima ou o agente que causou o dano e não possua nenhuma ligação com o agente e a vítima. Este terceiro no caso que é responsável pelo evento danoso que houve entre autor e vítima, afastando a relação de causalidade sobre a conduta do agente e vítima.

Para que se caracterize o fato exclusivo de terceiro de acordo com Bruno Miragem (2021), é necessário, igualmente, que se identifique quem é o terceiro. Ou seja, que de fato seja terceiro estranho à uma relação originária entre as partes. A causa que tiver associada ao terceiro deve também ser exclusiva, assim entendida aquela que foi determinante, excluindo-se todas as demais possíveis para a realização do dano à vítima. E não se há de perquirir, quando se apresentar determinada causa atribuível a terceiro como excludente do nexo de causalidade, se este terceiro atuou com culpa ou dolo. Tratando-se de rompimento do nexo causal, basta que se identifique a causa, não suas motivações.

Entretanto, mesmo presente todos esses requisitos elencados no parágrafo anterior, o fato exclusivo de terceiro poderá não afastar a responsabilidade do agente, se o evento estiver na esfera de risco da sua atividade. Como ocorre, por exemplo, com o transportador, que responde pelos danos causados por terceiro. Nesse sentido é a Súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Também não será elidida por culpa de terceiro a responsabilidade do transportador (empregador) pelo seu motorista (empregado) vítima de acidente de trânsito por culpa de terceiro. Pois, cabe a reparação dos danos causados quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Não há que se cogitar na hipótese de fato de terceiro, quando a possibilidade de acidente de trânsito seja intrínseca à atividade profissional de motorista. A maior vulnerabilidade da vítima, atingida por veículo dirigido por terceiro, está localizada no campo do risco conexo à natureza da atividade profissional por ela desempenhada e explorada pelo empregador, razão pela qual não se exclui o nexo causal, impondo-se a caracterização do fortuito interno ou, em outras palavras, do risco criado.

De modo que, a questão é tormentosa na jurisprudência e o Juiz, por vezes, pode se ver numa situação de difícil solução. O desafio para o intérprete é verificar em que medida o fato de terceiro poderá excluir a responsabilidade civil do Estado. Tradicionalmente, a solução era simples, o Estado não respondia por danos causados por uma multidão que destrói uma propriedade particular ou pela morte de presos por companheiros de cela, porém, atualmente, a simplicidade desapareceu.

É notório, que atualmente o Estado não deve apenas se abster de violar direitos fundamentais, mas também resguardar esses direitos diante de agressões de terceiros. A responsabilidade civil do século XXI é objetiva e está em consonância com princípios como o da precaução e da prevenção, da primazia do interesse da vítima, da vedação de adoção de medidas insuficientes (*Untermassverbot*) e da solidariedade social. Tudo isso, impõe ao Estado o dever de proteção, ou seja, de agir proativamente para resguardar o cidadão de sofrer danos injustos.

A evolução teórica da responsabilidade civil do Estado revela que a possibilidade de impor o dever de indenizar ao Estado nem sempre constituiu matéria pacífica em termos doutrinários e jurisprudenciais, e que transitou desde a teoria da irresponsabilidade estatal durante o período Absolutista até finalmente alcançar a teoria da responsabilidade objetiva. Todavia, embora, a doutrina e jurisprudência contemporânea seja unânime quanto à aplicação da responsabilidade objetiva para os atos comissivos do agente público, o mesmo não ocorre quando se trata de omissão Estatal. De forma que, para responder à pergunta problema da presente pesquisa é imprescindível dirimir a divergência doutrinária e jurisprudencial, tema do próximo capítulo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Muito tem se debatido sobre elevar o Estado à condição de segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano, bastando haver o dano para ensejar a reparação. Alguns doutrinadores utilizam o argumento como referência para defender a aplicação da responsabilização subjetiva do Estado nos casos omissivos. Enquanto, outros, rebatem dizendo que adotar a responsabilidade objetiva não significa que é uma ampliação desmedida da responsabilidade estatal, pois, mesmo adotando a teoria do risco administrativo, as excludentes de responsabilidade poderão ser arguidas pelo Estado. Assim, sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão ainda pesa a divergência doutrinária e jurisprudencial.

4.1 Divergência doutrinária

A responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e está fundamentada na teoria do risco administrativo. Outro aspecto da responsabilidade objetiva é que ela comporta as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima). Presentes os elementos (conduta – nexo causal e dano), o Estado responde em regra sem culpa, exceto com relação às omissões, onde a doutrina é divergente sobre a prova da culpa.

Em outras palavras, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são unânimes quanto à natureza objetiva da responsabilidade do Estado por conduta comissiva. Mas quando se trata de condutas omissivas, o direito pátrio traz duas correntes divergentes.

A primeira, encabeçada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e continuada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta a responsabilidade do Estado como sendo de natureza subjetiva, com base no art. 15 do antigo Código Civil (art. 43 do novo Código), dentre outros adeptos à corrente, pode-se citar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo. A segunda corrente, que sustenta ser a responsabilidade objetiva, é seguida pelos doutrinadores José de Aguiar Dias, Odete Medialhar, Celso Ribeiro Bastos, Álvaro Lazzarini, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini, Yussef Said Cahali, Felipe Braga Neto, entre outros, e fundamenta-se no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

4.1.1 Conceito de conduta omissiva

A responsabilidade civil, tanto objetiva como subjetiva, deverá sempre conter como elemento essencial uma conduta. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.

No entendimento de Maria Helena Diniz a conduta é:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2005, p. 43).

A conduta precisa ser capaz de produzir um dano indenizável. Desta forma, ainda que se esteja diante de conduta ilícita, não haverá que se falar em responsabilidade civil se esta não for capaz de gerar prejuízos à vítima. No mesmo sentido, haverá responsabilidade do Poder Público ainda que diante de conduta lícita, desde que esta cause danos indenizável e se verifique o nexo de causalidade entre o ato lesivo e o detrimento sofrido.

Para Gonçalves:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de socorrer às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até de criação de alguma situação de perigo (GONÇALVES, 2003, p. 37).

A doutrina então vem afirmando que não é qualquer omissão que ensejará a responsabilização estatal, pois não se pode transformar o Estado em um segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano. O Estado só poderá ser compelido a indenizar um dano causado por omissão, quando devendo agir para resguardar um determinado bem jurídico permaneceu inerte.

Alguns doutrinadores optam por separar a omissão em genérica e específica, sendo que esta última atrai o dever de indenizar enquanto a primeira não. Braga Netto, Rosenvald e Farias (2019) nos ensinam que a omissão genérica ocorre quando o motorista bêbado atropela uma pessoa, não cabendo ao Estado neste caso o dever

de indenizar a família. No entanto, se o mesmo motorista tivesse sido parado em uma *blitz* antes do acidente e liberado indevidamente pela polícia, neste caso a omissão é específica, devendo o Estado reparar o dano causado à família da vítima.

Neste ponto, mostra-se relevante destacar que de acordo com o dever de proteção (*Untermassverbot*) o Estado está impedido de adotar postura passiva diante da proteção de determinado direito fundamental. De forma que, a função preventiva do Estado imposta pela nova dogmática dos direitos fundamentais, limita cada vez mais, os espaços legítimos de omissão, mediante o dever de adotar medidas de proteção ou de prevenção para evitar riscos.

Emerson Gabardo e Daniel Hachem ensinam que a doutrina espanhola costuma afirmar que para se configurar uma *omissão juridicamente relevante*, são necessários dois elementos:

- (i) um material – a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração; e
- (ii) um formal – a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão material. Se não há dever legal ou constitucional de agir (elemento formal), não há omissão e por consequência não há responsabilidade. Isso ocorre não porque da conduta omissiva não possam surgir efeitos jurídicos de forma direta, mas porque nesse caso a omissão é irrelevante sob o ponto de vista do Direito (GABARDO e HACHEM, 2010, p.269).

Estado do século XXI como garantidor dos direitos fundamentais não pode mais falhar em áreas que antes lhe eram permitidas. Os princípios como a prevenção e a precaução o obrigam a agir de forma eficiente, proporcional e cuidadosa para com seus administrados, visando sempre evitar o dano. De forma que, embora não seja qualquer omissão que enseje a responsabilidade civil, no caso concreto, deverá se avaliar se o Estado tinha o dever de proteger o bem jurídico lesado, ou seja, de evitar aquele dano.

4.1.2 A responsabilidade estatal subjetiva por conduta omissiva

A teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por conduta omissiva está ligada principalmente aos doutrinadores Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e seu filho Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo eles, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado em seu art. 37, § 6º, porém, é silente quanto à conduta omissiva, uma vez que, a palavra “causarem” inserida no referido artigo, abrange apenas os atos comissivos.

Comentando o supracitado artigo constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina,

De fato, na hipótese cogitada. O Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano e não causa. Causa é o fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 673).

Bandeira de Mello segue defendendo sua teoria, agora sob o fundamento da ilicitude do ato,

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria de responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor do dano, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.794)

A posição de Bandeira de Mello é compartilhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado. Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade (DI PIETRO, 2021, p. 838)

A corrente que defende a responsabilidade subjetiva do Estado baseia-se principalmente na ideia de que a conduta omissiva da Administração é sempre ilícita, portanto, é subjetiva. Pois, segundo seus defensores, não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

4.1.3 A responsabilidade estatal objetiva por conduta omissiva

A segunda corrente, contrariando os argumentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta ser a responsabilidade do Estado por conduta omissiva ser objetiva e regida pela teoria do risco administrativo, fundamentada no art. 37, § 6º, da CF, essa é a posição deste trabalho de pesquisa.

A tese objetiva atualmente é a majoritária, mas não significa que é uma ampliação desmedida da responsabilidade estatal. Não se defende o Estado como um segurador universal, para isso, existem as excludentes de responsabilidade que poderão ser arguidas pelo Estado, como a força maior e o caso fortuito. Ou seja, o nexo causal impede que o Estado tenha que indenizar todo e qualquer dano causado ao cidadão. A omissão precisa ser a causa do dano para que se configure o dever de indenizar. Poderá, ainda, demonstrar o dano não ser especial, nem anormal, ou que não tinha o dever de agir. Este largo espectro de defesas leva à conclusão de que, mesmo se aplicando a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal.

Segundo Odete Medialha (2018), a responsabilidade do Estado, fundamentada na teoria do risco administrativo, apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos jurídicos, regida pela teoria da responsabilidade objetiva. Entende, ainda, que a adoção da responsabilidade objetiva do Estado traz, por conseguinte, o sentido de igualdade de todos ante os ônus e encargos deste e o próprio sentido de justiça (equidade). Acrescenta que, como nem sempre é possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa, melhor se asseguram os direitos da vítima pela aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado.

Hely Lopes Meirelles (2011), da mesma forma, defende a tese da responsabilidade objetiva, dispondo que esta, se fundamenta no risco proveniente de sua ação ou omissão, que visam à consecução de seus fins.

Yussef Said Cahali (2014) também é no sentido de que o artigo constitucional acolhe, sob o manto da responsabilidade objetiva, tanto a conduta omissiva quanto a comissiva.

O argumento apresentado pela corrente subjetivista, que a palavra “causarem” inserida no referido artigo art. 37, § 6º, da CF exclui os atos omissivos do Estado, nos parece um pouco simplista. Pois, nem sempre a omissão implicará o descumprimento do dever de obstar uma ação externa, como parece ser a visão de Celso Antônio

Bandeira de Mello. É possível que a exclusiva ausência de ação estatal seja suficiente para causar dano. Por exemplo, na situação dos presos, o Estado é o responsável pela integridade física e moral do preso enquanto estiver sob sua custódia, à luz do art. 5º, XLIX, da CF. Se o preso foi morto na prisão, seja por outro detento ou por um carcereiro, o Estado responderá em ambos os casos, ou seja, independente se o agente penitenciário foi o causador do dano ou se não conseguiu evitá-lo. Em ambos os casos o Estado agiu ilicitamente, pois, tinha o dever legal de assegurar a integridade física do detento e não o fez, seja por inércia ou por ação.

Ressalta-se que para que haja responsabilização objetiva é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, ou seja, não será qualquer omissão do Estado que ensejará a reparação civil. No entanto, a responsabilidade não necessariamente tem que ser subjetiva, ao contrário, defende-se a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão, haja vista, a necessidade de proteger o lesado ante a dificuldade deste em demonstrar a culpa ou dolo de algum agente ou que o serviço não funcionou como deveria.

A despeito da maioria dos casos levados ao judiciário, o Estado tenha agido com algum grau de negligência, há situações, entretanto, em que a adoção da teoria subjetiva poderia causar graves injustiças, pois nem sempre a omissão é culposa ou dolosa como afirma Bandeira de Mello.

Nas palavras de Emerson Gabardo e Daniel Hachem (2010) “há casos em relação às condutas omissivas, que encontrar a culpa implica necessariamente pressupor a omissão, mas encontrar a omissão não implica, necessariamente, a denotação de culpa.” Por exemplo, é o caso do Prefeito que opta por não fazer a limpeza semanal dos bueiros de um bairro, naquela semana específica, porque precisa, excepcionalmente, das máquinas para desobstrução dos bueiros no outro bairro, que foram entupidos por vândalos. Por fatalidade, chove muito no dia e inundam-se algumas casas do primeiro bairro. Não há como afastar a responsabilidade do Município, decorrente da omissão do Prefeito em realizar o serviço semanal. Mas, nem por isso, poder-se-ia reputar o ato como negligente, imperito ou imprudente.

Para Gabardo e Hachem

Em regra, verifica-se que o equívoco interpretativo observado nessas situações decorre da confusão entre a comprovação do nexo causal e a comprovação de culpa. Há casos em que a verificação do nexo causal

acarretará irremediavelmente a constatação de culpa. Todavia, este não é o foco da responsabilidade. É um “plus”, sem consequência jurídica por si mesmo (a não ser no tocante ao direito de regresso) (GABARDO e ACHEM, 2010, p. 278).

No mesmo sentido alerta Braga Netto, Rosenvald e Farias (2019) quando enfatizam que a discussão para apuração da responsabilidade civil do Estado deve sempre orbitar em torno do “nexo causal” e não da “culpa”. A própria legislação brasileira caminha nesse sentido, o Código de Trânsito em seu art. 1º, parágrafo 3º, responsabiliza objetivamente – por ações e omissões – o poder público pelos danos causados aos cidadãos.

Desta forma, a corrente que entende que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal contempla tanto a conduta comissiva quanto a conduta omissiva parece ser a que mais se adequa à responsabilidade civil do séc. XXI. Pois, embora os doutrinadores concordam que não é toda omissão que gera o dever de indenizar, ou seja, apenas aquelas que violem um dever jurídico específico de agir, nem toda conduta omissiva será culposa como erroneamente creram os subjetivistas. E para que não seja negado o direito de reparação à vítima pelos danos injustos, a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos omissivos é a que está em maior acordo com o Estado do século XXI, como garantidor dos direitos fundamentais.

O referido artigo constitucional é claro ao discorrer que o Estado responde, independente de culpa, pelas condutas comissivas ou omissivas que causarem danos a terceiros. O comportamento omissivo do Estado deve ser considerado como causa do dano, e não simples condição deste, como entende a corrente doutrinária subjetivista, anteriormente citada. Ademais, após a publicação do Código Civil de 2002, o art. 43 veio reforçar a ideia que a culpa e o dolo somente serão verificados em ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano.

4.2 Da divergência jurisprudencial

A responsabilidade civil por omissão também não é um tema pacificado na jurisprudência. O STJ tende a trilhar a concepção subjetivista na omissão estatal, enquanto o STF vem adotando visão oposta. No Supremo Tribunal Federal são muitos acórdãos que adotam a tese objetivista, inclusive alguns temas de repercussão geral, como a decisão que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever

específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, submete-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (RE 841526, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016)

De acordo com o relator Ministro Luiz Fux, “o tema que ora é posto em julgamento encerra um dos pilares do Direito Constitucional contemporâneo, a saber: a responsabilização do Estado pelos seus atos e omissões”. E alerta, que embora o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso.

Mesmo no STJ onde atualmente prevalece a responsabilidade subjetiva na omissão estatal, em certos casos à uma relativização. O tribunal tem proferido decisões no sentido de admitir a presunção da culpa, considerando a dificuldade do prejudicado em conseguir angariar elementos para demonstrar a culpa do Estado, havendo a inversão do ônus probatório. Em outras decisões, vem aplicando a responsabilidade objetiva mesmo nos casos de omissão estatal, como aqueles em que o próprio Estado cria a situação de risco ou nos casos em que haja uma relação de custódia.

Portanto, em situações excepcionais de risco anormal da atividade desenvolvida, o STJ, vem, admitindo a aplicação da responsabilidade objetiva, com fulcro no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, conforme decisão proferida no RESP 1869046/SP de relatoria do Ministro Herman Benjamin, onde a turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, os Srs. Ministros Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. FALECIMENTO DE ADVOGADO NAS DEPENDÊNCIAS DO FÓRUM. MORTE CAUSADA POR DISPAROS DE ARMA DE FOGO EFETUADOS POR RÉU EM AÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO ESTATAL EM ATIVIDADE DE RISCO ANORMAL. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Cuida-se, na origem, de "ação de indenização" em que se buscam o reconhecimento da responsabilidade civil e a condenação da Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento de danos materiais e morais em virtude do falecimento de advogado dentro do Fórum de São José dos Campos, decorrente de disparo de arma de fogo efetuado por réu em processo criminal, no qual a vítima figurava como patrono da parte autora. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos. O Tribunal de origem, por sua vez, reformou o decisum por entender que "não restou evidenciado (art. 333, I do CPC), à luz dos elementos trazidos aos autos, o nexo de causalidade a gerar a responsabilidade civil do Estado." NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ 2. Os fatos foram devidamente descritos no acórdão impugnado, razão pela qual não incide o óbice da Súmula 7/STJ no conhecimento do recurso. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO: HIPÓTESE EXCEPCIONAL QUANDO CARACTERIZADO RISCO ANORMAL DA ATIVIDADE 3. **A regra geral do ordenamento brasileiro é de responsabilidade civil objetiva por ato comissivo do Estado e de responsabilidade subjetiva por comportamento omissivo. Contudo, em situações excepcionais de risco anormal da atividade habitualmente desenvolvida, a responsabilização estatal na omissão também se faz independentemente de culpa (grifo nosso).**

4. **Aplica-se igualmente ao Estado a prescrição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de responsabilidade civil objetiva por atividade naturalmente perigosa, irrelevante seja a conduta comissiva ou omissiva.** O vocábulo "atividade" deve ser interpretado de modo a incluir o

comportamento em si e bens associados ou nele envolvidos. Tanto o Estado como os fornecedores privados devem cumprir com o dever de segurança, ínsito a qualquer produto ou serviço prestado. Entre as atividades de risco "por sua natureza" incluem-se as desenvolvidas em edifícios públicos, estatais ou não (p. ex., instituição prisional, manicômio, delegacia de polícia e fórum), com circulação de pessoas notoriamente investigadas ou condenadas por crimes, e aquelas outras em que o risco anormal se evidencia por contar o local com vigilância especial ou, ainda, com sistema de controle de entrada e de detecção de metal por meio de revista eletrônica ou pessoal.

5. A Resolução 104, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça determinou o controle de acesso das pessoas aos Tribunais, bem como a instalação de aparelhos de detecção de metal nas áreas de ingresso nos prédios dos fóruns. É incontestável nos autos que a porta do Fórum com detector de metal encontrava-se avariada e que não havia seguranças na entrada do estabelecimento público que pudessem inspecionar os que adentrassem o local.

6. Ademais, também presente o nexo causal, apto a determinar a responsabilização do Poder Público no caso concreto. Se não fosse por sua conduta omissiva, tendo deixado de agir com providências necessárias a garantir a segurança dos magistrados, autoridades, servidores e usuários da Justiça no Fórum Estadual, o evento danoso não teria ocorrido. É certo ainda que a exigência de atuação nesse sentido - de forma a impedir ou, pelo menos, dificultar que réu em Ação Penal comparecesse à audiência portando arma de fogo - não está, de forma alguma, acima do razoável. CONCLUSÃO

7. Recurso Especial provido. (REsp 1869046/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 26/06/2020) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2020).

Diante das jurisprudências proferidas pelos tribunais superiores, verifica-se que, embora em regra haja divergência quanto a teoria adotada para a responsabilização do Estado nos casos omissivos, em se tratando de risco criado pelo Estado, ou seja, nos casos que envolvam excepcionais riscos pela atividade habitualmente exercida, ela será sempre objetiva.

4.3 O nexo causal na responsabilidade civil por omissão

O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. É o liame que une a conduta do agente ao dano. Constitui elemento essencial para a responsabilidade civil. Seja qual for o sistema adotado no caso concreto, subjetivo (da culpa) ou objetivo (do risco), salvo em circunstâncias especialíssimas, não haverá responsabilidade sem nexo causal.

Sem dúvida é um dos mais difíceis temas da responsabilidade civil, mesmo nos casos comissivos, quanto mais nos casos omissivos. Pois, não é possível traçar por meio de regras abstratas um caminho retilíneo que forneça meios de se apurar, com razoável segurança, que o dano está ligado à omissão do Estado.

A norma prevista no ordenamento jurídico brasileiro para solucionar as questões vinculadas ao nexo causal é a do art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. No entanto, a referida disposição legal não trata de forma conclusiva a questão, pois, só se refere ao devedor, ou seja, à relação contratual. Enquanto as relações onde envolve a responsabilidade civil do Estado são extracontratuais.

Na responsabilidade civil extracontratual inexistente vínculo negocial preexistente, o fundamento da responsabilidade será um fato ou comportamento social que afasta a ordenação geral de bens. Já a responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.

A regra do art. 403 do CC é insuficiente para resolver os problemas do nexo causal na responsabilidade civil contratual, ainda mais, quando se trata de extracontratual. Da mesma forma, a jurisprudência, também não dá respostas uniformes ao problema do nexo causal, imperando em boa parte dos julgados, o subjetivismo. Pois tanto os tribunais como a doutrina são geralmente pouco precisos, e mesmo atécnicos na apuração do nexo causal, que normalmente se dá de forma não científica, casuística e até intuitiva.

Cabe esclarecer que inúmeras são as teorias que explicam o nexo causal, dentre elas destacam-se as três principais discutidas na doutrina e na jurisprudência: Teoria da Equivalência das Condições (*Conditio Sine Qua Non*), Teoria da Causalidade Adequada e Teoria da Causalidade Direta ou Imediata.

4.3.1 Teoria da Equivalência das Condições

A Teoria da Equivalência das Condições (*Conditio Sine Qua Non*), também denominada teoria do histórico dos antecedentes, teoria objetiva da causalidade ou teoria *sine qua non*, foi criada pelo alemão Von Buri no séc. XIX e consagra como causa do evento danoso tudo o que houver concorrido para o mesmo. Trata-se da compreensão do fenômeno causal sob a perspectiva naturalística, reconhecendo-se a indispensabilidade de cada fato para a produção do resultado.

À luz dessa teoria, todas as condições se equivalem, isto é, torna-se despidendo averiguar a maior ou menor distância entre a conduta do agente e os efeitos, pois toda a condição se converte em uma causa, por mais remota que seja a sua correlação com o dano. O comportamento pessoal é elemento *sine qua non* do resultado, ingressando na cadeia consequencial como necessário para o evento lesivo. Quer dizer, “utiliza-se o método da eliminação hipotética de Thyrén, para se concluir que o agente responde por todos os danos que não ocorreriam se mentalmente suprimido o fato” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019, p. 411).

A teoria é adotada pelo Código Penal brasileiro em seu art. 13, a qual hoje é aperfeiçoada pela teoria da imputação objetiva. Cabe ressaltar, contudo, que “seu alcance é vigorosamente reduzido em tal disciplina pela incidência do princípio da tipicidade e pela exigência de conduta dolosa ou culposa por parte do ofensor” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2019, p. 411).

Em direito civil, os críticos dessa teoria, são unânimes em apontar que ela conduz a “soluções aberrantes”, a uma “inevitável exasperação da causalidade”, regredindo a elementos remotíssimos e indiretos (condições das condições, ou pré-condições), e, por conseguinte, a um alargamento excessivo da responsabilidade. Por exemplo: se alguém é empurrado contra um muro protegido com cacos de vidro, nos quais fica gravemente ferido, não se pode dizer que o dono do muro foi o causador do prejuízo e que a circunstância de aqueles vidros estarem lá é equivalente ao empurrão.

Devido à dificuldade de aplicação, com a atribuição do dever de reparação até mesmo para aqueles com reduzida participação na cadeia de eventos, a teoria não foi adotada no Brasil para fins de responsabilidade civil. De acordo com Tartuce (2020) a aplicação da teoria não admitiria sequer as excludentes de ilicitude ou de nexo de causalidade. Nos casos de omissão, objeto deste estudo, seria impossível aplicar a referida teoria, devido à não coincidência entre a causalidade naturalística e o descumprimento do dever de evitar o resultado, este apreendido pelo direito como verdadeira causa do dano.

4.3.2 Teoria da Causalidade Direta ou Imediata

A Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, também chamada de Teoria da Interrupção do Nexo Causal, foi criada pelo brasileiro Agostinho Alvim e determina que causa é apenas o fato antecedente que ligado por um vínculo de *necessariedade* ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. É de mais fácil aplicação e necessita de uma relação direta e imediata entre o comportamento e o resultado.

A teoria é a única que encontra guarida no Código Civil, de acordo com o art. 403 “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Parte da doutrina defende que essa teoria foi acolhida no Direito brasileiro, tanto no campo da responsabilidade negocial quanto da extracontratual, em virtude da redação do artigo.

O dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Sob o ângulo da segurança jurídica, o conceito de “*necessariedade*” é mais objetivo do que o de “*adequação*” da teoria da causalidade adequada: enquanto para esta a vinculação causal depende de uma apreciação abstrata sobre o conhecimento do agente ou do “homem médio” sobre o potencial lesivo da conduta para considerá-la causa do evento, a *necessariedade* avalia em concreto o que une a conduta A ao dano B.

Para isso, a ligação entre causa e dano deve subsistir mesmo distante no tempo. Basta que essa ligação não tenha se rompido em razão do aparecimento de outra causa (mais *imediata*) que se ligue de maneira mais *direta* com o dano, exonerando o primeiro agente a menos que comprovado que ambas tenham sido igualmente necessárias. A ausência de interrupção dessa conexão de *necessariedade* é, pois, o ponto fundamental da teoria, defendida, entre outros, por Agostinho Alvim, Antônio Chaves, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Heineck Schmitt, Gisela Sampaio da Cruz, Gustavo Tepedino, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. No âmbito da jurisprudência, é possível encontrar precedentes judiciais que invocam a tese, inclusive nos tribunais superiores, mas não se pode considerá-la prevalente.

A despeito da teoria do dano direto e imediato se aproxime da teoria da causalidade adequada, havendo uma pequena e sutil diferença entre as duas

vertentes. A teoria do dano direto e imediato trabalha mais com as exclusões totais de responsabilidade, ou seja, com a obstrução do nexo causal. Por outra via, a teoria da causalidade adequada lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso.

A doutrina e a jurisprudência nacionais têm se inclinado a favor da teoria da causalidade adequada, mais compatível com a tutela dos direitos das vítimas de eventos danosos. Pois, “a rigidez da norma pode gerar flagrantes injustiças naquelas situações em que concretamente existam danos injustos que evidentemente resultam no comportamento do agente” (BRAGA NETTO; ROSENVALD; FARIAS, 2019, p. 477).

4.3.3 Teoria da causalidade adequada

A Teoria da Causalidade Adequada desenvolvida pelo fisiólogo alemão Johannes von Kries, a partir da obra de Ludwig von Bar, determina que causa não é “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, mas sim apenas o fato antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Analisa-se, pela probabilidade, qual antecedente é abstratamente apto a gerar o dano ocorrido. Ou seja, quanto maior a probabilidade que uma causa apresente para gerar um dano, mais adequada ela é em relação a esse dano. Diante de uma pluralidade de causas, perquire-se qual delas, em tese, pode ser apta a causar o resultado; posteriormente, questiona-se se ela é também hábil segundo as leis naturais.

O exemplo clássico da aplicação da teoria da causalidade adequada vem da leve pancada desferida por A na cabeça de B. Se A não tinha conhecimento que B possuía uma malformação parietal, que o tornava mais frágil que a maioria das pessoas para resistir a eventos dessa espécie, não se pode dizer que a pancada é causa adequada para o evento morte, porque ordinariamente este resultado não ocorreria.

De forma mais resumida, um dos defensores da teoria, Flávio Tartuce (2020, p.319), explica que “somente o fato ou os fatos relevantes para o evento danoso geram a responsabilidade civil e o consequente dever de reparar”. E por amparar-se em análise probabilística e em resultados anteriores dados pela experiência, a teoria da causalidade adequada ostenta um forte viés empirista, sendo adotada por boa parte da doutrina. Pode-se destacar, entre seus defensores, Flávio Tartuce, Sergio

Cavaliere Filho, Ruy Rosado de Aguiar Jr., Paulo de Tarso Sanseverino, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto.

Parece prevalecer, igualmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conclusão esta a que se chega em virtude do maior número de julgados que a invocam como fundamento. No mesmo sentido é o enunciado n. 47, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual o artigo 945 do Código Civil não exclui a teoria da causalidade adequada (TARTUCE, 2020).

Apesar de poder ser considerada como majoritária no cenário nacional, a teoria não está isenta de críticas. Seus opositores argumentam que ela se mostra demasiadamente abstrata (pois fundada em um juízo retroativo de probabilidade, naturalmente incerto), o que gera dúvidas e dificuldades em sua aplicação (TARTUCE, 2020, p. 321). De fato, há insuficiência de critérios objetivos genéricos para balizar a atuação do operador do Direito, que precisará examinar as peculiares circunstâncias de cada caso concreto para formar sua convicção acerca do nexo causal. Contudo, deve-se ressaltar que as teorias anteriormente tratadas igualmente deixam de oferecer critérios gerais estáveis, além de não demonstrarem viabilidade prática.

Tais fatores conduzem à conclusão de que a teoria da causalidade adequada, apesar de suas deficiências, é mais indicada para reger a análise do nexo de causalidade. Além disso, “a teoria lida melhor com o fenômeno da concausalidade (contribuição de diversos fatores para um mesmo resultado)” (TARTUCE, 2020, p. 325). Com efeito, a complexidade da sociedade contemporânea, com processos dinâmicos de produção e circulação de bens, serviços e pessoas, conclama a aplicação de teorias que levem em consideração os distintos graus de colaboração dos sujeitos para determinado resultado.

Dirimida a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação da responsabilidade objetiva nos casos específicos e excepcionais de omissão Estatal, como as que envolvem atividades habitualmente de risco, hipótese prevista no art. 927 do Código Civil e analisada as principais teorias que explicam o nexo causal. No próximo capítulo faremos uma análise dos riscos e danos enfrentados pelos profissionais de saúde no âmbito da pandemia do coronavírus, especialmente, os impactos causados pela escassez e inadequação de EPIs.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO FORNECIMENTO DE EPIs AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Os profissionais de saúde habitualmente são expostos a uma elevada carga viral, o risco de contaminação por agente biológico faz parte da sua rotina. A atividade desenvolvida em ambiente hospitalar ou ambulatorial, sem dúvida submete esses profissionais a um grau de risco habitualmente elevado. Risco esse potencialmente agravado em decorrência da pandemia do coronavírus que provocou o colapso sanitário e hospitalar no país. E como foi tratado no capítulo anterior, em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação do artigo art. 37, § 6º, da CF para os atos omissivos do Estado. A responsabilidade sempre será objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

5.1 Análise dos Riscos no enfrentamento da pandemia da COVID-19

O mundo foi impactado por uma das maiores pandemias desde a gripe espanhola de 1918. O primeiro caso do coronavírus (COVID-19) foi identificado na cidade de Wuhan, província de Hubei, República Popular da China em dezembro de 2019. E em seguida vem a declaração da pandemia da COVID – 19, na data de 11 de março de 2020, a informação foi confirmada pelo seu diretor-geral, Tedros Adhanom Ghebreyesus. Desde a declaração da pandemia até o presente momento o Brasil vem se destacando negativamente no cenário internacional, atualmente, está classificado pela base de dados da OMS, como o segundo país com o maior número de mortes do planeta, ficando atrás apenas, dos Estados Unidos (WHO, 2021).

Na linha de frente e em contato direto com a população, os profissionais de saúde sem dúvida são os que mais têm sofrido com a pandemia, sendo constantemente expostos ao risco de contaminação pelo vírus da COVID-19. Essa tem sido a percepção extraída dos diversos estudos e levantamentos realizados no atual panorama de continuidade, criticidade e agravamento da pandemia em território nacional.

Segundo boletim epidemiológico publicado pelo Ministério da Saúde em 20 de agosto de 2021, foram notificados 534.527 casos de SG suspeitos de COVID-19 em profissionais de saúde. Destes, 137.546 (25,7%) foram confirmados para COVID-19. As profissões de saúde com maiores registros dentre os casos confirmados de SG

por COVID-19 foram técnicos/auxiliares de enfermagem (40.841; 29,7%), seguidos de enfermeiros e afins (23.083; 16,8%) e médicos (14.644; 10,6%). Dos 2.266 casos notificados de SRAG hospitalizados em profissionais de saúde, 640 (28,2%) evoluíram para o óbito, a maioria (610; 95,3%) por COVID-19. Dos óbitos por SRAG confirmados por COVID-19, as categorias profissionais que se destacaram foram técnico/auxiliar de enfermagem (155; 25,4%), médico (88; 14,4%) e enfermeiro (59; 9,7%, respectivamente), até a SE 32. O sexo feminino foi o mais frequente, com 362 (59,3%) óbitos registrados de SRAG por COVID-19 em profissionais de saúde (PAINEL, 2021).

Ainda, com relação à contaminação e óbitos dos profissionais de saúde, de acordo com dados disponibilizados pelo COFEN até agosto de 2021 foram relatadas 863 mortes de profissionais de enfermagem e 58.160 contaminados (COFEN, 2021). Sozinho, o Brasil responde por 30% das mortes de enfermeiras (os) no planeta, segundo a organização mundial que reúne os conselhos nacionais, o International Council of Nurses (ICN).

Os números são alarmantes e apontam na direção do Estado, como incapaz de gerir uma das maiores crises sanitárias vividas pelo país. Notadamente, de fornecer proteção mínima para os profissionais de saúde que estão lidando diretamente com o problema e tentando minimizar os danos à população. Essa tem sido a crítica realidade detectada pelos levantamentos e estudos realizados desde o início da pandemia.

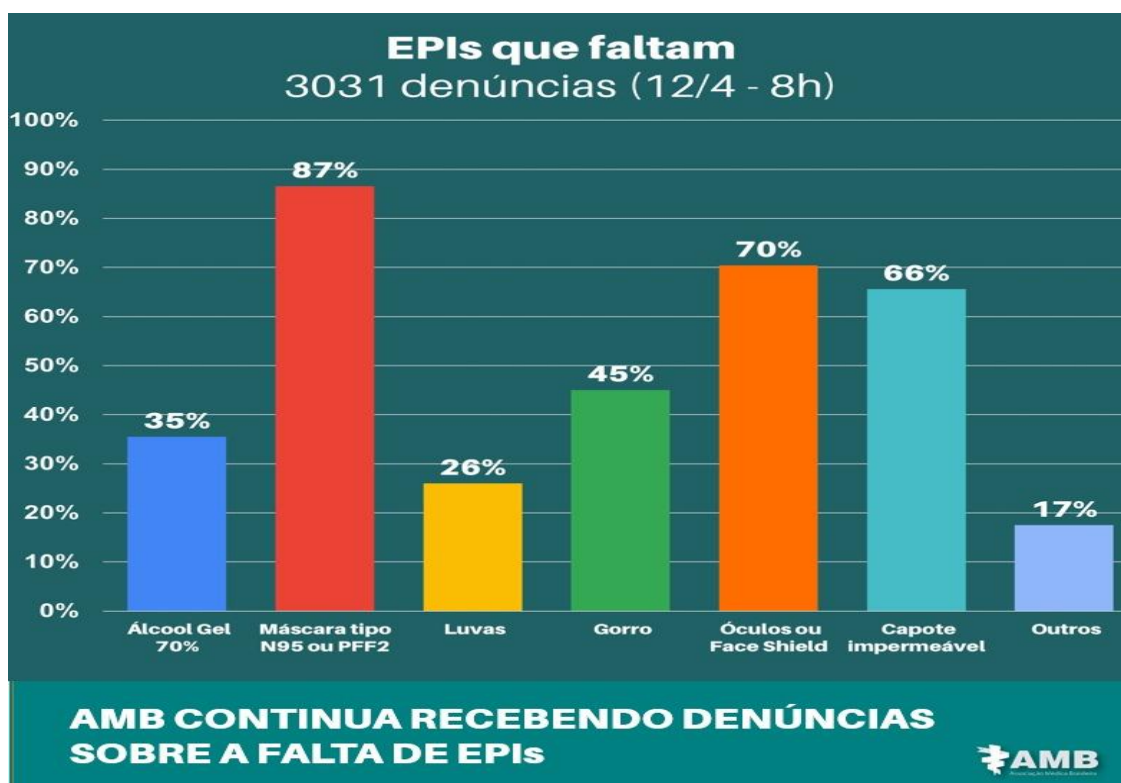
No lançamento da plataforma online de denúncias do CFM – Conselho Federal de Medicina, realizado entre 30 de março e 6 de maio, um total de 1.563 médicos registrados nos conselhos acessaram a base. E os médicos que atuam em unidades de saúde que prestam assistência a casos confirmados e suspeitos de COVID-19 denunciaram ao Conselho Federal de Medicina (CFM) quase 17 mil inconformidades na infraestrutura de trabalho oferecida por gestores (públicos e privados) de todo o País.

Entre as principais ‘faltas’ identificadas pelo CFM em 2.166 serviços de saúde, estão a falta de máscaras N95 (ou equivalente), assim como de outros equipamentos de proteção individual (EPIs); a insuficiência ou completa ausência de kits de álcool gel ou 70%, de exames para COVID-19; e a carência de equipes de enfermagem (enfermeiros e técnicos). Segundo os médicos denunciantes, quase 85% das unidades em que atuavam prestando serviço ao Sistema Único de Saúde (SUS), 10%

eram privados, 3,4% eram filantrópicos e 1,7% não foi identificada a natureza do serviço (CFM, 2020).

Entre os relatórios divulgados no primeiro ano da pandemia, está o da Associação Médica Brasileira (AMB), que criou um canal para os profissionais de saúde reportarem falta de Equipamentos de Proteção Individual (EPI). Conforme apuração divulgada em agosto de 2020, foram recebidas 3031 denúncias por falta de EPIs, dentre eles, álcool gel, máscaras N95, luvas, gorro, óculos e capote, conforme Figura 1 abaixo:

Figura 1: EPIs que faltam: 3031 denúncias (12/4 – 8h)



Fonte: Associação Médica Brasileira (AMB), 2020.

A AMB também divulgou impressionantes denúncias, que demonstram a situação caótica vivida por esses profissionais no contexto da pandemia, vejamos alguns desses relatos:

De Salvador (BA)

O hospital iniciou enfermaria exclusiva para pacientes suspeitos ou confirmados para COVID-19 (enfermaria 4A). Entretanto, o hospital não está fornecendo roupa privativa nem capa adequada para os plantonistas que prestam atendimento aos pacientes. Apenas disponíveis 3 capas

impermeáveis, apenas, em caso de necessidade de PCR e IOT, para toda a equipe.

De Areal (RJ)

Estão segurando os EPIs com funcionários do administrativo e fiscalização e não enviando para alguns setores da área de saúde como postos de saúde da família e sala de vacinação. Álcool gel fornecido aos profissionais de saúde está vencido desde 12/2018.

De São Paulo (SP)

O hospital está nos obrigando a utilizar a mesma máscara N95 desde o início da pandemia! E eles se recusam a trocar as nossas máscaras que antes tinha validade de 7 dias, agora estão nos obrigando a utilizar a máscara por tempo indeterminado! E os óculos de proteção não vedam os olhos e os cordões que seguram não são de silicone, são de pano!

De Sapucaia do Sul (RS)

A direção e coordenação estão proibindo os funcionários de utilizar seus EPIs e dando advertência aqueles que fazem o uso. Dizem que não é preconizado pela instituição (EPI, 2020).

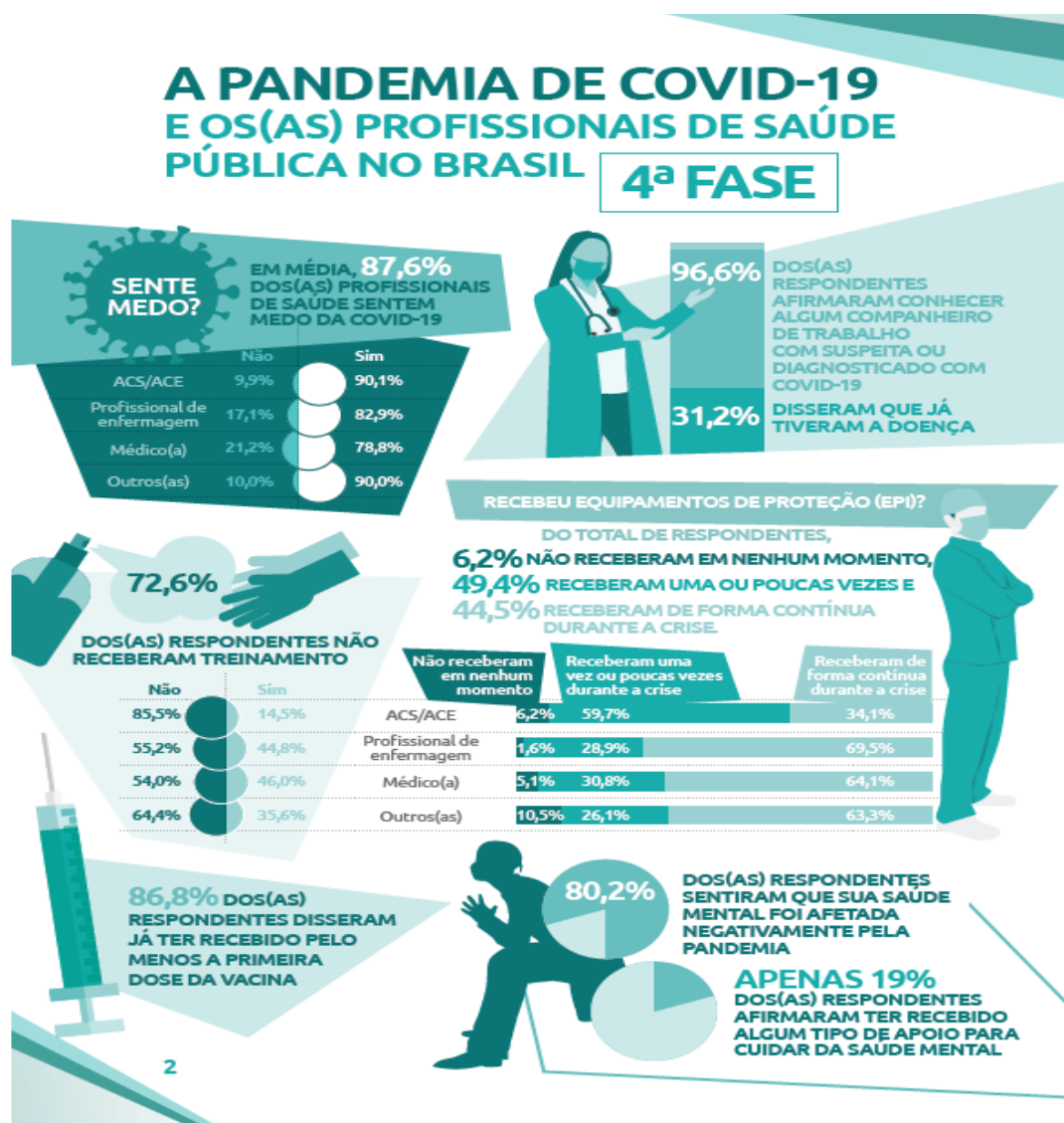
Para compreender sob quais condições os profissionais de saúde pública estão atuando e a realidade que vem sendo denunciada pelos conselhos profissionais de saúde, o Núcleo de Estudos da Burocracia (NEB/FGV-EAESP), em parceria com a Fiocruz e a Rede COVID-19, realizou um importante estudo que apresenta de forma sintética os resultados extraídos de um *survey online* realizado com 1.829 profissionais de saúde pública no Brasil que atuam em todas as unidades da Federação (UF).

De acordo com os resultados apresentados na quarta etapa desse estudo, 87,6% dos profissionais de saúde sentem medo pelo novo coronavírus; 96,6% afirmaram conhecer algum colega de trabalho com suspeita ou diagnosticado com COVID-19 e 31,2% informaram que já foram contaminados com a doença; 49,4% disseram que têm recebido EPIs de forma contínua, 44,4% alegaram ter recebido uma ou poucas vezes e 6,2% informaram que não receberam em nenhum momento durante o último ano de pandemia no país; 72,6% não receberam treinamento; 80,2% alegaram que a saúde mental foi afetada e apenas 19% recebeu algum tipo de apoio (LOTTA et. al, 2021).

Após análise dos dados coletados, o Núcleo de Estudos da Burocracia conclui que as condições materiais de trabalho não apresentam padrão razoável capaz de proporcionar um ambiente adequado durante a pandemia de COVID-19. Os profissionais responderam majoritariamente que experimentaram sentimentos negativos durante o trabalho, o que sugere um cenário crítico de atuação, com destaque para o estresse/ansiedade, medo, cansaço e tristeza. A ameaça “invisível”, a imprevisibilidade da doença e o iminente colapso do sistema são narrados pelos entrevistados como principais catalizadores das sensações de insegurança e o medo

de contaminação, não apenas deles, mas de entes queridos como familiares, amigos e colegas de trabalho, conforme demonstrado na figura 2 abaixo.

Figura 2: A Pandemia de COVID-19 e os(as) Profissionais de Saúde Pública no Brasil



Fonte: Núcleo de Estudos da Burocracia (NEB/FGV-EAESP), 2020.

Diante de todo o levantamento apresentado realizado por organizações da saúde como a OMS, Conselho Profissionais como o COFEN e CFM e ICN, a AMB e o Ministério da Saúde do Brasil verifica-se que o Brasil está entre os países que se destacam negativamente no controle da pandemia e que o número de contaminação e óbitos dos profissionais de saúde pela COVID-19 é um dos maiores do mundo.

Os levantamentos igualmente apontam deficiência na atuação do Estado. Alguns deles destacam que a incidência das denúncias é muito maior na rede pública de hospitais. Majoritariamente, relatam os profissionais a ausência de medidas protetivas, com a escassez de EPIs e de insumos básicos, dentre eles, máscaras N-95, álcool gel, exames para COVID-19, treinamento e suporte neste momento crítico da pandemia.

Quanto aos danos, eles atingem não apenas fisicamente os profissionais, mas também psicologicamente. A Secretaria de Saúde do Governo do Distrito Federal alerta para os fatores de risco a que sujeitos os profissionais de saúde diretamente ligados ao atendimento dos casos de COVID-19:

Estigmatização por trabalhar com pacientes com COVID-19 e com medidas de biossegurança estritas; alguns profissionais podem sofrer hostilidade ou serem evitados por familiares ou pessoas da comunidade; Restrição física de movimentação pelo equipamento; Isolamento físico, dificultando oferecer conforto a alguém que esteja doente; Estado de alerta e hipervigilância constante; Perda de autonomia e espontaneidade; Necessidade de adaptação a novas formas de trabalho; Frustração por não conseguir atender e resolver todos os problemas que chegam a você; Aumento de demanda de trabalho, com maior número de pacientes, de horas em serviço, e a necessidade de atualização constante quanto às melhores práticas no tratamento da doença; Redução da capacidade de obter suporte social, pela carga de trabalho pesada; Dificuldade ou falta de energia para manter o autocuidado; Informação insuficiente sobre exposição por longo prazo a indivíduos com COVID-19; Medo de transmitir a doença a familiares em consequência do trabalho executado. Além dos riscos de desenvolvimento de reações e transtornos da população geral, já citados anteriormente, existe ainda a possibilidade de Síndrome de Burnout, que engloba a sensação de esgotamento, distanciamento emocional e perda de sentido de realização profissional. Esta síndrome está relacionada a diversos fatores internos e externos na relação da pessoa com o trabalho. Outra possibilidade é o Estresse traumático secundário, em que a pessoa apresenta os sintomas de Estresse pós-traumático ao entrar em contato com traumas vivenciados por outras pessoas (Governo do Distrito Federal, 2021).

Implementar medidas protetivas de segurança para o profissional de saúde impacta a saúde do trabalhador, tanto física como mental, pois a segurança no trabalho certamente proporciona mais conforto. Algumas diretrizes para a gestão dos profissionais de saúde foram propostas pelos pesquisadores Adriano Massuda, Ana Maria Malik, Walter Cintra Ferreira Junior, Gonzalo Vecina Neto e Miguel Lago e Renato Tasca do Instituto de Estudos para Políticas de Saúde, na nota técnica publicada “Pontos chave para Gestão do SUS na Resposta da Pandemia à COVID-19”. As recomendações foram feitas com o objetivo de auxiliar gestores do SUS em âmbito local/regional na resposta à pandemia provocada pelo coronavírus, entre elas:

- Reforçar a segurança dos profissionais de saúde, em razão da sobrecarga de trabalho, do estresse emocional e do alto percentual de infecção pelo coronavírus, como tem sido observado em outros países.
- Oferecer treinamento para profissionais de saúde realizarem atendimento, com proteção e em segurança, aos pacientes de COVID-19 e aos demais.
- Garantir disponibilidade de EPIs e reforçar o treinamento para a sua utilização adequada.
- Enfatizar continuamente a relevância e as técnicas para a higienização de mãos, garantindo insumos para sua execução.
- Criar ambientes adequados para atendimento, com ventilação apropriada, serviços de limpeza, etc.
- Identificar e recrutar contingente de profissionais de saúde para reposição nas equipes de atenção que apresentarem desfalque pela contaminação e afastamento de seus componentes.
- Oferecer serviços de saúde mental para profissionais de saúde e construir propostas para enfrentar o *burnout* dos trabalhadores de saúde: centrais de escuta com voluntários treinados, técnicas simplificadas de meditação, entre outros.
- Evitar improvisação na disponibilidade de profissionais sem capacitação adequada, principalmente nas atividades tecnicamente mais complexas.
- Estimular, como verificado em outros países, a adesão de voluntários para atividades não consideradas técnicas (transporte de pessoal e familiares, por exemplo).
- Oferecer opções de alojamento aos profissionais de saúde para que não exponham seus familiares (MASSUDA et. al, 2020).

O meio ambiente saudável de trabalho e seguro é benéfico não apenas para os trabalhadores, mas também para os pacientes hospitalizados, a família desses profissionais e a sociedade como um todo. Todos perdem com o descaso Estatal, portanto tratar a fundo essas questões, sob a perspectiva do direito pode trazer algumas soluções para se reduzir os impactos da pandemia, notadamente, sobre os profissionais de saúde.

5.2 O direito fundamental à saúde

A problemática que vem sendo imposta pelo Poder Público frente ao combate à pandemia do coronavírus, ultrapassa as fronteiras do direito constitucional brasileiro, vai muito mais além, a partir do princípio que a saúde não diz respeito apenas a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos, e sim, a um grupo humano ou a toda a humanidade, fenômeno decorrente do processo de internacionalização da vida social. Como o direito à saúde é universal se fala em um direito internacional sanitário, a sua efetivação se dá dentro do próprio Estado ou sobre ele, o Estado não é mais o único produtor do direito, isto é um fenômeno que se observou após o sistema das Nações Unidas.

Um dos pontos positivos da globalização *versus* a transnacionalização das doenças transmissíveis, foi a criação de um organismo para tratar da questão sanitária global, a Organização Mundial da Saúde que deve auxiliar os Estados na preservação da saúde e ainda evitar surtos epidêmicos que passem a escala nacional ou global. Foi no âmbito que a saúde foi reconhecida como um direito humano em 1946, “como o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos”.

No Brasil, somente com o advento da Constituição de 1988 a saúde se elevou ao nível de direito fundamental garantido na Carta Maior em seu art. 6^a juntamente com um conjunto de direitos sociais. O que possibilitou a sua institucionalização normativa, através de normas e diretrizes que seriam desenvolvidas nos anos seguintes, cuja expressão mais significativa foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Anteriormente, a assistência médica era de responsabilidade do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e se tinha uma divisão dos brasileiros em categorias: os que tinham direito à saúde pública por serem contribuintes da previdência social; aqueles que podiam pagar por serviços de saúde privados; e os que não possuíam direito algum.

O SUS tornou possível a universalização da saúde contida na norma constitucional prevista no art. 196 e demonstrou ser de grande valia durante a pandemia da COVID-19, garantindo à grande parte da população o acesso gratuito à rede pública de saúde. Ainda mais, quando se fala em uma população como a brasileira de aproximadamente 217 milhões de habitantes, onde apenas 47 milhões (22%) são beneficiários de planos privados de saúde, segundo os últimos dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde (ANS) em dez/2020 (ANS, 2021).

O contrassenso é que hoje o SUS seja a esperança do Poder Público para se lidar com a pandemia, um sistema que já vinha enfrentando graves problemas como falta de leitos de UTI, insumos, profissionais, investimentos financeiros (apenas 3,6% do orçamento do governo federal em 2018) e grande espera para atendimento. Em três décadas o SUS perdeu o equivalente à metade dos recursos financeiros federais de que dispunha quando foi criado. Além desse subfinanciamento crônico do SUS, o país passou a experimentar um processo de desfinanciamento do seu sistema universal de saúde desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016 (EC 95), que congelou o gasto público por 20 anos.

As dificuldades enfrentadas pelo SUS são acentuadas na medida que a história vem mostrando que o Poder Público busca transferir a responsabilidade das epidemias para a própria população e não promove políticas contínuas de prevenção à doença que continua a infectar um número alarmante de pessoas todos os anos. O Brasil possui uma experiência permanente no que concerne a algumas endemias, como nos casos de dengue e não consegue erradicar a doença no país.

Nos termos do art. 196 da CF/88

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.

A garantia constitucional à saúde e à redução do risco de doença impõe ao Estado um dever de proteção equivalente a uma proibição de omissão (*Untermassverbot*) devendo agir ativamente para reduzir os riscos à saúde da população e mitigar os danos causados pela pandemia. Nas palavras de Ana Beatriz Cavalcanti (2019), a constituição é mais que um projeto inspirador, ela precisar ser implementada.

Diante de todos os desafios que o SUS já vinha enfrentando, para Bousquat (2021) o adoecimento dos trabalhadores e a sobrecarga exercida no sistema de saúde são uma realidade que só tem se agravado com a situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus.

5.3 O direito constitucional de redução dos riscos inerentes ao trabalho

O direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho foi assegurado na Carta Magna em seu art. 7º, inc. XXII, assim como, a segurança e a saúde do trabalhador está prevista no art. 6º e o direito do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado nos art. 225, caput, c/c art. 200, VIII. A normatividade inscrita na Constituição Federal de 1988 demonstra a consciência acerca da necessidade da real proteção da saúde dos trabalhadores, inclusive dos profissionais de saúde, com a efetiva redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, com vistas ao reconhecimento do valor do trabalho humano.

O princípio fundamental da ordem social é a valorização do trabalho humano (art. 170, caput, CF), o trabalho dos profissionais de saúde deve ser realizado como

meio de sobrevivência, sem que o trabalhador tenha que pagar com a própria saúde ou integridade física para a percepção da contraprestação salarial. O direito a uma existência com dignidade e qualidade de vida, tanto no aspecto físico-biológico quanto psíquico-social é um dos fundamentos da República, previsto no art. 1º, III, CF, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dos princípios da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, aliados ao próprio direito à proteção do meio ambiente em geral (art. 225, *caput*, CF) surge o direito ao meio ambiente do trabalho saudável. Para Amauri e Sônia Mascaro Nascimento (2014), entre os direitos fundamentais do trabalhador está a proteção à vida e à integridade física, que começa pela preservação do meio ambiente do trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção legal ao meio ambiente de trabalho encontra-se respaldada em diversos textos legais, frisa-se o art. 157 da CLT, que trata das medidas voltadas à garantia da saúde e segurança do trabalho, que se concretizam em medidas protetivas administrativas, de engenharia, coletivas e individuais, as quais constituem piso normativo, aplicável aos trabalhadores públicos e privados, inscrito nas Normas Regulamentadoras editadas segundo os arts. 155 e 200 da CLT, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente Secretaria de Inspeção do Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia).

No plano internacional, destacam-se as prescrições expressas na Convenção 155 da OIT de que "a adoção de medidas necessárias para a promoção da segurança no trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes e danos para a saúde" (art. 3º e 4º), como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, impondo em seu art. 12, que seja viabilizada "a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente" e seu artigo 7º assegura aos trabalhadores "a segurança e a higiene no trabalho".

Percebe-se que o ordenamento jurídico dedica especial importância (em relação) à proteção da saúde e segurança do trabalhador, cabendo ao empregador adotar medidas que visem à redução do número de acidentes do trabalho, podendo responder civilmente caso seu empregado venha a se acidentar em virtude de o meio ambiente de trabalho estar em desconformidade com o que prevê a legislação.

5.4 Normas reguladoras dos Equipamentos de Proteção Individual – EPIs

Nos capítulos anteriores foi visto que quando o empregado é admitido pelo empregador, leva consigo uma série de bens jurídicos (vida, saúde, capacidade de trabalho, etc.), os quais deverão ser protegidos por este último, com adoção de medidas de higiene e segurança para prevenir doenças profissionais e acidentes no trabalho.

No Brasil o antigo Ministério do Trabalho e Emprego através da Portaria Nº 3.214, de 08 de junho de 1978, aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Dentre as referidas normas está a NR6 que aborda o uso de Equipamento de Proteção Individual – EPI e as responsabilidades de empregadores, empregados e fabricantes. Segundo a Norma Regulamentadora - NR 6 considera-se Equipamento de Proteção Individual - 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 trabalhador.

De acordo com a NR6 a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias: a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho; b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e, c) para atender a situações de emergência.

Além do fornecimento, o empregador deve fiscalizar o uso dos EPIs e promover a segurança de seus subordinados, protegendo dessa forma a saúde e a segurança destes, conforme previsão desses direitos expressamente estampados nos artigos 6º e 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, bem como, na Norma Regulamentadora - NR 4 (publicada pela Portaria MTB nº 3.214, de 08 de junho de 1978), que estabelece em seu artigo 4.1, que as empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT manterão, obrigatoriamente, Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho.

Os direitos previstos nas NR 4 e 6 da Portaria do MTB n. 3214 são extensivos aos servidores públicos em geral, mesmo aqueles que não são regidos pela CLT, por

força do art. 39, § 3º da Constituição da República que garante aos servidores públicos os mesmos direitos dos trabalhadores em geral, em especial ao que tange o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna.

O risco a que estão submetidos os profissionais de saúde que atuam no enfrentamento do coronavírus é de alta gravidade. O coronavírus foi classificado como agente biológico da classe de risco 3 (segundo a Classificação de Risco dos Agentes Biológicos, publicada em 2017, pelo Ministério da Saúde), com potencial risco à saúde humana, o que demanda a observância, conforme as orientações do próprio Ministério da Saúde, de medidas administrativas, de engenharia e de proteção coletiva e individual.

Diante do grau de risco, o uso de EPIs é altamente recomendado para os profissionais de saúde que atuam na linha de frente do combate ao coronavírus, pois, comprovadamente reduz a possibilidade de contágio. Destaca-se entre as normas proferidas no estado de emergência, a Nota Técnica nº 04/2020 GVIMS/GGTES/ANVISA, que dispõe sobre as orientações para serviços de saúde:

Orientar os profissionais do serviço de saúde sobre como usar corretamente a máscara assim como, tempo de uso; trocas; e forma correta de descarte.

Observação 1: A máscara de tecido NÃO é um EPI, por isso ela NÃO deve ser usada por profissionais de saúde ou de apoio quando se deveria usar a máscara cirúrgica (em áreas de assistência à pacientes ou quando contato direto, a menos de 1 metro de pacientes) ou quando se deveria usar a máscara N95/PFF2/ equivalente (durante a realização de procedimentos potencialmente geradores de aerossóis), conforme especificado no Quadro 1 desta Nota Técnica (página 40). Embora a máscara de tecido não deva ser utilizada em unidades assistenciais, ela pode ser utilizada nas áreas exclusivamente administrativas dos serviços de saúde (desde que as pessoas que atuem nessas áreas não tenham contato com pacientes), pois o risco de contaminação pelo SARS-CoV-2 nessas áreas exclusivamente administrativas é semelhante ao da população geral.

Observação 2: Os EPI devem ser imediatamente removidos após a saída do quarto, enfermaria, box ou área de isolamento. Porém, caso o profissional de saúde saia de um quarto, enfermaria ou área de isolamento para atendimento de outro paciente com suspeita ou confirmação de infecção pelo SARS-CoV-2, na mesma área/setor de isolamento, logo em seguida, não haveria necessidade de trocar gorro (quando necessário utilizar), óculos ou protetor facial e máscara. Neste caso, ele deve obrigatoriamente trocar avental e luvas, lembrando sempre de realizar a higiene das mãos imediatamente após a retirada das luvas (ANVISA, 2020).

A Norma Regulamentadora - NR-32, publicada pela Portaria MTE nº 485, voltada para a segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde, também estabelece importantes diretrizes para a implementação de medidas de proteção aos profissionais de saúde, traz itens voltados especificamente aos riscos biológicos

(32.2.1 a 32.2.4.17.7). As orientações abrangem questões de higienização, vestimentas, Equipamentos de proteção individual – EPI e capacitação:

32.2 Dos Riscos Biológicos

32.2.1 Para fins de aplicação desta NR, considera-se Risco Biológico a probabilidade da exposição ocupacional a agentes biológicos.

32.2.1.1 Consideram-se Agentes Biológicos os microrganismos, geneticamente modificados ou não; as culturas de células; os parasitas; as toxinas e os príons.

[...]

32.2.4.7 Os Equipamentos de Proteção Individual - EPI, descartáveis ou não, deverão estar à disposição em número suficiente nos postos de trabalho, de forma que seja garantido o imediato fornecimento ou reposição.

32.2.4.8 O empregador deve:

- a) garantir a conservação e a higienização dos materiais e instrumentos de trabalho;
- b) providenciar recipientes e meios de transporte adequados para materiais infectantes, fluidos e tecidos orgânicos.

32.2.4.9 O empregador deve assegurar capacitação aos trabalhadores, antes do início das atividades e de forma continuada, devendo ser ministrada:

- a) sempre que ocorra uma mudança das condições de exposição dos trabalhadores aos agentes biológicos;**
- b) durante a jornada de trabalho;
- c) por profissionais de saúde familiarizados com os riscos inerentes aos agentes biológicos.

32.2.4.9.1 A capacitação deve ser adaptada à evolução do conhecimento e à identificação de novos riscos biológicos e deve incluir:

- a) os dados disponíveis sobre riscos potenciais para a saúde;
- b) medidas de controle que minimizem a exposição aos agentes;
- c) normas e procedimentos de higiene;
- d) utilização de equipamentos de proteção coletiva, individual e vestimentas de trabalho;
- e) medidas para a prevenção de acidentes e incidentes;
- f) medidas a serem adotadas pelos trabalhadores no caso de ocorrência de incidentes e acidentes.

[...]

32.3.9.4.3 Devem ser elaborados manuais de procedimentos relativos a limpeza, descontaminação e desinfecção de todas as áreas, incluindo superfícies, instalações, equipamentos, mobiliário, vestimentas, EPI e materiais.

32.3.9.4.3.1 Os manuais devem estar disponíveis a todos os trabalhadores e à fiscalização do trabalho.

A NR 32 obriga os serviços de saúde a adequarem os ambientes de trabalho e a fornecer todos os materiais e EPIs necessários a fim de assegurar a proteção dos trabalhadores. Também obriga a capacitação contínua dos profissionais quanto ao risco e às medidas de proteção e controle que devem ser adotadas. Ainda, exige que o serviço de saúde elabore e implante diferentes procedimentos para o controle do ambiente de trabalho e para a prevenção e o acompanhamento de doenças que podem surgir nesses trabalhadores.

O uso de equipamentos de proteção individual também é altamente recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e no Brasil, pelo Ministério da Saúde, que aconselha por exemplo, o uso da máscara N95, que filtra 95% de partículas no ar, durante procedimentos geradores de aerossóis, como intubação ou aspiração traqueal.

Vale destacar as recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais proferida pelo Ministério da Saúde, notadamente as orientações sobre os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs)

Em que pese a maior eficiência das medidas de proteção coletivas, o uso de EPI é imprescindível para minimizar os riscos de contato de trabalhadores de saúde com o vírus SARS-CoV-2. Garantir o acesso aos EPIs recomendados a todos os trabalhadores e em quantidade e qualidade é responsabilidade do empregador, seja ele público ou privado, em regime de CLT ou estatutário. Como também é obrigação do empregador o treinamento adequado dos trabalhadores, a supervisão do uso adequado e a manutenção e reposição necessários segundo o fabricante. É importante notar que esses EPIs precisam estar disponíveis em tamanho adequado aos usuários. Ressalta-se a necessidade do uso racional de EPI nos serviços de saúde, pois trata-se de um recurso finito e imprescindível para oferecer segurança aos profissionais durante a assistência. Os tipos de equipamentos necessários para a prevenção do COVID-19 nos serviços de saúde são baseados nas tarefas executadas, mas de maneira geral, todos os EPIs devem: ser selecionados com base no risco biológico a que os trabalhadores estão expostos; estarem regularizados junto aos órgãos certificadores e à Anvisa; ser usados adequadamente; ser higienizados e/ou descartados periodicamente, conforme recomendações técnicas e serem inspecionados, reparados e substituídos de acordo com instruções do fabricante. É importante lembrar que em nenhuma hipótese os EPI de uso exclusivo no serviço de saúde devem ser levados para casa. Em geral, os EPIs que devem ser disponibilizados pelos serviços e utilizados pelos profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento de casos suspeitos ou confirmados de COVID-19 são: 1) gorro; 2) óculos de proteção ou protetor facial; 3) máscara; 4) avental impermeável de mangas compridas; 5) luvas de procedimento. Com relação ao tipo de máscara, para procedimentos geradores de gotículas utilizar a máscara cirúrgica e utilizar as de proteção respiratória (respirador particulado) com eficácia mínima na filtração de 95% de partículas de até 0,3µ (tipo N95, N99, N100, PFF2 ou PFF3) sempre que realizar procedimentos geradores de aerossóis como por exemplo, intubação ou aspiração traqueal, ventilação não invasiva, ressuscitação cardiopulmonar, ventilação manual antes da intubação, indução de escarro, coletas de amostras nasotraqueais e broncoscopias.

Acrescente-se que também a Lei Orgânica do Serviço Único de Saúde (SUS), nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, garante a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, bem como a recuperação, reabilitação e assistência às vítimas de acidentes, doenças e agravos relacionados ao trabalho.

Face a ampla legislação, observa-se que a proteção da saúde do trabalhador dentro do ambiente laboral tem como fundamento primordial a adoção de medidas preventivas à ocorrência de acidente do trabalho, o que inclui a observância pelos empregadores das normas padrão de segurança e higiene do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva dos trabalhadores. E os profissionais de saúde diante do alto grau de risco de sua atividade carecem de maior proteção, notadamente, no contexto da pandemia.

5.5 Responsabilização objetiva pelo risco criado

Anteriormente foi visto que a responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e está fundamentada na teoria do risco administrativo. E que o Estado responde em regra sem culpa, exceto com relação às omissões, onde a doutrina é divergente.

Ressalta-se também que majoritariamente a doutrina tende para a responsabilização objetiva do Estado em ambas as condutas. Já na jurisprudência, ainda, não é possível falar de uma maioria, pois, embora esse seja o posicionamento que vem prevalecendo no STF, ainda predomina no STJ a responsabilidade subjetiva em regra para as condutas omissivas. Foi visto também, que o STJ tem relativizado a teoria subjetiva e adotado a objetiva, quando se trata, de situações excepcionais, entre elas, aquelas previstas no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Em que pesem as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, certo é que as correntes convergem para a adoção da teoria da responsabilidade objetiva por omissão Estatal na hipótese prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. A inserção feita pelo legislador no código civil de 2002 trouxe uma nova possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva, com a introdução da teoria do risco criado quando as atividades normalmente desenvolvidas pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, esse tem sido o entendimento adotado pela jurisprudência.

A responsabilidade objetiva, também intitulada teoria do risco, ao longo de sua evolução doutrinária, resultou em diversas variantes, tendo sido a teoria do risco criado adotada pelo diploma civil, segundo a qual quem desenvolve uma atividade por sua natureza produtora de um risco aos direitos de outrem, tem o dever de indenizar independentemente da configuração de culpa.

A tese foi inclusive tema de repercussão geral no STF.

Tema 932 – STF – repercussão geral

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 12.03.2020. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Contudo, vale alertar que o risco ensejador de responsabilidade não é aquele comum do dia-a-dia, que decorre naturalmente da própria vida humana, já que toda atividade que é realizada implica na geração de um risco genérico, mas apenas se considera o risco criado especificamente em razão da natureza da atividade empresarial desenvolvida.

A “I Jornada de Direito Civil”, promovida no período de 11 a 13 de setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, interpretou esse artigo através do Enunciado nº 38.

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 à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (BRASIL, CJF, 2002).

A legislação civil comum, mais especificamente o artigo 927 do Código Civil, bem como os artigos 200, VIII (proteção ao meio ambiente do trabalho), e 7º, XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho), da Constituição da República, impõem interpretação sistemática do direito fundamental à proteção do trabalhador contra os riscos do seu meio ambiente laboral, de forma que a responsabilidade do empregador, nas situações em que ocorrem acidentes de trabalho no exercício de atividade de risco, deve ser objetiva.

A aplicação da teoria do risco criado prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil não se restringe aos trabalhadores submetidos ao regime celetista. A despeito de haver um contrato de trabalho gerando vínculo entre patrão e empregado, entende-se que a origem do dever de indenizar não se funda no contrato em si, mas

no ato ilícito do empregador de violação dos deveres previstos nas normas gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente do trabalho.

Dessa forma, perfeitamente aplicável a responsabilização prevista no artigo art. 927 do Código Civil ao Estado por atividade naturalmente perigosa, irrelevante seja a conduta comissiva ou omissiva. Ainda mais, que a constituição prevê em seu o art. 39, § 3º, que os servidores públicos possuem os mesmos direitos dos trabalhadores em geral, em especial ao que tange o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna, que preceitua que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Dentro desse contexto de atividade naturalmente perigosa é que se enquadram os profissionais de saúde vinculados à rede pública de atendimento à saúde. A atividade desenvolvida por esses profissionais é considerada como de risco elevado, notadamente, durante a pandemia da COVID-19, conforme comprovam os dados estatísticos a seguir.

O novo coronavírus pode ser enquadrado como agente biológico classe de risco 3, seguindo a Classificação de Risco dos Agentes Biológicos, publicada em 2017, pelo Ministério da Saúde, sendo sua transmissão de alto risco individual e moderado risco para a comunidade. A exposição a esse agente configura “exposição biológica” e os trabalhadores de saúde ficam sujeitos a um risco muito alto de adquirir a doença, embora demais trabalhadores de serviços essenciais também estão permanentemente expostos no atendimento à população neste momento (BRASIL, 2017).

O risco pode variar de muito alto, alto, médio ou baixo. O nível de risco depende em parte do tipo de trabalho. A categoria profissional em si ou a Classificação Brasileira de Ocupação (CBO) sozinha é insuficiente para categorizar o risco ocupacional, sendo necessário outros fatores para avaliação. Para ajudar os empregadores a determinar as precauções apropriadas, a *Ocupacional Safety and Health* – OSHA dividiu as tarefas de trabalho em quatro níveis de exposição a riscos:

“Risco muito alto” – em que estão incluídos os profissionais com alto potencial de contato com casos confirmados ou suspeitos de contaminação pela COVID-19 durante procedimentos médicos, laboratoriais ou postmortem, tais como médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e aqueles que realizam autópsias; “Risco alto” – estão incluídos os profissionais que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID-19 (tais como fornecedores de insumos de saúde e profissionais de apoio que

entrem nos quartos ou ambientes onde estejam ou estiveram presentes pacientes confirmados ou suspeitos), profissionais que realizam o transporte de pacientes (ambulâncias), profissionais que trabalham no preparo dos corpos para cremação ou enterro; “Risco mediano” – estão incluídos os profissionais que demandam o contato com menos de 2 metros com pessoas que podem estar infectadas com o novo coronavírus (SARS-CoV-2), mas que não são consideradas casos suspeitos ou confirmados; que têm contato com viajantes que podem ter retornado de regiões de transmissão da doença (em áreas sem transmissão comunitária); que têm contato, em áreas com transmissão comunitária, com o público em geral (escolas, ambientes de grande concentração de pessoas, grandes lojas de comércio varejista); “Risco baixo” – estão incluídos os profissionais cuja atividade não requer contato com casos suspeitos, reconhecidos ou com potencial de vir a contrair o vírus, que não têm contato a menos de 2 metros com o público, ou que tem contato mínimo com o público em geral e outros trabalhadores (OSHA, 2021).

Considerando o reconhecimento formal da atividade desenvolvida pelos profissionais de saúde em contato com pacientes suspeitos de contaminação pela COVID-19, como de alto risco. A aplicação da teoria do risco criado prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil é cabível na apuração da responsabilidade do Estado por omissões no fornecimento, orientação e fiscalização dos EPIs aos servidores celetistas e estatutários.

Vale ressaltar, que a teoria do risco criado é aplicável mesmo quando haja norma incompatível superior, face o princípio da proteção, que se desdobra em outros três princípios: *in dubio pro operario*, condição mais benéfica e norma mais favorável. Nesse contexto, não resta dúvida que a restrição da prova ao nexo de causalidade no diploma civil é muito mais benéfica para o empregado do que a necessidade de se demonstrar o elemento subjetivo, dolo/culpa do empregador, inserido no comando constitucional. Mesmo assim, a prova do nexo causal não é tarefa fácil como será visto a seguir.

5.6 O problema do nexo causal

Sabe-se que não é a culpabilidade que determina a medida da responsabilidade, mas a causalidade. Com efeito, antes de se determinar se o agente se conduziu de forma antijurídica e com ofensa a um dever de cuidado faz-se necessário averiguar a configuração do nexo causal entre o seu agir e os danos por ele porventura causados. Essa confusão entre culpabilidade e causalidade ocorre somente na teoria subjetiva, na qual os dois elementos se qualificam como imprescindíveis para a eclosão da obrigação de indenizar.

Já na teoria objetiva da responsabilidade civil sequer se cogitará da ilicitude e da culpa, o que propiciará ao elemento do nexo causal ainda maior destaque, pois independentemente da existência de culpabilidade, haverá a necessidade de qualificar juridicamente um determinado fato, no interno de uma norma ou de uma atividade de risco. Por isso, é imprescindível a demonstração do nexo causal e no caso da pandemia da COVID-19 não poderia ser diferente.

Dessa forma, uma das questões problemas envolvendo a pandemia, vem a ser a efetiva viabilidade prática de se comprovar em juízo que a contaminação ocorreu no ambiente de trabalho sem que isso se converta em verdadeira *proba tio diabólica*. Uma vez que, diante da disseminação comunitária do vírus SARS-CoV-2 no Brasil, não é possível mapear a cadeia de contaminação do vírus. Sem falar que, no aspecto probatório, de forma geral é o ofendido (parte hipossuficiente) que provará o nexo causal entre a conduta do agente e o dano.

Tendo em vista a situação em questão, nos parece que a teoria da causalidade adequada, apesar de suas deficiências é mais indicada para reger a análise do nexo de causalidade, pois, lida melhor com o fenômeno da concausalidade, ou seja, quando mais de uma causa, independente uma da outra, concorre para a realização de um dano que não teria ocorrido na mesma extensão, pelo advento exclusivo de qualquer uma das causas.

Contudo, o conceito de causalidade adequada não é uníssono senão que diversos nos âmbitos penal e civil. No intuito de evitar a ausência de condenação no mundo civil a partir da noção criminal de dúvida razoável, Bruno Leonardo Câmara Carrá e Livia Oliveira Lemos (2020), propõem a adoção pelos magistrados da teoria da preponderância da evidência para a comprovação da contaminação pelo novo coronavírus, face a multiplicidade de fatores e com o escopo de evitar a ausência de condenação diante das divergências existentes em torno do conceito de causalidade adequada.

A solução para se enfrenta-la, quer se goste ou não, parece ser apenas uma: a utilização, com as moderações devidas, claro, da doutrina judicial também de origem anglo-saxã que se denomina *more likely than not* (*mais provável do que não*) ou *preponderance of the evidence standard* (*preponderância do padrão de evidência*). Bastante utilizada em episódios de concausalidade ou de causalidade remota próprios de demandas ambientais (*environmental torts*), lesivas à saúde humana (*toxic torts*), ou ainda em questões de consumo (*consumers*). Ela é encarada como uma simples necessidade diante de situações onde não é possível estabelecer aquele grau de certeza

probatória que interativamente se está acostumado a esperar em demandas ordinárias (CARRÁ; LEMOS, 2020, p.531).

O *standard* utilizado para julgamento de situações em que não se tem certeza da real situação em disputa é simbolizado pela proposição de que uma versão é “*more likely to be true than not true*” (é mais provável que seja verdadeira do que não). Para que se tenha como alcançado tal standard, bastaria que houvesse mais de 50% de chance de que a versão fosse verdadeira.

A aplicação do critério da preponderância da evidência é muito utilizada no âmbito do direito de família e no direito trabalhista, quando for realmente possível dizer, dentro de limites razoáveis, que há muito mais chances de o evento lesivo ter ocorrido nos moldes alegados pela parte, a fim de não se negar às vítimas a devida e justa reparação. Destaca-se que o instituto do ônus da prova, ao determinar contra quem a decisão deve ser proferida em caso de dúvida, não desaparece nos casos em que se aplica o critério da *preponderance of the evidence*.

Diante da dificuldade de comprovar a relação entre a incapacidade e a ocupação, a legislação resguardou algumas situações onde o nexo causal é presumido. A presunção de causalidade entre labor e adoecimento pode ser encontrada no art. 20, inciso I, e no art. 21-A da Lei nº 8.213/1991, que trata da doença profissional, assim entendida como aquela vinculada a uma profissão ou atividade específica, face a íntima e esperada exposição a agente/fator patológico na jornada laboral, a exemplo da silicose, doença causada pela inalação do pó de sílica, tão comum na atividade de extração e beneficiamento de minérios e rochas.

Pode ser encontrada também no art. 21-A do mesmo diploma, alterado pela Lei 11.430/2006, que instituiu o nexo técnico epidemiológico (NTEP) entre o trabalho e o agravo a fim de configurar a natureza acidentária da doença. Pelo qual, a partir de uma análise estatística, identifica-se um rol de doenças prevalentes numa determinada atividade econômica (de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas-CNAE), presumindo-se o nexo causal entre as atividades laborais desenvolvidas neste setor econômico e o adoecimento estatisticamente significativo neste setor, a fim de lhe conferir natureza ocupacional acidentária.

A presunção da doença profissional é *juris et de jure* (ou seja, absoluta), não admitindo prova em contrário. Já a do nexo técnico epidemiológico é *juris tantum* (ou seja, relativa), admitindo prova em contrário, mediante contestação administrativa do empregador junto ao órgão previdenciário, pois trata-se de uma inferência estatística,

que nem sempre se relacionará, necessariamente, com a exposição à agente etiológico ou fatores de risco da atividade laboral, estando sujeito a equívocos.

No contexto da pandemia, por se tratar de uma doença nova, ainda não há, até o presente momento (agosto/2021), suporte legal que ampare a presunção de nexo causal ocupacional na contaminação por SARS-CoV-2 de profissionais de saúde (auxiliares/técnicos de enfermagem, enfermeiros, médicos, entre outros), que, pela própria natureza da atividade que realizam estão em exposição total ao novo coronavírus. Pois, carece de alteração do Anexo II do Decreto nº 3.048/1999 para incluí-la no rol taxativo de doenças profissionais, nos termos do art. 20, inciso I, da Lei nº 8.213/1991, tal como é hoje a tuberculose.

Para elucidar a questão vale destacar que no contexto da pandemia foi editada a Medida Provisória 927/2020 que estabelecia em seu artigo 29, "os casos de contaminação pelo coronavírus (COVID-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal", ou seja, afastava qualquer possibilidade presuntiva de adoecimento pelo coronavírus relacionada à atividade laboral, impondo ao empregado a prova de que o acometimento se deu no curso e por conta do labor.

A referida medida já encerrou sua vigência, mas antes disso, seu conteúdo foi objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2020, através da decisão conjunta nas ações diretas de inconstitucionalidade 6342, 6344, 6346, 6348, 6352 e 6354, que suspendeu a eficácia de dois artigos da referida medida provisória, incluindo o citado art. 29, por maioria dos votos. Segundo a ementa o art. 29 da MP 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos.

De acordo com o voto da Ministra Rosa Weber

A dimensão global da crise socioeconômica decorrente das medidas de contenção da pandemia da COVID-19 recrudescer a fragilidade dos trabalhadores no mercado econômico. Latentes na sociedade líquida de Zygmunt Bauman, medo e insegurança tornam-se cada vez mais ostensivos sob os efeitos socioeconômicos decorrentes da pandemia causada pelo coronavírus.

[...]

Trata-se de norma atinente à responsabilidade civil do empregador pela contaminação do trabalhador pelo coronavírus. Esta Suprema Corte, ao exame do RE 828040 sob a sistemática da repercussão geral, de relatoria do

Ministro Alexandre de Moraes, reconheceu a compatibilidade entre o art. 927, parágrafo único, do Código Civil e o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, declarada a constitucionalidade da responsabilidade objetiva do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Tema 932).

Por outro lado, com a finalidade de promover o equacionamento entre a saúde do trabalhador, a livre iniciativa e o meio ambiente do trabalho, a Lei 11.430/2006 instituiu o nexo técnico epidemiológico (NTEP) entre o trabalho e o agravo a fim de configurar a natureza acidentária da doença. Aplica-se no caso em que há “significância estatística da associação entre o código da Classificação Internacional de Doenças-CID e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica-CNAE”, na redação da Instrução Normativa do INSS/PRES nº 31/2008. Portanto, visa à desvinculação da iniciativa do empregador e da emissão da CAT a fonte primária para o nexo técnico, prestigiando a relação entre o código de diagnóstico do agravo CID e o segmento econômico da empresa de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE.

[...]

Recentemente, esta Suprema Corte, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, ao julgamento da ADI 3931, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia em sessão do plenário virtual de 10.04.2020 a 17.04.2020 (pendente de publicação), declarou a constitucionalidade da presunção do vínculo entre a doença e a atividade profissional, constatada a presença do nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, assegurada a sua harmonia com os arts. 7º, XXVIII e 201, I, da Constituição Federal. Nesse contexto, observada a jurisprudência da Corte, entendo que o art. 29 da Constituição Federal, no que exige do empregado a comprovação do nexo causal ofende o art. 7º, XXII, da Constituição Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Nos debates levados a efeito por ocasião da decisão prolatada por videoconferência, o Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, alertou que a regra do art. 29 é ofensiva aos trabalhadores de atividades essenciais, que estão expostos a riscos muito maiores do que outros, contribuindo para a manutenção da atividade econômica e da imprescindível atividade no setor da saúde pública. Ele aduziu que, a se exigir a comprovação cabal do nexo causal, os trabalhadores teriam uma dificuldade excessiva em se desincumbir desse ônus. Neste ponto, seu voto foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Cármen Lúcia, os quais consideraram que isso seria exigir dos trabalhadores uma prova diabólica, conforme demonstrado nos votos a seguir:

Voto da Ministra Cármen Lúcia, os debates levados a efeito por ocasião da decisão prolatada por videoconferência, em abril de 2020:

Entretanto, quanto aos arts. 29 e 31, como foi explicitado, desde o voto do Ministro Alexandre de Moraes, lembro que no art. 29 se tem que: “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (COVID-19)

não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”

Isto pode realmente exigir do empregado uma comprovação inquestionável de ter sido contaminado pelo coronavírus no ambiente de trabalho, o que pode levar realmente ao que nós chamamos de prova diabólica, principalmente, que inverte a condição de quem tem que fazer prova dessa circunstância, o que me leva, como já foi feito por alguns dos Colegas que me precederam - aliás, acho que todos, a partir da divergência do Ministro Alexandre -, neste ponto específico, a deferir a suspensão dos efeitos cautelarmente.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

Outro ponto, Presidente, é o art. 29 da Medida Provisória. Aqui eu estou acompanhando o Ministro Alexandre de Moraes. Entendo que, ao considerar ex vi legis que os casos de contaminação pelo coronavírus não são considerados ocupacionais salvo a comprovação do nexo causal, se exige uma prova diabólica. Penso que a maior parte das pessoas que desafortunadamente contraíram a doença não são capazes de dizer com precisão onde, em que circunstância a adquiriram. Acho, pois, que é irrazoável exigir-se que assim seja. Portanto, estou declarando a inconstitucionalidade do art. 29.

Uma vez suspensa a eficácia jurídica do art. 29 mencionado, foi afastada a presunção legal no sentido de que a doença não tem natureza ocupacional. Com efeito, o enquadramento como doença relacionada ou não ao trabalho será verificado considerando o caso concreto, as previsões contidas na Lei n. 8.213/1991 e os ajustes hermenêuticos decorrentes das singularidades dessa nova pandemia. Vale enfatizar, para fins de orientação interpretativa, o destaque registrado no julgamento do STF da incompatibilidade entre o art. 29 da MP 927/2020 e o direito do empregado à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” como previsto expressamente no inciso XXII do art. 7º da Constituição da República de 1988.

Outro problema com relação ao nexo causal é o fato da catástrofe provocada pela COVID-19 ser perfeitamente definível, dentro da tradição jurídica brasileira, como situação de caso fortuito ou de força maior, o que pode gerar uma falsa presunção da exclusão da responsabilidade *prima facie*.

A solução para questão já foi abordada no capítulo das excludentes da responsabilidade civil, onde destaca-se, primeiramente, que não há porque insistir na distinção entre caso fortuito e força maior, uma vez igualado os efeitos dessas duas excludentes de responsabilidade pelo art. 393, do Código Civil. A doutrina e a jurisprudência contemporânea ao invés de tentar distinguir o caso fortuito da força

maior, tem se dedicado a diferenciar o fortuito interno do fortuito externo por trazerem diversidade de consequências.

No fortuito interno a responsabilidade não é excluída, o fato danoso não resultou da culpa do agente, mas de uma situação que se liga diretamente aos riscos da atividade profissional exercida pelo causador do dano. Já o fortuito externo poderá excluir a responsabilidade. O fato necessário e inevitável não se relaciona com a atividade exercida pelo agente causador do dano.

O dano causado ao profissional de saúde durante a pandemia por ausência ou inadequação de EPIs guarda relação com a atividade exercida pelos hospitais públicos. O risco de contaminação por agente biológico faz parte da rotina desses profissionais, que são diariamente expostos a uma elevada carga viral. Portanto, embora a pandemia seja um caso típico de força maior, ela não exclui por si só, a responsabilidade do Estado pelos danos causados aos profissionais exposto ao vírus, pois, a redução dos riscos através do fornecimento, orientação e fiscalização de EPIs é medida que se impõe ao Estado e sua omissão pode ocasionar danos indenizáveis.

A ausência de certeza científica acerca do vírus transmissor da doença, não afasta a obrigação da Administração Pública (seja na esfera federal, estadual ou municipal) de adotar as medidas cabíveis para tentar mitigar o dano.

5.7 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais

O dano como muito bem define Cavalieri (2020) é o vilão da responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano, portanto, não há que se falar em indenização, nem ressarcimento, se não houver dano. Podem ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

O código civil brasileiro não conceitua o dano, optou por um sistema aberto, em que prevalece uma cláusula geral de reparação de danos. Estabelece o art. 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. ”

Por não haver uma definição legal de dano existe uma grande proliferação de conceitos e modalidades de danos: dano de morte, dano sexual, dano de férias arruinadas, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por

descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono afetivo de filho menor, e assim por diante.

Para Sergio Cavallieri (2020, p. 87) dizer que dano é prejuízo ou, no caso do dano moral, que é dor, vexame, sofrimento e humilhação significa conceituar o dano pelas suas consequências. E que o critério correto ou ponto de partida é conceituar o dano pela sua causa e não por suas consequências. De forma que o conceito que mais se aproxima dessa premissa é “o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza”.

Dano de natureza patrimonial, também chamado de dano material, segundo os autores Braga Netto, Rosenvald e Farias (2019, p. 257) é a “lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela” e abrange: dano emergente, lucro cessante e perda de uma chance.

O dano emergente, também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Entre os demais é o mais fácil de ser apurado, pois corresponde à diminuição real do patrimônio do ofendido, aquilo que efetivamente se perdeu. Por exemplo: a destruição de um objeto, as despesas médicas decorrentes de lesão corporal etc.

O lucro cessante, por sua vez, entendido como o aumento futuro do patrimônio da vítima que deixou de concretizar-se em virtude do dano, é mais difícil de se auferir, pois é calculado a partir da expectativa de um ganho. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. No ordenamento jurídico brasileiro está previsto no art. 949 do Código Civil, “No caso de lesão ou outra ofensa grave à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Para esclarecer, segue o exemplo: determinado servidor de um hospital público é contaminado pelo “coronavírus” e em decorrência vem a desenvolver a doença COVID-19 de forma que precise ser afastado de suas atividades por mais de 15 dias (quinze dias). Caso o servidor seja segurado da Previdência Social ele passará a receber o benefício de auxílio doença pelo INSS. Ocorre que, o valor do benefício poderá ser inferior à sua remuneração, causando ao servidor uma perda salarial, de

forma que a diferença apurada durante todo o período de afastamento deve ser recebida a título de lucros cessantes.

A perda de uma chance, teoria de origem francesa e também com base italiana, admite a reparação dos danos decorrentes da perda de uma oportunidade ou da frustração de uma expectativa de um fato que possivelmente ocorreria, desde que a chance seja séria e real. A doutrina preconiza que a chance é séria e real quando tem probabilidade de 50% ou mais para ocorrência do fato. Nesse caso, a chance teria valor econômico e, portanto, mereceria a reparação civil. A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Repara-se a chance perdida, e não o dano final.

Diferentemente do dano patrimonial, os danos extrapatrimoniais ou dano moral afetam interesses extrapatrimoniais da pessoa, como a honra, a imagem, a integridade física e mental etc. Pode ser conceituado de acordo com Braga Netto, Rosenvald e Farias (2019) como uma “lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.

Segundo Sergio Cavalieri,

À luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, incisos V e X, a plena reparação do dano moral. Em sentido amplo, dano moral é violação de algum direito ou atributo da personalidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade (CAVALIERI, 2020, p. 99)

Segundo os mesmos autores, o dano moral por muito tempo foi interpretado erroneamente como a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis trata-se de uma confusão entre o sintoma e a causa. Decepção, desgosto, desprazer, dissabor e outros sentimentos não passam de uma eventual

consequência do dano moral. A causa é a de lesão um interesse existencial, como por exemplo, a intimidade.

O Enunciado n. 444 do Conselho de Justiça Federal, emitido na V Jornada de Direito Civil: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” joga luz sobre esse tema. Lado outro, o fato de se dispensar a prova da dor ou da mágoa (o que é correto!) não justifica que se dispense a prova quanto à própria existência do dano moral (isto é incorreto!).

A consolidação dos danos morais na doutrina brasileira operou de forma lenta e gradual. No curso da história a pessoa sempre foi alvo das mais diversas agressões no seu corpo físico e na esfera psíquica. No ordenamento brasileiro, a reparação do dano moral foi admitida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, V e X, além da previsão do art. 186 do CC. Foi necessária que a Lei Maior consignasse expressamente em seu texto a indenização dos danos morais, para superar as incontidas resistências daqueles que tenazmente se opunham à sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao proclamar a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, a Constituição Federal de 1988 declarou que esses bens agregados à personalidade das pessoas são bens de valor, a merecer expressamente o amparo da ordem jurídica. A partir desse momento, a doutrina e a jurisprudência alargaram de forma extraordinária a defesa dos valores da pessoa humana. O tímido processo indenizatório dos danos exclusivamente patrimoniais assinalado no artigo 159 do Código Civil de 1916, se ampliou e confirmou a tendência universal de tutela da pessoa humana, inserto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Por violação da dignidade da pessoa humana entende a moderna doutrina que constitui um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar e se relaciona com o exercício dos direitos fundamentais. Nas palavras de Ana Paula Barcellos (2019, p. 154) “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

Parece ser evidente, no contexto da pandemia, que o malferimento ao direito à saúde e à segurança dos trabalhadores da linha de frente ensejaria o reconhecimento dos respectivos danos morais, visto que eles, hoje em dia, são compreendidos sob a dinâmica dos princípios e normas constitucionais destinadas à proteção do ser

humano, os ordenamentos jurídicos vêm se alinhando cada vez mais no sentido de que a simples agressão ao ser humano, ou à sua vida privada, já constitui lesão passível de ser reparada, independentemente de qualquer resultado físico.

De forma que, a mera omissão no fornecimento do EPI gera, por si só, dano moral ao servidor. Indiscutível a violação ao direito fundamental à saúde (art. 6º da Constituição Federal de 1988) e à redução dos riscos no trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988) que, bem como, a angústia de um profissional que sai a trabalho, expondo-se ao risco inerente à profissão, sem a retaguarda de um equipamento adequado que reduza a possibilidade de contaminação biológica. O medo de se contaminar e transmitir o vírus para outros, incluindo sua família, sem dúvida produz alteração do estado de espírito do servidor.

6 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

Conforme amplamente debatido nos capítulos anteriores, a responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e está fundamentada na teoria do risco administrativo. A responsabilização subjetiva prevista nas constituições anteriores à de 1946 atribuía à vítima o alto encargo de demonstração da culpa do agente público, por se encontrar em posição de inferioridade diante do ente estatal. O Estado passa a responder sem culpa, porém, fica livre da responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

Embora, prevista expressamente na constituição, a teoria do risco administrativo ainda não é amplamente aplicada pelos tribunais nos casos onde há omissão do Estado. Exceto, nos casos que envolvam excepcionais riscos pela atividade habitualmente exercida, conforme previsto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Diversamente da responsabilidade objetiva do Estado, quando se trata de responsabilização civil do agente público, esta não se presumirá pela simples ocorrência de dano à administração ou a terceiros, além do nexo de imputação e da lesão ao bem jurídico em si, perquirir-se-á o dolo ou a culpa do suposto infrator. Assim, a responsabilidade do servidor embora seja bastante ampla - responde não apenas administrativamente pelo ilícito praticado, mas também, civilmente e penalmente - será sempre subjetiva.

6.1 O polo passivo nas ações de responsabilização civil estatal

Questão polêmica ainda não assentada na doutrina e jurisprudência é o polo passivo nas ações indenizatórias contra o Estado. Embora, o art. 37 da CF/88 atribua a responsabilidade à pessoa jurídica de direito público ou a pessoa de direito privado que presta serviços públicos, paira dúvida, sobre a hipótese de ajuizamento direto de ação em face do agente estatal ou perante ambos.

Um dos principais fundamentos para se defender o ajuizamento da ação apenas contra o Estado é a maior facilidade processual face a desnecessidade de se comprovar culpa ou dolo. Em seguida existe a garantia de recebimento, pois, em regra, o Estado possui mais recursos para arcar com a possível indenização que o particular. Outro argumento, é que nem sempre é possível identificar especificamente

o agente público causador do dano, o que torna impraticável sua ocupação no polo passivo da lide.

Entre os argumentos utilizados pelos adeptos da possibilidade de acionamento direto do agente causador do dano está o de que admitir a impossibilidade de o lesado mover tal ação diretamente acarretaria uma restrição ao direito de ação, que possui proteção constitucional. Ademais, nos casos de responsabilização patrimonial do agente, haveria a vantagem do pagamento, que não sofreria com a burocracia e os prazos dos pagamentos judiciais da Fazenda Pública, que ocorrem através do regime do precatório.

Em que pese ainda a discussão sobre o tema na doutrina e jurisprudência, o entendimento de doutrinadores como Marçal Justen Filho (2006), Braga Netto, Rosendal e Farias (2019) e Aguiar Dias (1979), é que o cidadão é livre para propor ação diretamente contra o Estado ou contra o agente público, ou ainda, contra ambos. Essa também é a tendência jurisprudencial, sendo que no STJ já é pacífica a possibilidade de a vítima ajuizar a ação contra quem ela escolher, conforme decisão proferida no Resp. 687.330, DJ 24-08-2010, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

6.2 O direito de regresso

Como amplamente debatido neste estudo, a teoria adotada pelo Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 foi a do Risco Administrativo, conforme previsto em seu art. 37, § 6º. Segundo o qual, todo e qualquer ente estatal tem o dever de ressarcir os danos que seus agentes (permanentes ou transitórios) causarem no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, sendo facultado, posteriormente, o direito de cobrar do servidor o valor pago.

No mesmo sentido o Código Civil Brasileiro de 2002 em seu art. 43 dispõe

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

A competência de regresso é de exercício obrigatório, intransferível, irrenunciável, imodificável e imprescritível, nos termos da Constituição Federal, disciplinado no art. 37, §6.

José Cretella Júnior conceitua esse direito de regresso como:

[...] o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente [...] (CRETELLA JÚNIOR, 2002, pg. 221).

De forma que, somente após ter sido condenada a indenizar a vítima é que a Administração poderá ajuizar ação regressiva em face do causador do dano, devendo comprovar o dolo ou culpa.

6.3 Noção de agentes públicos

A Constituição Federal de 1988 substitui a expressão “funcionários públicos” por “agentes públicos”, acertadamente. O conceito de agente público não poderia estar limitado a alguém com vínculo estatutário, submetido a concurso público e percebendo vencimentos. E é a partir deste conceito, muito mais amplo, que se define quem pode ser responsabilizado por ações ou omissões no exercício da função estatal.

Nas palavras de Carvalho Filho, agente público

Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica (CARVALHO FILHO, 2015, p. 611).

Foram incluídos na definição de agente público todos os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos contratados no regime da CLT, além de agentes políticos e comissionados. Deve ser, também, incluída no conceito de agente público qualquer pessoa que exerça função pública (ainda que temporariamente – como particulares em colaboração com o poder público, ou mesmo os contratados na forma do art. 37, IX da Constituição), além daquele que gerencie recursos públicos mediante delegação, ou em razão de algum tipo de subvenção.

6.4 Responsabilização dos agentes públicos

A responsabilidade do servidor público é bastante ampla, ele responde não apenas administrativamente pelo ilícito praticado, mas também, civilmente e penalmente. O que significa que o servidor tem mais responsabilidade que a maioria dos cidadãos, pois deve ter sempre em mente que sua finalidade é o interesse público.

O agente público deve agir sempre visando os interesses da coletividade e quando não o faz comete um ilícito administrativo que poderá resultar na sua responsabilização administrativa, civil ou penal. O servidor tem o que a doutrina nomeou como “poder-dever”, ou seja, um conjunto de competências e atribuições que devem ser exercitadas para satisfação das necessidades coletivas.

Os poderes e deveres administrativos estão expressos no ordenamento jurídico brasileiro, mas o agir do servidor deverá ser pautado não apenas nas regras, mas nos princípios constitucionais, que adquiriram força normativa no direito constitucional contemporâneo. A conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se legitima pela observância dos princípios constitucionais, as decisões meramente políticas devem ser combatidas.

Em outras palavras, “As escolhas administrativas serão legítimas - se – e somente se- forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (FREITAS, 2007, p. 21).

Mediante a prática do ilícito o agente público sujeitará a consequências na esfera administrativa mediante a aplicação de sanções disciplinares pelo próprio Estado. Poderá também, ser responsabilizado civilmente pelo próprio Estado ou por terceiros prejudicados pela conduta irregular praticada pelo agente público no exercício de suas funções. E por último, poderá ser responsabilizado no âmbito penal, pelo exercício do direito de punir atribuído ao Estado.

6.4.1 Responsabilidade Civil

O dano causado por servidor público poderá atingir o Estado e/ou terceiros. Quando do dano causado a terceiros, o prejudicado não precisa acionar o agente público na ação de indenização contra o Estado, pois, seria mais difícil a prova. Haja vista, que a responsabilidade contra o agente público é sempre subjetiva, ou seja, a

vítima teria que comprovar além da conduta, do dano e do nexo causal, também, a culpa ou dolo.

Todavia, nada impede que o faça, a vítima pode exigir os danos diretamente do agente público que o causou. O STF no RE 99.124 de Relatoria do Ministro Moreira Alves já decidiu que não há benefício de ordem em favor do agente público.

Quando o servidor causar danos ao Estado, quem apura é a própria administração, através do processo administrativo. Apurado o dano e a culpa do servidor, a autoridade competente lhe impõe a obrigação de repará-lo, através de indenização em dinheiro, indicando a forma de pagamento. Sendo que, comumente os estatutos costumam exigir a reposição de uma só vez quando o prejuízo decorrer de alcance, desfalque, remissão ou omissão de recolhimento ou entrada no prazo devido, admitindo para os demais casos o desconto em folha, em bases módicas, geralmente não mais de dez por cento do vencimento do responsável.

Esse procedimento é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão da dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos).

Segundo Hely Lopes Meirelles a responsabilidade civil do servidor

É a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposos e lesivos e se exaure com a indenização. Essa responsabilidade (civil) é independente das demais (administrativa e criminal) e se apura na forma do Direito Privado, perante a Justiça Comum (MEIRELLES, 2011, p.403).

Essencial para existência da responsabilidade civil é que o ato culposos do servidor cause dano patrimonial à Administração. Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária, da Administração.

6.4.2 Responsabilidade Penal

No ordenamento jurídico vigente, a responsabilidade penal dos agentes públicos decorre da prática de conduta que a lei define como crime. O princípio da tipicidade encontra previsão no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A tipicidade penal consiste em garantia ao agente público, pois lhe permite ter prévio conhecimento das condutas proibidas e das respectivas sanções, além de impedir a atuação arbitrária por parte do Estado, que somente pode punir aquela que tenha cometido conduta típica e antijurídica.

Trata-se de corolário do princípio da segurança jurídica, que exige prévia e expressa previsão legal da conduta típica, que somente pode ser criada por lei em sentido estrito, o que impede que atos normativos inferiores como decreto ou portaria venham a criar tipos ou sanções penais.

A responsabilidade penal é sempre subjetiva, pressupondo a existência de dolo ou culpa. As condutas previstas como crime na Lei nº 8.666/93 pressupõe dolo do agente. A conduta decorrente de culpa não constitui crime, embora possa caracterizar ilícito administrativo e eventualmente ensejar a responsabilização civil do agente.

O Código Penal vigente também estabelece infrações e sanções próprias de agentes públicos (arts. 312 a 327), por fatos que são tipificados como crimes, se praticados por agentes públicos (arts. 359-A a H) e nos casos em que a condição de agente público agrava a pena (arts. 141 e 150, § 2º).

Além dos crimes funcionais comuns, nos quais pode incidir qualquer servidor público, há, ainda, os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (Chefes do Executivo federal, estadual e municipal, Ministros do Estado e do STF, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado), capitulados na Lei 1.079, de 10.4.50, que regula o impeachment a ser aplicado como penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal, e no Dec.-lei 201, de 27.2.67 (para os Prefeitos).

Todos os crimes funcionais e os de responsabilidade são delitos de ação pública, o que permite a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público. Para os crimes de abuso de autoridade a Lei 4.898/65 condicionava a denúncia do Ministério Público a representação do ofendido (art. 12), mas a Lei 5.249, de 9.2.67,

praticamente dispensou este requisito ao dispor que a falta de representação "não obsta a iniciativa ou o curso da ação" (art. 1º).

6.4.3 Responsabilidade Administrativa

A responsabilização e a punição dos servidores públicos fazem-se por meios internos (processo administrativo disciplinar e os meios sumários) e externos (processos judiciais, civis e criminais). Até o momento foram analisados os meios externos que ficam a cargo do Poder Judiciário, agora o passo seguinte é o estudo dos meios internos, ou seja, aqueles que se desenvolvem e se exaurem no âmbito da própria Administração.

Conforme a gravidade da infração a apurar e da pena a aplicar, a Administração disporá do meio de responsabilização adequado, que vai desde o processo administrativo disciplinar até a apuração sumária da falta, através de simples sindicância, ou mesmo pela verdade sabida, mas, em qualquer hipótese, com a garantia de ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

A responsabilidade administrativa (disciplinar) dos agentes públicos não se presume pela simples ocorrência de dano à administração ou a terceiros. Trata-se de responsabilidade subjetiva, diversa da responsabilidade objetiva do Estado prevista na (CF, art. 37, § 6º) e que está fundamentada na teoria do risco administrativo. Na responsabilidade subjetiva, além do nexo de imputação e da lesão ao bem jurídico em si, perquire-se o dolo ou a culpa do suposto infrator.

Para que a responsabilidade dos agentes públicos seja caracterizada é fundamental que o dano ou o agravamento do risco de dano seja antijurídico (não se deva suportar ou tolerar), seja relevante (não insignificante), reprovável (possível de evitação e não justificado), culpável (deliberado, previsível ou resultante de erro de conduta evitável) e diretamente imputável à ação ou omissão específica do agente público (individualizável e vinculado ao exercício da função pública).

Todos esses elementos exigem investigação e prova das circunstâncias concretas do agir ou da inação dos agentes no exercício de função e da presença de causas excludentes da responsabilidade. Por isso, é imprescindível que a apuração seja feita através do PAD – Processo Administrativo Disciplinar, em estreita observância aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, do exercício da ampla defesa, do contraditório, entre outras garantias.

Por ampla defesa deve-se entender a vista do processo ou da sindicância ao servidor acusado, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. Essa defesa poderá ser feita pessoalmente pelo servidor ou por advogado regularmente constituído, sem que os autos saiam da repartição em que tramitam. Não se exigem para a punição disciplinar os rigores do processo criminal, nem do contraditório da ação penal, mas é necessário que se conceda ao acusado oportunidade de ilidir a acusação. Sem esta possibilidade de defesa a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (CF, art. 5º, LV).

A conduta do agente público será dolosa quando ficar comprovado que ele desejava o resultado decorrente de sua conduta ou de que assumiu o risco de causá-lo. E culposa se o agente capaz de prever o resultado lesivo, não atuou com atenção, diligência de forma a evitar prejuízos à Administração Pública. Destaca-se a previsibilidade como elemento essencial à caracterização da culpa em determinada conduta; uma vez imprevisível ao agente público a ocorrência do fato, a consequência deste não pode ser atribuída a ele.

Ainda com relação a culpa, de forma geral, a lei (art. 28 da LINDB) estabelece um grau da culpa punível, qual seja, a culpa grave, que no referido artigo é representada pela expressão “erro grosseiro”. Este conceito jurídico aparentemente indeterminado é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado.

Por mais que seja visto como um conceito jurídico indeterminado, o erro grosseiro, não é difícil de se verificar. Está intrinsecamente ligado a um agir com desleixo, incúria, desmazelo, desprezo à coisa pública. Não afasta a culpa, pelo contrário abrange a ideia de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves.

Em suma, erro grosseiro, é a inobservância dos mais singelos deveres objetivos de cuidado, em modalidades graves de imperícia, de imprudência e de negligência, averiguadas no caso concreto. Introduzido de forma mais ampla pela LINDB em seu art. 28 e caracterizado pelo art. 12 do Decreto 9.839/2019 que regulamenta a LINDB.

Para Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018, p. 221),

O art. 28 da LINDB constitui espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Assim, criam-se os

incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados. De um lado, a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem intencionadas.

Diante do contexto de uma pandemia, que clama por decisões administrativas rápidas e eficazes, nos parece que a responsabilização prevista no art. 20 da LINDB se relaciona bem com os princípios da administração pública do séc. XXI, notadamente o da eficiência, quando permite ao agente público uma atuação menos preocupada com os ritos (burocracia) e mais preocupada com os resultados (proativa).

6.5 Responsabilidade do Agente Público na pandemia da COVID-19

A pandemia da COVID-19 proporciona, sem dúvida alguma, um ambiente propício para relevantes discussões sobre a viabilidade e limites à atuação do Estado. Na medida em que o cidadão vive um quadro de excepcionalidade, a qual naturalmente ele põs à prova as bases normativas dos ordenamentos jurídicos de praticamente todos os países.

No Brasil, merece destaque a discussão sobre a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nas hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, que foi objeto de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Medida Provisória 966 de 13 de maio de 2020.

Não obstante, a perda da eficácia da MP 966/2020, sem publicação e sem a edição de decreto legislativo, a interpretação dada a expressão “erro grosseiro” pelo relator do *leading case* Ministro Luís Roberto Barroso, sem dúvida alguma continuará influenciando os julgados e a aplicação das sanções aos agentes públicos no contexto da pandemia.

Sete ADIs (6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431) foram propostas questionando a constitucionalidade da MP nº 966/2020 e o STF reuniu todas em um único julgamento. As ações em resumo questionavam além da própria Medida Provisória, o art. 28 da LINDB - inserido pela Lei nº 13.655/2018 - e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentam o último dispositivo. No entanto, o relator das ações, o Ministro Luís Roberto Barroso, delimitou o objeto e o alcance da matéria a ser analisada, restringindo-a à apreciação da MP nº 966/2020, sob o

argumento de que em sede cautelar haveria perigo na demora do julgamento, diante do contexto da pandemia.

As referidas ações diretas de inconstitucionalidade questionavam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória no 966/2020. Sob a alegação de violação aos arts. 37, parágrafos 4º, 5º e 6º da Constituição Federal; ao princípio republicano; ao princípio da probidade, da moralidade e da eficiência administrativa; que a definição de “erro grosseiro” na norma é vaga e imprecisa; que criaria obstáculos para a fiscalização e o controle dos atos administrativos, dentre outros.

Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020.

A ementa do julgamento proferido foi a seguinte:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA NO 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória no 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia.

2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei no 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente:

(i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

6. Teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos” (BRASIL, STF, 2020).

Em suma, os agentes públicos deverão observar *standards* e evidências técnico científicas, além do princípio da precaução e da prevenção, no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício das medidas a serem implementadas, sob pena de estarem cometendo erro grosseiro. Nada muito além do que a Lei 13.979/2020 já previa, ou seja, que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

A manifestação da Corte Suprema busca preservar a segurança jurídica trazida pelo art. 28 da LINDB ao gestor público bem-intencionado, dando um certo grau de liberdade para sua atuação, quando exclui da esfera sancionatória o erro mediano, evitando assim, a paralisia e a inação da Administração Pública, sem deixar de responsabilizar o gestor que atua com dolo ou culpa grave, muito menos, abrandar as punições previstas na Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

No âmbito da pandemia, é possível tomar como exemplo elucidativo, a polêmica indicação da hidroxiclороquina pelo Poder Público para o tratamento da COVID-19. A utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas é em regra rechaçado pela comunidade científica, ocorre que, nos primeiros momentos da pandemia diante da ausência de qualquer medicamento

previamente comprovado para seu tratamento, mesmo porque se tratava de um vírus novo, ou seja, nunca antes estudado.

O agente público que prescreve o uso da hidroxicloroquina para o tratamento do paciente acometido pelo vírus da SARS-CoV-2, ignorando toda a comunidade científica, comete um erro grave. Trata-se de uma hipótese, que se averiguada no caso concreto, acarretará algum grau de responsabilidade para o gestor. Uma vez que, em matéria de saúde pública, o agente deve agir pautado pelos princípios da prevenção e da precaução. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida sobre o medicamento, não prescreva, pois, seria o mesmo que jogar com a saúde e a vida do cidadão.

A pandemia da COVID-19 trouxe para o administrador dificuldades nunca antes enfrentadas. A situação excepcional, dispensa sem dúvida, certos procedimentos e formalidades, como a licitação. Mas é por isso mesmo, pela dispensa de alguns atos é que o gestor deverá agir com maior cautela e eficiência, suas decisões devem ser constitucionalmente defensáveis acima de tudo.

Nas palavras da Ilustre Ministra Cármen Lúcia “nem a impunidade de um lado, nem um espaço de irresponsabilidade; nem a possibilidade de se manter situação de temor por parte do agente público que o leve à imobilidade”.

Para lidar com a situação de emergência, o gestor precisa agir acima de tudo com eficiência, evitar danos ao invés de apenas remediá-los. Busca-se um agir pautado não apenas no princípio da legalidade, mas também nos princípios da precaução e da prevenção. Pois, a situação atual está lidando com vidas e com saúde, bens constitucionalmente assegurados e que devem ser protegidos ativamente.

7 CONCLUSÃO

A teoria da responsabilidade civil do Estado no século XXI não pode ser estudada sem antes entendermos os princípios que orientam o Estado na pós-modernidade após as alterações trazidas pelo neoconstitucionalismo e pelo pós-positivismo. A centralidade da constituição no ordenamento jurídico e a elevação dos princípios a categoria normativa sem dúvida alteram os paradigmas da administração pública.

A partir da constitucionalização do direito, os deveres de fundamentação do Estado são ampliados e seu agir limitado, não permitindo mais omissões que no passado se permitiam. Exige-se cada vez mais que o administrador tenha um agir cauteloso, eficaz e proporcional, em outras palavras, constitucionalmente defensável. Os princípios da precaução e prevenção passam a ser chaves hermenêuticas para o agente público justificar suas decisões face ao dever de proteção dos bens jurídicos tutelados.

A responsabilidade civil do Estado pode ser definida em regra como a obrigação que incumbe ao poder público de reparar os danos causados a terceiros por ações e omissões de seus agentes no desempenho das atividades. Alguns doutrinadores defendem que a responsabilidade civil do Estado na pós-modernidade está na quarta fase e se situa no campo da discussão teórica sobre os direitos fundamentais pautado no dever de proteção (*Untermassverbot*), superando assim, as três fases históricas (irresponsabilidade, subjetiva e objetiva).

No Brasil, a Constituição adotou a responsabilização objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) e está fundamentada na teoria do risco administrativo. Segundo essa teoria, a Administração, mesmo sem culpa, tem obrigação de indenizar a vítima pelo ato danoso e injusto que lhe foi causado, porém, fica livre da responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do agente público.

Assim, o Estado responde em regra sem culpa, exceto com relação às omissões, onde a doutrina é divergente sobre a prova da culpa. O direito pátrio traz duas correntes doutrinárias, a primeira, encabeçada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e continuada por Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta a responsabilidade do Estado como sendo de natureza subjetiva, com base no art. 15 do antigo Código Civil (art. 43 do novo Código) e a segunda corrente, que sustenta ser a

responsabilidade objetiva, seguida pelos doutrinadores José de Aguiar Dias, Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Álvaro Lazzarini, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini, Yussef Said Cahali, Felipe Braga Neto, entre outros, e fundamenta-se no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Entre as duas correntes esta pesquisa se filia àquela que defende a responsabilidade objetiva do Estado tanto para as condutas comissivas, quanto para as omissivas. Uma vez que, nem toda omissão decorre de culpa ou dolo do agente público. E, não sendo possível identificar o agente causador do dano, nem demonstrar o dolo ou culpa. Para que à vítima não fique sem reparação pelos danos injustos, a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos omissivos é a que está em maior acordo com o Estado do século XXI, como garantidor dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que apesar da grande divergência jurisprudencial entre os tribunais superiores (STJ e STF), mesmo dentre os defensores da responsabilidade subjetiva existe uma tendência dos julgadores a relativizar “a regra” e aplicar a responsabilidade objetiva em casos excepcionais. Vale destacar o julgamento do Recurso Especial número 1869046/SP, cujo relator foi o Ministro Herman Benjamin da Segunda Turma proferido em 09/06/2020, que decidiu pela responsabilização do Estado nos casos omissivos que envolvam excepcionais riscos pela atividade habitualmente exercida, pela aplicação do art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Defender a responsabilidade objetiva por omissão não é o mesmo que querer transformar o Estado em um segurador universal de qualquer acontecimento cotidiano. O Estado sempre poderá invocar as excludentes de responsabilidade independente se agiu com culpa. Além disso, não é qualquer omissão que ensejará a responsabilização estatal, elas devem ser específicas, em outras palavras, o Estado só poderá ser compelido a indenizar um dano causado por omissão, quando devendo agir para resguardar um determinado bem jurídico permaneceu inerte.

Diante dos elementos apresentados pertinentes à responsabilização civil do Estado por omissão parece-nos uma hipótese legítima a responsabilização civil do Estado pelos danos causados aos profissionais de saúde que atuam no combate à pandemia pela escassez e inadequação dos equipamentos de proteção individual.

Inegável que os profissionais da área da saúde, grupo composto por distintas categorias profissionais, dentre elas, os médicos, enfermeiros e técnicos de enfermagem, tem sido a categoria de trabalhadores mais atingida pela pandemia da COVID-19, submetidos diariamente a um nível muito mais elevado de risco que a

grande parcela da sociedade. Os impactos na saúde física e psíquica desses trabalhadores são múltiplos e já fazem parte de vários estudos que procuram reduzir os danos a partir de diversas recomendações.

A análise qualitativa dos dados indiretos pesquisados neste estudo, revelaram que os profissionais de saúde da rede pública estão mais desamparados que os da rede privada. As denúncias realizadas por esses profissionais aos seus conselhos demonstram que o Estado não tem se incumbido do seu desiderato, qual seja, de proporcionar um ambiente de trabalho equilibrado.

A falta dos EPIs comprovadamente aumenta o risco de contaminação dos profissionais de saúde que se colocam na linha de frente do combate ao novo coronavírus, classificado como agente biológico da classe de risco 3 (três) segundo o Ministério da Saúde. E seu fornecimento decorre de uma obrigação legal prevista na Norma Regulamentadora - 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, e, na Norma Regulamentadora - NR-32, publicada pela Portaria MTE nº 485, voltada para a segurança e saúde no trabalho em serviços de saúde.

Além do fornecimento, o empregador deve orientar e fiscalizar o uso dos EPIs e promover a segurança de seus subordinados, protegendo assim a saúde e a segurança destes, conforme previsão desses direitos expressamente estampados nos artigos 6º e 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, que preconizam a segurança e a saúde do trabalhador bem como o direito à diminuição dos riscos inerentes a seu trabalho.

A omissão do Estado em fornecer esses equipamentos ou o fazer de forma inadequada ensejará na responsabilização do mesmo pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados aos profissionais de saúde que atuam na linha de frente do combate à pandemia. A responsabilidade será objetiva, seja pela aplicação da teoria do risco administrativo (CF, art. 37, ou, mesmo da teoria do risco criado (CC, art. 927, § 1º). A contaminação ou exposição do profissional de saúde ao vírus da COVID-19 sem a devida proteção fornecida pelos EPIs é sem dúvida caso fortuito interno, onde não há rompimento do nexo causal.

A responsabilização objetiva não desobriga o autor da ação a comprovar o nexo causal. No entanto, a disseminação comunitária impede o mapeamento da cadeia de contaminação do vírus. De forma que, impor ao trabalhador – parte tecnicamente

hipossuficiente – o ônus de uma *probatio diabólica* ofende o art. 7º, inciso XXII da CF/88 como bem asseverado pelo Supremo Tribunal Federal. De forma que esta pesquisa adere à corrente que propõe como resolução do problema, adotar a teoria da preponderância da evidência, com o escopo de evitar a ausência de condenação pelos danos injustos.

A pandemia da COVID-19 tem proporcionado relevantes discussões sobre as funções - reparatória, punitiva e preventiva - da responsabilidade civil. A função reparatória é a mais clássica das funções de transferência de danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial, e logo após, temos a função punitiva, que traz a sanção espessa na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo que se liga diretamente a comportamentos reprováveis, já a prevenção é o objetivo primordial da responsabilidade civil contemporânea, pois, na denominada sociedade de risco de Ulrich Beck, a ideia principal é evitar problemas.

De forma que, a ausência de medidas preventivas pode, em determinado caso concreto, ser fator relevante para a imposição do dever de indenizar do Estado, face ao princípio da proteção. Argumentos como falta de previsibilidade e ausência de certeza científica acerca do vírus transmissor da doença não prevalecerão diante da obrigação da Administração Pública de adotar as medidas cabíveis para tentar mitigar o dano. Assim, a pandemia, por si só, não exclui *prima facie* a responsabilidade do poder público, pois, aliada a outras circunstâncias pode ocasionar danos indenizáveis.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE - ANS. Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2010-2020). Atualizado em 01 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 27.08.2020

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. **Nota Técnica nº 04/2020 GVIMS/GGTES/ANVISA**. Orientações para Serviços de Saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/COVID-19-nota-orienta-profissionais-de-saude>. Acesso em: 18 ago. 2021

ARAGÃO, Alexandra. Aplicação nacional do princípio da precaução, **Colóquios 2011-2012**, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013, pp. 159-185. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/24581>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA – AMB. **EPI**. 09 de agosto de 2020. Disponível em: <https://amb.org.br/epi/>. Acesso em: 09.08.2020.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *IN*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.

BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, p. 14-36, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *IN*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**:

Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. **Rev. Direito Administrativo**, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/AndreCyrino/publication/329205088_O_Art_28_da_LINDB_A_clausula_geral_do_erro_administrativo/links/5ca62346a6fdcca26dfef5e/O-Art-28-da-LINDB-A-clausula-geral-do-erro-administrativo.pdf. Acesso em: 06/09/2021

BOUSQUAT Aylene, Akerman M, Mendes A, Louvison M, Frazão P, Narvai PC. Pandemia de COVID-19: o SUS mais necessário do que nunca. **Revista USP**. 6 de maio de 2021;(128):13–26. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.i128p13-26>. Acesso em: 09.08.2021.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: O perfil dos novos tempos. *IN*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). **Coronavírus e responsabilidade civil: Impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Foco, 2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 38**. 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados>. Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 444**. 2002. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados>. Acesso em 10 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1824**. 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1891**. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946**. 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm . Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm . Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo Nº 395, de 2009**. Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Brasília, DF, jul. 2009.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html>. Acesso em: 27.04.2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial 1869046/SP. Recorrente: R F P B e outros. Recorrido: Fazenda Do Estado De São Paulo. Relator: Min. Herman Benjamin, 09 de junho de 2020. Administrativo. Responsabilidade Civil Objetiva Do Estado. Falecimento De Advogado Nas Dependências Do Fórum. Morte Causada Por Disparos De Arma De Fogo Efetuados Por Réu Em Ação Criminal. Omissão Estatal Em Atividade De Risco Anormal. Art. 927, Parágrafo Único, Do Código Civil. Nexos De Causalidade Configurados. Histórico Da Demanda. [...] Recurso Especial provido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700984135&dt_publicacao=26/06/2020. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade 6.344/DF. Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade 6342, 6344, 6346, 6348, 6352 e 6354. Direito constitucional e direito do trabalho. Medida provisória 927/2020. Medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto legislativo 6/2020. Normas direcionadas à manutenção de empregos e da atividade empresarial. Art. 29.[...] Medida liminar parcialmente concedida para suspender a eficácia dos arts. 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344947226&ext=.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 841526. Repercussão geral. Responsabilidade civil do estado por morte de detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, submete-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral [...] Recurso extraordinário desprovido. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: V J DE Q. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de março de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20841526%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Tema de Repercussão geral 932 proferido no RE 828.040. Recorrente: Protege S/A - Proteção E Transporte De Valores Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Marcos Da Costa Santos

E Ebs Supermercados Ltda V J De Q . Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de março de 2020. O Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade". Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo. Editora 34, 2010.

CAHALI, Youssef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LEMOS, Livia Oliveira. Coronavírus, direito à saúde e danos extrapatrimoniais: Qual a correlação. *IV: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). Coronavírus e responsabilidade civil: Impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, t. I, p. 272-286.

CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. Brazil in comparative perspective: the legacy of the founding, and the future of constitutional development. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n1/2359-5639-rinc-06-01-0011.pdf>. Acesso em: 26.03.2020.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - COFEN. Profissionais infectados com COVID-19 informado pelo serviço de saúde. **Observatório da Enfermagem – COFEN**. Disponível em: <http://observatoriodaenfermagem.cofen.gov.br/> . Acesso em: 27.08.2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. CFM divulga primeiro levantamento com denúncias de médicos da linha de frente contra a pandemia. 15 de maio de 2020. Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28695:2020-05-15-11-57-06&catid=3 . Acesso em: 09.08.2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Atualidades Jurídicas. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil** - OAB, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. **Civilística**. a 5, n. 1, 2016, p. 23.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

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.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. *IN*: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). **Responsabilidade Civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp.240-292.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28 e 37.

GOVERNO do Distrito Federal. Secretaria de Saúde. A saúde mental dos profissionais de saúde em meio à pandemia COVID-19. Disponível em: Matéria Site_Para profissionais de Saúde_A Saúde Mental em meio à Pandemia COVID-19 (saude.df.gov.br). Acesso em: 12 de setembro de 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOTTA, Gabriela; FERNANDEZ, Michelle; MAGRI, Giordano; MELLO, Claudio Aliberti de Campos; CORRÊA, Marcela Garcia; ROCHA, Mariela Campos; TAMAKI, Eduardo Ryo; SCHALL, Brunah; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de COVID-**

19 e os(as) profissionais de saúde pública no Brasil - 4ª fase. Nota técnica. Abril de 2021. Disponível em: <https://neburocracia.files.wordpress.com/2021/04/re111-saude-COVID-19-fase4-v3.pdf>. Acesso em: 27.08.2021.

MASSUDA A, MALIK AM, Ferreira JUNIOR WC, VECINA Neto G, LAGO M.; TASCA, R. **Pontos chave para Gestão do SUS na Resposta à Pandemia COVID-19.** São Paulo; 2020. (Nota Técnica n. 6. IEPS) Disponível em: (PDF) Pontos-chave para Gestão do SUS na Resposta à Pandemia COVID-19 (researchgate.net). Acesso em: 12.08.2021

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37. ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Décio Ballesteros Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.8, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário.** 7ª ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento do Complexo Industrial e Inovação em Saúde. **Classificação de risco dos agentes biológicos.** Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/classificacao_risco_agentes_biologicos_3ed.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento do Complexo Industrial e Inovação em Saúde. **Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais.** 2020. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/16/01-recomendacoes-de-protecao.pdf> . Acesso em 09.08.2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil.** 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, ano 95, v. 854, dez. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho.** 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA BUROCRACIA (NEB/FGV-EAESP). A pandemia de COVID-19 e os profissionais de saúde pública no Brasil. Maio 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-COVID-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf. Acesso em 20 mar. 2021.

OSHA - Occupational Safety and Health Administration. Guidance on Preparing Workplaces for COVID-19. U.S. Department of Labor. Disponível em: <https://www.osha.gov/Publications/OSHA3990.pdf> . Acesso em 20 mar. 2021.

PAINEL Coronavírus. **Ministério da Saúde**. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br> . Acesso em: 27.08.2021

REDE COVIDA. A saúde dos trabalhadores de saúde no enfrentamento da pandemia da COVID-19. 5. ed. **Boletim CoVida**, 2020. Disponível em: <http://renastonline.ensp.fiocruz.br/recursos/boletim-covida-n-5-saude-trabalhadores-saude-enfrentamento-pandemia-COVID-19>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Leituras complementares de Direito Constitucional. *IN*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Transcrição de Marbury V. Madison (1803). Ourdocuments. Disponível em: https://www.ourdocuments.gov/print_friendly.php?flash=false&page=transcript&doc=19&title=Transcript+of+Marbury+v.+Madison+%281803%29. Acesso em: 05.09.2020.

WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. **WHO**. Disponível em: <https://covid19.who.int/> . Acesso em: 27.08.2021.

WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56, **Wash. & Lee L. Rev.**, n. 787, p.789, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 06 de março de 2020. Tradução da autora a partir do original: *“Marshall in 1803 was not embarking on a crusade for judicial supremacy. His aim was to isolate the judiciary from partisan politics as much as possible.”* (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 **Wash. & Lee L. Rev.**, n.789, p.806,1999.