

RECEBIDO EM: 23/02/2021

APROVADO EM: 18/03/2021

PERSPECTIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL E A COVID-19.

STATE CIVIL LIABILITY AND COVID-19

Fabiano de Figueiredo Araujo

*Doutorando em Direito. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro
Universitário de Brasília. Especialista em Administração Pública pela Fundação
Getúlio Vargas. Procurador da Fazenda Nacional. Professor Universitário*

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. O Estado como Limitador da Atuação Econômica e a Aplicação da Teoria do Risco Administrativo; 2. O Estado como Tutelador da Saúde e a Responsabilidade Civil Por Omissão; Considerações Finais.

RESUMO: A COVID-19 suscitou discussões sobre a responsabilidade civil estatal decorrente das condutas empreendidas como forma de enfrentamento dos efeitos da COVID-19, uma vez que a legislação de regência estabeleceu o Estado como elemento central para evitar a propagação do vírus, por intermédio de medidas de quarentena ou limitações administrativas. Diante desse espectro, o objetivo do artigo é de tratar sobre a responsabilidade aquiliana estatal no contexto da COVID-19. O artigo tem duas partes, uma pertinente a examinar se as limitações administrativas feitas pelos entes federativos, estabelecendo quarentenas e restrições de atividade econômicas, têm o condão de gerar responsabilidade civil estatal, enquanto o segundo capítulo trata do assunto em relação à assistência à saúde estatal. A conclusão do artigo é que o cenário normativo de responsabilização estatal no âmbito da COVID não é diferente do paradigma ordinário, de sorte que a pandemia, em si, não modificou a forma de apuração da responsabilidade. O artigo teve como lastro metodológico a análise documental e a revisão da literatura jurídica específica.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. COVID. Teoria do Risco Administrativo. Assistência à Saúde. Omissão Estatal.

ABSTRACT: There are discussions about COVID-19 and State Civil Liability, because of the role of the State in order to control the effects of pandemic and to prevent the spread of the virus, through quarantine measures or administrative limitations. So, the objective of the paper is to deal with the State Civil Liability in the context of COVID-19. This paper has two parts. The first chapter examines if the administrative limitations made by the federative entities, establishing quarantines and economic activity restrictions, have the power to generate state civil liability, while the second chapter deals with the subject in relation to health care provided by State. The conclusion of this paper is the legal model of state accountability within the scope of COVID is no different from the ordinary model, so that the pandemic itself did not change the way of recognizing civil liability. The paper methodology was the documentary analysis and the review of the specific legal literature.

KEYWORDS: Civil Liability. COVID. Risk Theory. Health Care. State Omission.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual crise sanitária decorrente da COVID-19 trouxe à tona uma ampla discussão acerca dos limites e do papel do Estado na adoção de medidas tendentes ao enfrentamento da pandemia.

A legislação basilar sobre o combate à COVID-19, a Lei nº 13.979, de 2020, modelou o Estado no papel central de evitar a propagação do vírus, podendo utilizar de medidas de quarentena e limitações administrativas. Outrossim, o combate à COVID-19 renovou a importância do Sistema Único de Saúde (SUS), sistemática de assistência pública à saúde institucionalizado no Brasil.

Desse modo, o papel mais assertivo estatal na condução e enfrentamento da COVID-19 acaba ensejando debates sobre as consequências relativas à futura responsabilidade civil estatal relacionadas com condutas, comissivas ou omissivas, advindas deste período.

Sendo assim, o escopo desse artigo é o de discorrer sobre o liame do combate à COVID-19 e a eventual responsabilidade aquiliana governamental.

Para atender ao aludido desiderato, o primeiro item deste artigo é o de examinar se as limitações administrativas feitas pelos entes federativos, estabelecendo quarentenas e restrições de atividade econômicas, têm o condão de gerar responsabilidade civil estatal. Continuando, o segundo capítulo deste artigo já enfrenta a assistência à saúde estatal e a eventual possibilidade de ressarcimento pelo Estado por condutas comissivas ou omissivas governamentais. Finalmente, promovem-se conclusões jurídicas pertinentes sobre a matéria.

No aspecto metodológico, consigne-se que o artigo teve como lastro análise documental, por intermédio de exame de proposições legislativas e de acórdãos dos Tribunais Superiores, bem como uma revisão da literatura jurídica específica sobre a responsabilidade civil, em especial do Estado.

1. O ESTADO COMO LIMITADOR DA ATUAÇÃO ECONÔMICA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Há grande complexidade no confronto sanitário da pandemia da COVID-19. A enfermidade derivada do vírus possui especificidades que

foram conhecidas apenas no próprio decorrer da propagação da COVID019, cenário, decerto, bastante desafiador a todos.

Diante desse contexto, não há dúvidas de que o Estado é instrumento essencial e estratégico para combate dos efeitos negativos da pandemia, como sustentáculo de medidas de enfrentamento do grave problema sanitário colocado e das suas sensíveis consequências econômicas. Assim, adveio a necessidade de que o Poder Público lograsse ter assertividade nesse contexto.

Um dos mecanismos empregados para enfrentamento da calamidade sanitária foi a determinação de restrições de atividade econômica. Os entes federativos empreenderam paulatinas quarentenas e restrições setoriais de atividades econômica, utilizando a permissiva legal dada pelo art. 2º, II, da Lei nº 13.979, de 2019, lei geral de enfrentamento da emergência de saúde pública oriunda da COVID-19, conforme a autorização dada pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, quando registrou que os entes subnacionais logram obter competência para realizar medidas de combate à COVID.

Essas condutas tiveram como motivação basilar diminuir a circulação de pessoas, de maneira a evitar a propagação do vírus. Sem embargo, as medidas sanitárias de isolamento ensejaram a paralisação da atividade econômica de milhares de sociedade empresárias.

Dessarte, esse comportamento comissivo do Estado, de paralisação de atividades realizadas pelos agentes econômicos, com a finalidade de atender ao desiderato de controle sanitário, gerou decerto consequências pecuniárias aos aludidos atores. Essa ilustração pode gerar eventual discussão acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil estatal em face dessas limitações administrativas relacionadas com o enfrentamento da COVID-19.

Sem querer ser extenso, mas como elemento necessário ao deslinde do presente artigo, vale a pena tecer breves linhas sobre a temática.

Como sabido, o debate da responsabilidade extracontratual do Estado logrou obter grande transformação no decorrer do tempo, derivado da própria ampliação da complexidade das atividades realizadas pelas grandes organizações, dentre elas o próprio Estado¹.

1 “A responsabilidade civil do Estado traz alguns problemas hermenêuticos por ser um instituto do Direito Civil que sofreu adaptações no seu transporte para o Direito Administrativo: no Direito Civil, a evolução de uma responsabilidade por culpa para a teoria do risco decorreu da complexização de algumas

A responsabilidade extracontratual do Estado, no contexto brasileiro, é delineada basicamente pela *Teoria do Risco Administrativo*, a qual acentua que, presentes o fato do serviço da Administração Pública e a relação direta de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, advém ao Poder Público o encargo de ressarcir tal prejuízo. Ao particular que suportou o prejuízo não lhe cabe demonstrar a culpa do Estado ou de servidor público específico. Nesse cenário, o Estado é que poderá, com o fito de afastar ou infirmar a sua responsabilidade, comprovar a existência, em caso concreto, das denominadas excludentes, em geral doutrinariamente acatadas como culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito.

Com efeito, a fundamentação tradicional acerca do emprego da responsabilidade objetiva estatal, mediante a *Teoria do Risco Administrativo*, advém da tradicional visão doutrinária de repartição de encargos e preservação do primado da isonomia (CARVALHO FILHO, 2016; MELLO, 2013, p. 1015), uma vez que não é condizente com a igualdade a conduta governamental que gere prejuízo a específico terceiro em atividades de interesse de todos, sem que haja o devido ressarcimento. Outrossim, utiliza-se como motivação para a responsabilidade objetiva o próprio risco dos empreendimentos estatais, em consonância com o que ocorre na responsabilidade civil em outras esferas (ARAGÃO, 2004).

Portanto, a responsabilidade civil objetiva evidencia que o Estado e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos em geral, consoante a literalidade do art. 37, §6º, da Constituição Federal, têm responsabilidade pelo mero deslinde que a conduta por eles exercida envolve, isto é, mesmo que a atuação estatal seja normativamente lícita.

A responsabilidade civil objetiva não exige que haja conduta *ilícita* do agente público causador do cenário danoso ao particular, havendo, pois, a dispensa do elemento subjetivo (*culpa ou dolo*) para qualificação da aludida responsabilidade. Concernente às condutas realizadas pelo Estado Brasileiro, esse viés interpretativo incide desde há muito, com previsão

atividades econômicas de massa, cujos riscos e consequentes responsabilidades passaram a ser incluídos nos custos da própria atividade empresarial". (ARAGÃO, 2004, p. 27-38.). Deveras, essa massificação da atividade econômica infirmou a tradicional visão de responsabilidade patrimonial lastreada no viés estritamente individualista, tanto no âmbito do agente causador do dano (uma vez que a larga organização empresarial elimina a existência de um único ser que atenderia com diligência a todos os detalhes de seu empreendimento), quanto em relação à vítima (esse cenário novo institucional dificultaria certamente a identificação precisa do indivíduo responsável direto pelo dano gerado). Por sua vez, um dos cofundadores da teoria do risco no ambiente francês, esfera tradicional do Direito Administrativo, foi L. JOSSERAND, que sustentou a aplicabilidade da lógica do risco administrativo oriunda da visão que já se tinha no âmbito da responsabilização do acidente de trabalho.

inicial na prestação de serviço das estradas de ferro (Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912) e com ampliação alargada no âmbito estatal com a Constituição de 1946. Esse norte normativo retrata a lição de Orlando Gomes (1989, p. 294) de que o âmago da responsabilidade civil mudou da vetusta visão de ato ilícito em si (violação do dever de atenção) para a noção de dano injusto.

Sem embargo, não se pode olvidar que a obrigação de indenizar pelo Estado pressupõe o preenchimento de pressupostos específicos.

Inicialmente, há de se fazer uma relação de causalidade entre uma conduta (comissiva/omissiva) estatal e uma consequência danosa a um terceiro, determinante de prejuízo. Em suma, uma ligação de causa e efeito. Esse elemento é denominado doutrinariamente por nexo causal.

A relação de causalidade tem ampla abordagem doutrinária no âmbito do Direito Civil. Superando outras teorias a respeito da relação de causalidade (CAHALI, 2007, p. 75), a exemplo da *Teoria da Equivalência das Condições* ou *Teoria da Causalidade Adequada*, é aplicável no contexto brasileiro a *Teoria do Dano Direto e Imediato*, previsto, de forma expressa, apenas na responsabilidade civil contratual pelo art. 403 do Código Civil. Deveras, com lastro nessa teoria, nem toda concausa prejudicial ao deslinde do cenário objeto do prejuízo enseja relação de causalidade, sendo que o dever de indenizar advém quando o dano for efeito direto e necessário de um causa. O Supremo Tribunal Federal corroborou esse viés em famoso precedente (Recurso Extraordinário nº 130.764, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992), em que se afastou a responsabilidade civil estatal em face de um prisioneiro que, temporariamente hospitalizado, fugiu do ambiente hospitalar e cometeu assalto após vinte e um meses da fuga.

Tendo em vista esse primado de que o dano deve ser gerado direta e necessariamente por uma conduta estatal, o nexo causal não é verificado caso a própria vítima tenha dado ensejo ao prejuízo, ou em situações de força maior ou “por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público” (FREITAS, 2005, p. 29)². Essas hipóteses são denominadas como *cláusulas excludentes de causalidade*.

2 Sem embargo da eventual possibilidade de emprego da Teoria do Risco Social, conforme abordagem ainda a ser feita neste artigo.

O último pressuposto para configuração da responsabilidade civil estatal é a existência de dano, que se configura no prejuízo, no desfalque sofrido por alguém (VENOSA, 2013). Sem embargo de outras tipologias, os danos em geral podem ser configurados como *danos materiais*, que ensejam uma lesão patrimonial (*emergente ou lucro cessante*), danos morais, entendidos como aqueles de cunho psíquico, de afeição, de personalidade (VENOSA, 2013, p. 314), ou *danos estéticos*, que têm pertinência com a aparência da pessoa, e não se confundem com os danos morais (Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça).

Diante dessas considerações, verifica-se que o Estado, possuidor de ampla liberdade de atuação, mediante outorga dada pela própria Constituição Federal, pode gerar danos específicos por força de suas condutas diretas ou até mesmo por intermédio de normas diretivas ou fomentadoras. Essas atuações estatais, vale mais uma vez aditar, seria pressupostamente lícitas, porquanto autorizadas pelo Ordenamento Jurídico, sem embargo de eventualmente geradoras de prejuízos econômicos ou de outras matizes.

Não cabe confundir, convém registrar, responsabilidade civil objetiva por ato lícito com *sacrifício de direito* (CELSONO, 2013, p. 1010; SUNDFELD, 2003, p. 95). Sacrifício de direito é o efeito de um instituto cujo razão de existência seja imediatamente a realização de limitação ou exclusão do direito, podendo-se citar como lembrança emblemática a desapropriação. Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva por ato lícito deriva de um prejuízo causado por uma conduta governamental. O efeito prático da referida distinção que o sacrifício de direito pressupõe uma indenização prévia, por consubstanciar fatalmente uma desapropriação de direito, enquanto a responsabilidade civil deve ser previamente conhecida, para gerar futuros efeitos pecuniários.

A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em várias oportunidades. No julgamento do RE nº 571969, Plenário, em 2014, o STF acolheu a responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica normativamente lícita implementada pelo Governo. Outrossim, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 884.325, Plenário, julgado em 2020, acatando a premissa de que é cabível a responsabilidade civil no cenário em comento, firmou a tese de que “é imprescindível para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em decorrência da fixação de preços no setor sucroalcooleiro a comprovação de efetivo prejuízo econômico, mediante perícia técnica em cada caso concreto”.

Continuando, a determinação de paralisar específicas atividades econômicas e demais medidas que tiveram o condão de combater a transmissão do vírus possui previsão legal expressa (arts. 2º e 3º da Lei nº 13.979, de 2020), além de estar, decerto, consonante com as obrigações constitucionais do Estado de empreender medidas de combate a pandemias para preservação da saúde da população, conforme inclusive entendeu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, proposta em face de preceitos da Lei nº 13.979, de 2020, após a edição da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020.

Dessarte, a conduta governamental (*paralisação de atividades econômicas*) pode ensejar consequências pecuniárias aos agentes econômicos que atuam nos campos objeto de medidas de quarentena, podendo haver eventual alegação de responsabilidade aquiliana por parte do Estado. Sem embargo, como sabido, a responsabilidade civil extracontratual tem como pressuposto a demonstração cabal do prejuízo do particular interessado, descabendo a mera alegação de dano sem evidência probatória do fato. Esse é o entendimento já exposto pelo STF (Recurso Extraordinário com Agravo nº 884.325) e acatado doutrinariamente (CAHALI, 2007, p. 67 e ss.; DANTAS BISNETO & SANTOS & CAVET, 2020).

Esse dano, vale aditar, no âmbito da responsabilidade civil objetiva estatal por ato lícito, deve ser anormal e individualizável (CAHALI, 2007, p. 68; ZANCANER, 1981, p. 66-7), descabendo a responsabilidade civil estatal por edição de um ato que logra obter generalização.

Afinal, é ínsito à atividade administrativa o emprego de mecanismos transversais ou, melhor explicitando, a universalidade da condução e dos comandos estatais é elemento inerente à sistemática governamental, de sorte que o engendramento de condutas que influenciem um largo espectro de pessoas, quicá todos, com eventuais prejuízos econômicos, não enseja necessariamente um benefício de terceiros ou da coletividade em detrimento de um prejuízo singular, individualizado, pressuposto, como já delineado outrora, da responsabilidade civil objetiva estatal (a fim de salvaguardar a isonomia).

Desse modo, política econômica desastrada, por exemplo, por não configurar empreendimento governamental com efeitos singularizados, mas, ao contrário, com consequências transversais, não gera responsabilidade civil objetiva estatal. O dano deve ser direto, imediato e particular – medidas que atingem a todos, em si, não é geradora de ressarcimento por parte do Estado.

Esse viés, portanto, pode orientar a responsabilização civil estatal no tocante às medidas de limitações administrativas relacionadas com o combate da COVID-19. Afinal, as restrições de atividade econômicas atingem a totalidade de agentes econômicos de setores objeto das medidas de quarentena, não focando diretamente indivíduo específico.

A referida interpretação lastreou julgamento ocorrido no Estado alemão de Baden-Württemberg, no sudoeste da Alemanha. Uma proprietária de salão de beleza, cujo empreendimento fora fechado por medidas sanitárias, ajuizou demanda indenizatória em face do referido ente federativo, sob o pálio de que os comandos estatais de limitação econômica lhe geraram prejuízo financeiro. O juízo negou o pleito, aduzindo, além de que já havia lei local que estabeleceria uma subvenção econômica, que a medida de paralisação de atividades era válida não apenas para a demandante, mas para toda a população (MIGALHAS, 2020).

A aplicabilidade adequada da responsabilidade civil estatal por ato lícito, atentando-se à lógica da necessidade de demonstração do nexo de causalidade bem como o efetivo dano direto a particular, possibilita a clara distinção da *Teoria do Risco Administrativo* em face da denominada *Teoria do Risco Social*, em que possibilita que o Estado tenha a obrigação de ressarcir prejuízos sofridos por específica vítima, a despeito de não haver qualquer conduta (comissiva ou omissiva) de agente estatal que enseje respectivo nexo de causalidade (MELLO, 2014, p. 1015)

Em suma: responsabiliza-se por atos de terceiros. Assim, verifica-se que essa espécie de responsabilidade não tem lastro expresso no art. 37, §6º, da Constituição Federal, estando à margem de tal preceito constitucional (CARVALHO, 2016). Exemplo de tal responsabilização pode ser extraído da Lei nº 10.744, de 2003, que autorizou a União a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas. Outra hipótese famosa é a da Lei nº 12.663, de 2012, a *Lei Geral da Copa*, cujo art. 23 dispõe que a União assumiria os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos notórios eventos esportivos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já houve debate se há permissivo constitucional para que o ente estatal possa assumir

responsabilidade por danos praticados por terceiro. Em meados do ano de 2014, o STF examinou a constitucionalidade do dispositivo já mencionado na Lei Geral da Copa, por intermédio da ADI nº 4976. Acentuou a possibilidade de que o ente estatal assumira responsabilidade de forma ampliada ao disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, mormente em situações específicas de grave risco para a população ou de relevante interesse coletivo, em que “pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária” (trecho do voto condutor).

Verifica-se, portanto, que o STF legitimou a responsabilização do Estado à margem do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, de sorte que soa possível a possibilidade de instituição de preceito legal que gerasse a assunção, por ente federativo, de responsabilidade com lastro na Teoria do Risco Social.

Tendo em vista inclusive esse cenário no contexto da COVID, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei (PL) nº 1826/2020, cujo intuito era o de prever compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde, ou a dependentes, conforme o caso, que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação da COVID-19, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho. Observa-se que a referida propositura tinha clara influência da *Teoria do Risco Social*, porquanto estabeleceu uma obrigação indenizatória pela União sem que houvesse necessariamente conduta governamental federal que ensejasse o dano aos interessados. O PL acabou sendo vetado totalmente pelo Presidente da República, tendo como lastro motivações majoritariamente de cunho orçamentário-financeiro.

Firmadas essas considerações, entende-se que as políticas de limitação administrativas feitas pelos entes federativos, para fins de controle pandêmico, não são, por si só, geradoras de responsabilidade civil estatal, uma vez não ostentam condutas governamentais singularizadas, mas com consequências gerais. A casuística, portanto, deve nortear eventual aplicação de responsabilidade civil no caso em comento.

2. O ESTADO COMO TUTELADOR DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO

Um outro espectro de exame da responsabilidade civil pertine à própria atividade estatal no tocante à prestação de saúde. Deveras, o

mecanismo de assistência sanitária em nosso país, mormente o sistema público de saúde, está sendo utilizado à saciedade no combate à COVID-19, havendo, inclusive, tristes episódios de colapso no sistema, a exemplo do que ocorreu em Manaus no início de 2021.

No contexto brasileiro, o direito de assistência à saúde é estabelecido institucionalmente de forma bastante ampliativa. Afinal, uma adequada lógica de saúde não é apenas concessão de medidas corretivas de enfermidades. É todo um contexto subjacente a este, tal como a estruturação de mecanismos de saneamento básico e de diminuição de desequilíbrios econômicos extensos. Tanto isso é verdade que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1947, delineou um conceito bastante amplo acerca da sistemática, quando acentuou a definição de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”³.

Dessarte, a Constituição Federal procurou implementar uma assertividade estatal na condução de medidas tendentes a salvaguardar a saúde, não se limitando a adentrar em questões pertinentes à estruturação de mecanismos de assistência direta à saúde, mas prevendo também a necessidade de que entes subnacionais promovam, por exemplo, programas de saneamento básico (art. 23, IX, Constituição Federal).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a conferir ao direito à saúde o status de direito fundamental, no seu art. 6º (MENDES & BRANCO, 2017), em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu art. XXV, assegura o direito à saúde como um dos direitos humanos.

Já o art. 196 e ss. da Constituição Federal delimita a ampla garantia da assistência da saúde ao nosso país. É de bom tom consignar pois a amplitude de extensão do direito à saúde no Brasil, tanto no aspecto objetivo (objeto da prestação do direito à saúde outorgado pelo Estado) quanto subjetivo (a própria universalidade do SUS, em relação aos seus beneficiários) (PINTO, 2017, p. 80).

Esse espectro jurídico demonstra que a população em geral logra possuir direito subjetivo a uma adequada assistência à saúde pelo Estado e até por força disso, há ampla intervenção do Poder Judiciário para

3 Conceito de saúde constante na parte inicial da Constituição da Organização Mundial de Saúde, firmada em 22 de julho de 1946.

compelir os entes federativos a concretizar o direito à saúde da população brasileira, pelos mais diversos focos (desde fornecimento de medicamentos a obrigatoriedade de fornecimento de específicos tratamentos).

Dessarte, a aplicabilidade da temática da responsabilidade civil do Estado no âmbito da prestação de saúde fica evidente, havendo ampla discussão sobre o assunto. Com efeito, a prestação inadequada de serviço (conduta comissiva estatal) ou a falta de um atendimento condizente e escoreito (omissão governamental), desde que haja nexo de causalidade e um dano material, moral ou estético, tem o condão de gerar obrigação indenizatória do Estado.

Esse cenário fica bem demonstrado, inclusive no contexto da COVID-19, em relação a atos comissivos. Condutas positivas em ambientes de assistência à saúde estatais que gerem consequências danosas às vítimas logram ter maior facilidade de evidenciar a responsabilidade estatal. Essa exegese, inclusive, já foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando acentuou que existindo nexo de causalidade, imputa-se responsabilidade civil ao Estado quando um indivíduo se contaminar com HIV em face de procedimento realizado em unidade pública de saúde (Recurso Especial nº 1299900, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015; Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 672.799, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018).

O debate mais alentado ocorre, na verdade, no tocante a eventuais falhas ou omissões estatais no tocante ao combate da pandemia. Advém, nesse âmbito, a discussão sobre a responsabilidade civil concernente a omissões estatais.

A doutrina tradicional (por todos, MELLO, 2013, p. 1019 e ss.; SUNDFELD, 2009, p. 182) explicita que a responsabilidade civil estatal por omissão configura uma *responsabilidade subjetiva*, não no sentido tradicional de necessidade de demonstração de culpa ou dolo individualizado do responsável pela omissão geradora do dano. Deveras, a culpa seria ostentada como *culpa anônima* ou *culpa administrativa*, no sentido de que não caberia à vítima demonstrar o servidor público responsável pelo prejuízo, mas o de evidenciar o não ou mau funcionamento do Estado, bem como a relação entre essa falta (ou inadequação) governamental e o dano do indivíduo.

Consoante lição conhecida (MELLO, 2013, p. 1021-2; JIMENEZ, 2013, p. 73), a culpa administrativa decorre de três situações, quais sejam, a falta do serviço, a inexistência do serviço ou o do retardamento da

atividade administrativa. Verifica-se, pois, que ao contrário do que ocorre no âmbito da responsabilidade civil objetiva, a atividade administrativa em si (ou o *fato de serviço*, consoante expressão aduzida pela doutrina) não é o elemento indutor da responsabilidade civil, mas a *falta ou culpa do serviço* administrativo.

O motivo por trás dessa visão é a de que o nada em si gera nada: se o Estado não agiu, não lhe pode ser imputado a princípio qualquer responsabilidade por prejuízo. Eventual dano só existiria a terceiro caso se evidenciasse que o Estado tivesse a obrigação normativa de atuar de forma adequada e tempestiva, de sorte que a sua omissão gerasse, em tal panorama, específica consequência. A estruturação de tal obrigação denota que a inexistência de conduta, ou eventual conduta a destempo ou inadequada, se deveu por falha governamental, ostentando, assim, o elemento subjetivo ínsito a tal espécie de responsabilidade civil.

Sem embargo dessa exegese tradicional, o STF vem delineando recentemente que a responsabilidade civil estatal por omissão seria também objetiva.

O STF acentuou que nas situações em que o Estado logra ter poder de guarda de pessoas ou coisas, o Poder Público se encontra em posição de garantidor, tendo o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas que estejam a ele vinculadas. Desse modo, havendo morte de detento, por exemplo, o STF consigna que há responsabilidade civil estatal, na modalidade objetiva (Recurso Extraordinário nº 841526, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016).

Outrossim, no Recurso Extraordinário nº 136861, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, o STF reconheceu a responsabilidade civil estatal objetiva no âmbito de danos derivados de falhas de fiscalização de fogos de artifício e estabeleceu a seguinte tese em sede de Repercussão Geral:

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular.

A despeito de o STF ter acentuando que, nessas hipóteses, a responsabilidade civil estatal por omissão seria objetiva, verifica-se que

a Suprema Corte acaba estabelecendo uma exigência específica para imputação do dever de ressarcimento, qual seja, falha governamental em não realizar especial conduta (guardar ou fiscalizar, respectivamente), o que não deixa de ser a aplicação da tradicional visão da demonstração da culpa administrativa para fins de qualificação da responsabilidade civil por omissão, já que se traz à tona a necessidade de evidenciar um elemento subjetivo no âmbito estatal como pressuposto de incidência da responsabilidade aquiliana.

Verifica-se, portanto, que, com a devida vênia, a interpretação recente do STF com a imputação de responsabilidade civil objetiva nos prejuízos derivados de omissões estatais logra ter efeito muito mais retórico do que propriamente inovador no panorama normativo da questão.

A responsabilidade civil por omissão pode incidir no âmbito da COVID-19, caso se evidencie, em circunstâncias específicas, omissões na assistência à saúde que gerem dano direto aos indivíduos. Não há como se afirmar, de forma preambular, que a COVID-19 seria em si um cenário de caso *fortuito ou força maior*, uma vez que proliferações de vírus e doenças em si são cenários verificados constantemente. Não por acaso, o STJ já acentuou, em precedente antigo, que é responsabilidade da Administração Pública tomar medidas para controle de pandemia, e que desconhecimento científico pontual não expurga, por si, o papel do Poder Público em empregar medidas com o intuito de mitigar os efeitos pandêmicos (Recurso Especial nº 1299900, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015).

Sem embargo, a incidência da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe, decerto, uma relação de causalidade entre o cenário omissivo e um dano direto e efetivo ocorrido em face de terceiro. A calamidade derivada do cenário da COVID-19 não expurgará a necessidade de preenchimento dos pressupostos tradicionais da responsabilidade aquiliana. O encargo do ressarcimento por danos não é abstratamente determinado, dependendo, decerto, da análise do nexu causal em face de um prejuízo efetivo (DANTAS BISNETO & SANTOS & CAVET, 2020). O simples fato de ser acometido pela COVID-19 não será, decerto, fator passível de responsabilização civil.

A fim de corroborar tal premissa, é trazido precedente do Superior Tribunal de Justiça relacionado com os programas de prevenção e combate à dengue, tombado sob o nº 703.471, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005. Conforme ideia do acórdão, soa indevida a reparação de danos ocasionada

por falta do serviço público quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico.

Factualmente, a responsabilidade civil por inadequada assistência à saúde será aferida mediante uma efetiva análise da casuística, no sentido de se avaliar se uma omissão ou atuação inadequada pelos agentes estatais enseje consequências danosas na enfermidade em comento. Em suma, uma assistência à saúde falha que influencie diretamente no aumento dos efeitos danosos da COVID-19, quiçá o falecimento.

Pode-se, pois, vaticinar que o espectro de responsabilização do Estado por omissão, em relação às consequências sanitárias da COVID-19, não é necessariamente distinto do que ocorre no contexto ordinário de tratamento da responsabilidade civil estatal. O elemento pandêmico, em si, não seria uma nota de indenidade para afastar a responsabilização estatal, mas também não infirmaria a necessidade de preenchimento dos tradicionais pressupostos para reconhecimento da responsabilidade aquiliana estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As consequências inéditas e amplas da COVID-19 geram repercussões de efeito no Direito brasileiro.

Extrai-se toda uma construção de uma normatização específica, denominada inclusive “de Crise”, para estruturar paradigmas singulares condizente com o cenário e consequências da pandemia. Como exemplos, pode-se citar a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que implementou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, ou a Emenda Constitucional nº 106, de 2020, que instituiu regime extraordinário financeiro-orçamentário.

Sem embargo, no tocante à responsabilidade civil estatal, como não adveio estruturação positiva própria, verifica-se que a pandemia da COVID-19 não ostenta uma efetiva mudança na forma como se visualiza a responsabilidade civil do Estado.

Afinal, as condutas governamentais tendentes a promover limitações administrativas, com a finalidade de controlar a propagação da COVID-19, não ensejam, por si só, a responsabilidade civil objetiva por ato lícito,

porquanto configuram atos governamentais gerais, e não singularizados. A pandemia, pois, não tem o condão de por si ensejar modificação nos pressupostos ordinários para qualificação da responsabilidade aquiliana pelo Estado.

Outrossim, aponta-se que no tocante a omissões ou falhas de assistência à saúde, o cenário normativo de responsabilização estatal no âmbito da COVID não é diferente do paradigma ordinário. Desse modo, uma lide judicial que venha a tratar sobre prejuízos de particulares irá pressupor uma instrução probatória que evidencie a relação causal entre a conduta omissiva (ou comissiva) governamental e o específico dano.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado*. Revista de Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, v. 58, 2004, p. 27-38.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020

GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

JIMENEZ, William Guillermo. *Origen y Evolución de las teorías sobre la Responsabilidad Estatal*. Revista Dialogos de Saberes. N. 38, p. 63-78, junio de 2013, Bogotá-Colômbia.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIGALHAS, FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. *Revista Migalhas: German Report*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniais-de-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10 dez 2020.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FREITAS, Juarez. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 241, pp. 21-37, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

