

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE SERVIDORES
PÚBLICOS DECORRENTE DA COVID-19**

Vitor Conehero Ghizzi

Presidente Prudente/SP

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE SERVIDORES
PÚBLICOS DECORRENTE DA COVID-19**

Vitor Conehero Ghizzi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Gabriel Lino de Paula Pires.

Presidente Prudente/SP

2022

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE SERVIDORES
PÚBLICOS DECORRENTE DA COVID-19**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Prof. Dr. Gabriel Lino de Paula Pires

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral

Prof. João Pedro Gindro Braz

Presidente Prudente, 21/06/2022

A Miguel e Lucca,
Por me mostrarem diariamente,
Pelo brilho de seus olhos,
Que Deus está presente.

RESUMO

A variedade de discussões em torno da imputação de responsabilidade civil ao Estado não passou imune aos reflexos advindos da pandemia da Covid-19. É certo que o exercício do poder soberano pelo Estado deve encontrar limites, mormente no Texto Constitucional, que deve trazer, como pilar fundamental de um Estado Democrático de Direito, importantes limitações ao poder estatal. Dentre elas podemos destacar, em nossa Carta Magna de 1988, a previsão da responsabilidade civil do Estado, tema do presente estudo e protagonista de uma rica e importante evolução histórica. A imputação do dever de indenizar ao Estado pela atuação dos agentes públicos segue, hodiernamente, via de regra, a teoria objetiva, pela qual a vítima está liberada do ônus de comprovar a culpa do agente, girando a discussão apenas em torno da conduta, do dano sofrido e do nexo de causalidade. Todavia, possível se mostra a exclusão da responsabilidade caso o Estado prove alguma das causas excludentes da responsabilidade, v.g. a culpa exclusiva da vítima, e mais, discutível ainda na doutrina e jurisprudência é a questão entorno da responsabilidade nas hipóteses de omissão estatal, a qual tem sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal como também sujeita à responsabilidade objetiva, indo de encontro à posição de notória doutrina no sentido de que para imputar ao Estado o dever de reparação civil decorrente de danos por omissão do Poder Público, a vítima deveria comprovar a culpa estatal, aplicando-se, por isso, a teoria subjetiva da responsabilidade. O presente estudo almeja, a partir de uma metodologia dedutiva, discutir as vertentes da aplicação da responsabilidade civil ao Estado no caso da morte de servidores públicos atingidos pela Covid-19, inclusive pela análise das principais legislações pertinentes dentro do vasto quadro legislativo de enfrentamento à pandemia. Com efeito, a Administração Pública deve usar de todos os meios possíveis a garantir o exercício da atividade funcional por seu quadro de servidores, com foco na prevenção da contaminação pelo novo vírus, sendo responsável quando infringe tal dever de cuidado e o servidor vem a falecer – ou sofre outros danos – em decorrência de sua contaminação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Pandemia. Covid-19. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The variety of discussions around the imputation of civil liability to the State has not been immune to the effects of the Covid-19 pandemic. It is certain that the exercise of sovereign power by the State must find limits, especially in the Constitutional Text, which must bring, as a fundamental pillar of a Democratic State of Law, important limitations to state power. Among them we can highlight, in our Magna Carta of 1988, the provision of civil liability of the State, subject of this study and protagonist of a rich and important historical evolution. The attribution of the duty to indemnify the State for the actions of public agents currently follows, as a rule, the objective theory, by which the victim is released from the burden of proving the agent's guilt, turning the discussion only around the conduct, the damage suffered and the causal connection. However, it is possible to exclude liability if the State proves any of the causes that exclude liability, e.g., the exclusive fault of the victim, and more, still debatable in the doctrine and jurisprudence is the question surrounding responsibility in the hypotheses of state omission, which has been judged by the Federal Supreme Court as also subject to objective liability, going against the position of the notorious doctrine in the sense that in order to impute to the State the duty of civil reparation resulting from damage by omission of the Public Power, the victim should prove the State's guilt, applying, therefore, the subjective theory of responsibility. The present study aims, from a deductive methodology, discuss the aspects of the application of civil liability to the State in the case of death of public servants affected by Covid-19, including the analysis of the main relevant laws within the vast legislative framework to confront the pandemic. Indeed, the Public Administration should use all possible means to ensure the exercise of functional activity by its staff, focusing on preventing contamination by the new virus, being responsible when it violates this duty of care, and the server dies – or suffers other damage – because of its contamination.

Keywords: Civil liability. State. Pandemic. Covid-19. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
2.1 Conceitos	9
2.2 Elementos da Responsabilidade Civil	11
2.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	12
2.4 Das Excludentes do Dever de Indenizar	15
2.5 Responsabilidade Civil do Estado	17
2.5.1 Evolução histórica	18
2.5.2 Evolução no direito brasileiro	20
2.5.3 Teoria do risco administrativo.....	22
2.5.4 Causas excludentes da responsabilidade estatal.....	25
2.5.5 Responsabilidade do Estado por omissão	27
3 COVID-19	32
3.1 Emergência Sanitária de Impactos Globais.....	32
3.2 A Crise de Saúde Pública no Brasil.....	33
3.3 A Legislação de Enfrentamento à Pandemia	35
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE AGENTES PÚBLICOS DECORRENTE DA COVID-19	41
4.1 Servidores Públicos.....	41
4.1.1 Classificação dos agentes públicos.....	42
4.1.2 Regime jurídico e a Constituição Federal.....	43
4.2 Relação Estado – Agente Público	46
4.3 Impactos da COVID-19 nas Relações com os Agentes Públicos.....	48
4.4 Morte de Servidores Públicos Decorrente da Covid-19.....	49
4.4.1 Adoção de medidas preventivas	51
4.4.2 A Covid-19 como caso fortuito ou força maior.....	56
4.4.3 Lei 14.128/2021 e a indenização financeira aos profissionais de saúde da linha de frente de combate ao Covid-19	59
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O Direito tutela as relações interpessoais com o objetivo principal de imprimir justiça e garantir a paz social. O estudo das legislações e institutos jurídicos ao redor do mundo, em especial a forma como surgiram e desenvolveram-se, nos permite entender o atual contexto em que estamos inseridos e as razões que permeiam as decisões jurisprudenciais, sobretudo de nossos Tribunais Superiores.

O mesmo ocorre com o estudo da responsabilidade civil do Estado, que passa pela análise, *prima facie*, das origens e principais aplicações da responsabilidade no Direito Civil, quais as hipóteses de imposição do dever de indenizar àquele que causa danos a outrem. Partindo daí, podemos almejar, com um olhar crítico e embasado no pensamento de selecionada doutrina, o entendimento sobre em que medida e extensão as mesmas regras serão aplicadas às relações envolvendo não apenas particulares, mas sim o Estado, aqui entendido em sentido amplo, como aquele que detém a soberania estatal representativo do povo brasileiro, e que, a partir dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, deve seguir balizas legais, principalmente na prestação de serviços públicos atribuídos com exclusividade – ou prioridade –, ao fazer uso de todas as prerrogativas que lhe são garantidas pelo ordenamento jurídico.

O presente estudo baseou-se em uma pesquisa por renomada fonte doutrinária brasileira sobre os institutos da responsabilidade civil do Estado, por meio de uma metodologia dedutiva, iniciando a análise das principais teorias relacionadas à responsabilidade no Direito Civil, seguindo para o estudo minucioso da imputação de responsabilidade civil ao Estado. Nesse sentido, foi feita uma criteriosa busca e análise da forma como tais regras têm sido interpretadas e aplicadas por nossos Tribunais Superiores, com o objetivo primordial de melhor compreender as hipóteses em que o Estado está obrigado a indenizar o particular, e em certa medida aprofundar o debate sobre as hipóteses de exclusão do dever de indenizar e das diferentes posições que permeiam a responsabilização não por uma ação positiva estatal, mas sim por suas omissões.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentre os institutos estudados na ciência do Direito, alguns se destacam por seu rico desenvolvimento histórico e pretoriano. Não bastasse isso, há ainda aqueles largamente aplicados pelos Tribunais de todos os cantos do mundo. A responsabilidade civil, de certo, está entre tais institutos, de extrema relevância histórica e atual, com farto desenvolvimento jurisprudencial. Estudaremos, então, desde os conceitos e elementos essenciais, passando pelas teorias e causas excludentes da responsabilidade, até desaguar em nosso alvo maior de pesquisa, a responsabilidade civil do Estado.

2.1 Conceitos

A responsabilidade civil surge com a prática de um ato ilícito, que viola uma prescrição legal ou contratual, de tal sorte que surge para o lesado o direito de exigir a reparação do dano sofrido. O instituto em tela surgiu, como muitos outros estudados no Direito Civil, no Direito Romano, momento histórico em que a Lei das XII Tábuas, tentando racionalizar a antiga ideia de “vingança privada” estabeleceu casos específicos em que a reparação do dano sofrido ocorreria por meio de espécies e valores pré-determinados na referida lei.

Com o passar dos anos e a construção jurisprudencial dos pretores romanos, surgiu a Lei Aquiliana, inovadora no sentido de trazer a responsabilidade por danos causados independentemente de prévio acordo ou contrato entre as partes, isto é, nasceu aí a responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, aquela que deriva da prática de um ato ilícito, caracterizado por uma ação ou omissão voluntária, com negligência, imprudência ou imperícia, que cause danos a outrem. Sobre a verificação da culpa, as palavras de Gonçalves (2021, p. 24):

O previsível da culpa se mede pelo grau de atenção exigível do *homo medius*. A *obligatio ad diligentiam* é aferida pelo padrão médio de comportamento; um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social. Impossível, pois, estabelecer um critério apriorístico geral válido. Na verdade, a culpa não se presume e deve ser apurada no exame de cada caso concreto.

Nada obstante a importância do surgimento e evolução dos conceitos de responsabilidade civil no Direito Romano, foi a partir do Código Civil Napoleônico, de 1804, que os conceitos de responsabilidade, agora sistematizados em uma legislação privada codificada que atribuía especial relevância à análise da culpa do agente causador do dano, tornaram-se mais pujantes e espalhados pelos diversos diplomas normativos do mundo, v.g. o Código Civil brasileiro de 1916.

A responsabilidade civil pode derivar de um contrato previamente estipulado entre as partes, chamada por isso de responsabilidade contratual, ou surgir a partir da prática de um ato ilícito, não havendo relação jurídica prévia que vinculasse as partes, gerando a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, nos termos do art. 186 do Código Civil, pelo qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, complementado pelo art. 927 do mesmo diploma normativa, que determina o dever de indenizar.

Nesse ponto, o nosso Código adota a teoria clássica ou dualista, que divide separa a responsabilidade contratual e extracontratual, em que pese alargadas críticas da doutrina no sentido de não haver razão para tal separação, haja vista a uniformidade de seus efeitos¹. Entretanto, em alguns pontos há diferenças significativas, mormente no que toca ao ônus da prova, porquanto na responsabilidade contratual, originada na convenção, basta haver a comprovação do descumprimento da obrigação por parte do credor, devendo o devedor provar a eventual ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima para abster-se do dever de indenizar, o que de certa maneira facilita a pretensão ressarcitória do credor. Por outro lado, na responsabilidade extracontratual, originada do dever geral de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*) aquele que pleiteia indenização possui o *onus probandi* de demonstrar a ação ou omissão culposa do agente, o que nem sempre se mostra tarefa fácil (GONÇALVES, 2021).

Nos tempos hodiernos, vivemos novos desafios no que toca à solução, pelo Poder Judiciário, dos mais complexos casos possíveis ocorridos no seio da sociedade, haja vista a evolução dos meios de comunicação e das relações de consumo, a polarização, a propagação de *fake news*, a volta do conservadorismo e

¹ O Código português e o alemão, por exemplo, trazem regras unificadas da “obrigação de indenização”.

do liberalismo e a ocorrência de situações imprevisíveis de impacto global, como ocorrido, por exemplo, com a eclosão da pandemia decorrente do Covid-19, no início de 2020, repercutindo direta e fortemente nas mais diversas relações jurídicas, e por conseguinte, refletindo nos institutos da responsabilidade civil (TARTUCE, 2021).

2.2 Elementos da Responsabilidade Civil

O atual Código Civil, em seu art. 186, alicerça da responsabilidade civil, elenca os pressupostos para que nasça o dever de indenizar, quais sejam a conduta humana, o dano e o nexo causal, liame que liga a conduta comissiva ou omissiva ao dano efetivamente provocado a outrem.

Tais pressupostos aplicam-se tanto às hipóteses de responsabilidade contratual quanto aquiliana, embora possuam maior relevância sobre a última, porquanto na primeira, presente um contrato prévio a vincular as partes, basta a demonstração do inadimplemento para o surgimento do dever de indenizar, não havendo ônus probatório da culpa do agente.

A ação (ou omissão) humana voluntária, como pressuposto essencial para a responsabilidade civil, materializa-se como um agir positivo ou negativo (omissão) do indivíduo, voltado de forma consciente e voluntária para a concretização de um ato. O ponto nodal aqui refere-se à voluntariedade do agente, que deve agir a partir de uma liberdade de escolha, com discernimento daquilo que faz, isto é, o indivíduo tem plena consciência do ato que está praticando, mas não obrigatoriamente possui a intenção de causar dano (GAGLIANO; FILHO, 2021).

No que tange ao dano, segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil, podemos conceituá-lo como a lesão a um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico, como consequência direta da conduta do agente. Ausente o dano, ausente a responsabilidade, de tal sorte que podemos vislumbrar a responsabilidade civil sem culpa, mas não sem dano. É dizer, se não houve dano algum, não haverá o que reparar, independentemente da conduta praticada (GAGLIANO; FILHO, 2021)².

² Os referidos autores trazem como requisitos do dano indenizável: (i) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; (ii) a certeza do dano, referindo-se aqui à ocorrência do dano concreto, seja qual for seu montante e o tempo em que ocorreu; (iii) a subsistência do dano, pois se ele já foi reparado, perde sentido a necessidade de responsabilizar civilmente o agente.

Sobre o nexo de causalidade, elemento que demanda uma análise do caso concreto e uma atividade interpretativa dos fatos, identificamos um dos pontos de maior dificuldade, se não complexidade, na determinação da responsabilidade e consequente dever de indenizar do agente causador do dano. Com efeito, a própria expressão – agente *causador* do dano – nos remete à ideia de que somente aquele cuja conduta, positiva ou negativa, levou efetivamente à ocorrência de prejuízo alheio pode ser obrigado a indenizar, devendo estar demonstrada no caso concreto uma ligação, um liame, um verdadeiro vínculo a ligar a conduta ao dano, ou seja, o nexo de causalidade.

Vislumbra-se, aqui, uma distinção, entre meras condições e as efetivas causas do dano. Nas esclarecedoras palavras de Noronha (2011, p. 302):

As teorias da causalidade procuram saber, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Os fatores determinantes serão *causas*, os demais serão meras *condições*. *Condições*, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. *Causas* do dano são apenas aquelas condições consideradas como sendo efetivamente determinantes desse resultado.

Na esteira de uma aplicação prática e racional de institutos jurídicos, a teoria da causalidade adequada tenta solucionar a dificuldade de mensuração do nexo causal por meio da razoabilidade e previsibilidade do dano, considerando o desenvolver natural das coisas no mundo fático. É dizer, parte de uma análise daquilo que ocorre ordinariamente na vida e prega que uma condição deve ser considerada causa efetiva de um dano apenas na hipótese em que poderia produzir naturalmente o referido resultado (NORONHA, 2011).

De toda sorte, presentes os elementos essenciais enumerados – conduta humana, resultado danoso, e nexo de causa a ligar a ação comissiva (ou omissiva) do agente ao prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial suportado pela vítima – viável a aplicação dos institutos da responsabilidade civil, ensejando a reparação dos danos, na sua exata extensão.

2.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

No que tange à classificação da responsabilidade civil tomando como critério a necessidade de comprovação do agir culposo do autor – se exigido pelo ordenamento a atuação com culpa em sentido lato – podemos diferenciar dois importantes institutos legais, a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, aplicadas rotineiramente aos mais variados conflitos surgidos entre indivíduos, e que, por sua importância teórica, para a compreensão da responsabilidade civil como um todo, e principalmente prática, para a solução das mais diversas lides, passamos a estudar.

Não podemos olvidar que em ambas as modalidades mister se faz a necessidade de comprovação dos elementos essenciais da responsabilidade (item 2.2, *supra*) – conduta, dano e nexo causal – para que se imprima ao agente causador do dano o dever de indenizar, recaindo a diferença entre eles exclusivamente na exigência de que se apresente o elemento accidental da culpa. Com efeito, elementos essenciais são aqueles que devem estar presentes em toda e qualquer circunstância; seria um contrassenso falar em um possível elemento essencial, primário, fundamental, que pudesse ser dispensado e ainda assim o instituto jurídico prevaleceria. Por esse motivo, não obstante a extrema importância de sua compreensão, não consideramos tal elemento como essencial do instituto da responsabilidade civil, haja vista sua prescindibilidade na modalidade objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva, como principal vertente da responsabilidade, é aquela expressamente prevista no art. 186 do Código Civil de 2002, pelo qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, seguido pelo art. 187, que trata do abuso de direito, também a configurar o ato ilícito por desrespeito aos limites impostos, a todo aquele que possua e efetivamente exerça um direito, pelos fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes. Complementados os referidos preceitos legais pelo art. 927, iniciador do capítulo referente à obrigação de indenizar (Título IX – Da Responsabilidade Civil), segundo o qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Frisamos, por tamanha a relevância e para compreensão do abuso de direito, que não apenas uma conduta danosa comissiva ou omissiva do agente poderá ensejar a sua responsabilização, mas ainda o seu agir inicialmente em conformidade com o ordenamento jurídico, mas que por uma atitude desproporcional, desarrazoada ou imprudente, extrapola os limites impostos ao exercício desse direito, passando a

partir daí a causar danos a outrem, o que, por conseguinte, faz surgir o dever de indenizar.

Por outro lado, temos hipóteses em que a responsabilidade está fundamentada não na culpa do agente, mas no risco criado por sua atividade. A lei impõe, em determinadas situações, a reparação de um dano gerado sem culpa – responsabilidade legal, objetiva ou teoria do risco – pois prescindível a culpa, exigido apenas o dano e o nexo de causalidade. Baseia-se na ideia de que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade (GONÇALVES, 2021).

Rui Stoco (1996, p. 86), com clareza define a teoria objetiva da responsabilidade:

A doutrina objetiva, em vez de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

[...]

Como nossa legislação codificada e extravagante prevê hipóteses de responsabilização do agente segundo a teoria da culpa e com fundamento na teoria objetiva, nosso entendimento é no sentido da convivência das duas teorias: a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu.

Para a teoria do risco, justificadora da responsabilidade objetiva, toda pessoa que exerce alguma atividade criadora de riscos para terceiros, isso, por si só, gera o dever de indenizar, deslocando a responsabilidade civil do fundamento de culpa para a ideia de risco, seja o “risco-proveito”, pela qual a atividade realizada enseja benefícios ao responsável, ou mais genericamente como “risco criado”, derivado de toda atividade que expõe alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2021). Podemos pensar na hipótese de um transportador, que busca eximir-se da responsabilidade de reparar os danos causados a seus clientes em decorrência de um acidente, alegando não ter agido com culpa em nenhuma de suas vertentes, porquanto o acidente ocorrera devido a uma peça quebrada no motor. Ora, ainda assim deverá indenizar, haja vista o contrato de transporte ser um criador certo de riscos, o que já está inclusive precificado pelo empresário explorador de tal ramo de

atividade econômica, isto é, ainda que não tenha culpa, a empresa fornecedora do serviço de transportes deve indenizar os prejuízos suportados por seus clientes.

Com efeito, essa é a inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pelo qual “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Todavia, não podemos olvidar que, ainda nos casos em que a lei determina a aplicação da responsabilidade objetiva, dispensando o elemento culpa, deve haver o nexo de causalidade a ligar a conduta ao dano suportado pela vítima, pois não se pode imputar o dever de indenizar àquele que não deu causa a prejuízo algum.

2.4 Das Excludentes do Dever de Indenizar

Por ser obrigatória a presença de todos os elementos fundamentais para ensejar a responsabilização de alguém por evento danoso, possível se mostra a ocorrência no mundo fático de fatores que rompem o nexo de causalidade, isto é, o que num primeiro momento aparece como uma conduta do agente a causar efetivamente o dano, numa análise mais apurada dos fatos fica demonstrada a desconexão entre o agir e o resultado a afastar a imputação de responsabilidade ao agente. Nos referimos ao caso fortuito, à força maior, e ao fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O ato ou fato exclusivo da vítima, locução mais técnica do que culpa exclusiva da vítima, pois deslocado o problema do campo da culpa para o nexo causal, materializa-se quando o agente, aparente causador do dano, é mero instrumento do acidente. A conduta da vítima é causa única e adequada do evento danoso, o que exclui o próprio nexo causal em relação ao agir inicialmente tido como causador do dano, de forma que não se deve falar em simples ausência de culpa do agente, mas em causa de isenção de responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2020).

No mesmo sentido desenvolve-se o fato exclusivo de terceiro, em que o nexo causal também será afastado, mas não por um ato da própria vítima, e sim por um agir de outrem, uma terceira pessoa que em certo sentido não estaria inicialmente incluída no vínculo jurídico estabelecido entre o agente e a vítima. É dizer, a essa relação inicial é acrescida o agir de um terceiro, que por si só influencia diretamente o desenvolvimento da conduta danosa, criando um novo nexo causal. Podemos

imaginar o exemplo em que um agente sinalizador de trânsito, por uma atitude descuidada, orienta o motorista do automóvel e o pedestre a atravessarem o cruzamento simultaneamente, causando um acidente automobilístico criador de diversos danos ao pedestre. Em que pese o causador direto do dano, seja ele material, moral ou estético, seja o condutor do veículo que atropelou o pedestre, excluído está o nexo causal, pois o motorista apenas atravessou a via no exato momento em que o agente de trânsito sinalizou para que avançasse³.

Em relação ao caso fortuito e à força maior, apesar da celeuma doutrinária para conceituar e distinguir os conceitos, o Código Civil traz previsão, no art. 393, que não os distingue, pelo qual “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por ele responsabilizado”. Nas palavras esclarecedoras de Cavalieri Filho (2020, p. 83):

Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. O que um autor diz que é força maior outro diz que é caso fortuito e vice-versa. Outros chegam a concluir que não há diferença substancial entre ambos. O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente. [...] Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento **imprevisível** e, por isso, inevitável; se o evento for **irresistível**, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza (tempestades, enchentes, furacões etc.), estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz.

Com efeito, para a exclusão da responsabilidade por caso fortuito e força maior, imperativa a análise do caso concreto, das circunstâncias específicas no momento da ocorrência, não sendo admitida a prévia determinação abstrata e genérica de fatos que possam, eventualmente, vir a ocorrer mundo dos fatos e que por si só eximem o agente causador do dano do dever de indenizar. O que, aliás, está previsto no parágrafo único, do art. 393, do Código Civil, a determinar que “o caso

³ Em nosso exemplo, a responsabilidade deverá ser deslocada ao agente de trânsito, que no exercício de sua atividade causou, ainda que indiretamente, o acidente; apenas a título de antecipação de nosso estudo, a ação deverá ser movida em face do Estado, que responde objetivamente pelo agir dos agentes públicos, e este poderá, em regresso, exigir a reparação dos danos por parte do agente, caso tenha agido com culpa – responsabilidade subjetiva do agente público (item 2.5).

fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Por fim, importante a distinção feita pela doutrina sobre o fortuito interno e externo. Podemos entender o fortuito interno como o fato imprevisível ligado à organização da empresa, relacionado à própria atividade desenvolvida, e ainda que não sejam atribuídos à culpa do responsável, está ligado à organização que ele imprime ao negócio, e por isso, tendo em vista a necessária reparação dos danos, não exclui a responsabilidade do fornecedor do serviço. Nesse sentido a Súmula 479, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela qual “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. Em sentido contrário à citada súmula, a ed. nº 161 da Jurisprudência em Teses do STJ, *in verbis*: “A ocorrência de fortuito externo afasta responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras, por não caracterizar vício na prestação do serviço”, referente ao fortuito externo, aquele que está fora da empresa, um acontecimento externo, sem relação alguma à atividade desenvolvida, e por isso apta a romper o nexo causal e afastar o dever de indenizar.

2.5 Responsabilidade Civil do Estado

O Estado, no exercício de seu poder soberano, em muitas hipóteses atua com superioridade em relação aos particulares. Um dos princípios fundantes do Direito Administrativo é justamente o da supremacia do interesse público, a justificar a concessão de prerrogativas ao Poder Público. Nas palavras de William Jiménez Benítez (2013, p. 68), “a) *Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y, b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad)*”⁴.

A atribuição de poderes ao Estado para que cuide do interesse público não o exime de indenizar aqueles que forem lesados por suas ações e omissões. Passamos, então, a discorrer sobre a evolução das diferentes teorias aplicadas e os requisitos à responsabilização do Poder Público, as discussões que permeiam os

⁴ Tradução livre: a) Que o Estado deve agir, mas sujeito à lei (princípio da legalidade) e, b) Que o Estado age, mas paga pelos danos causados (princípio da responsabilidade).

casos de omissão estatal, e ainda, as hipóteses em que não haverá o dever de indenizar pelo Estado.

2.5.1 Evolução histórica

Como vimos nos itens acima, a responsabilidade no direito privado exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), o que não ocorre no direito administrativo, em que ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas um elevado ônus, acima do tido como normal pelos membros da coletividade. Por isso, a responsabilidade extracontratual do Estado representa a obrigação de reparar danos causados a terceiros em consequência a comportamentos comissivos ou omissivos, ilícitos ou lícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2021). É importante lembrar que sobre a responsabilidade contratual temos normas (princípios e regras) específicas aplicadas aos negócios jurídicos firmados pelos entes estatais, *v.g.* o Título III (Dos Contratos Administrativos) da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021), que traz regras sobre as formalidades, garantias, alocação de riscos, prerrogativas da administração, duração e execução dos contratos etc.⁵

As regras de imputação de responsabilidade ao Estado evoluíram ao longo do tempo, vindo desde períodos de irresponsabilidade estatal, passando pelo predomínio da responsabilidade subjetiva, até chegar aos tempos hodiernos, em que podemos notar elevada importância da aplicação da responsabilidade objetiva aos atos estatais, dentro de requisitos vários impostos pelas leis.

Inicialmente, na época dos Estados absolutos, adotava-se a teoria da irresponsabilidade, fundada na ideia de soberania, a ensejar autoridade incontestável do Estado perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, que não pode agir contra ele – o rei não pode errar (*the king can do no wrong*). Por sua clara injustiça, tal teoria foi combatida, porquanto não pode o Estado, que deve tutelar o direito, deixar de

⁵ Por isso, via de regra, os casos estudados pela doutrina e de aplicação prática de imputação de responsabilidade civil ao Estado referem-se à responsabilidade extracontratual, derivados de ações ou omissões dos agentes estatais, haja vista o eventual inadimplemento contratual do Estado possuir regramento específico e detalhado na legislação vigente – vejamos, à guisa de exemplo, o §2º, do art. 138, da Lei 14.133/2021: “Quando a extinção (do contrato) decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; III - pagamento do custo da desmobilização”.

responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, ainda mais por ser pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Por isso, os Estados Unidos, em 1946 (*Federal Tort Claim Act*), e a Inglaterra, em 1947 (*Crown Proceeding Act*), abandonaram a teoria da irresponsabilidade (DI PIETRO, 2021)⁶.

A bem da verdade, já no século XIX houve forte enfrentamento no intuito de superar a tese da irresponsabilidade, surgindo as teorias civilistas, a ensejar a responsabilidade do Estado com base na ideia de culpa – teoria civilista da culpa – nas claras palavras de Di Pietro (2021, p. 830):

Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os *atos de império* e os *atos de gestão*. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império.

Em que pese as críticas surgidas face à dificuldade de divisão da personalidade do Estado e de diferenciação dos atos praticados por ele, tal teoria representou uma evolução no controle da atuação estatal e permitiu o desenvolvimento do pensamento jurídico, a culminar no surgimento das teorias publicistas, no final do século XIX, e presentes até os dias atuais.

Inicialmente desenvolveu-se a teoria da culpa anônima, ou culpa do serviço (teoria da *Faute du service*), que não exigia a identificação do agente público culpado (culpa individual, aplicada previamente, na teoria dos atos de império ou de gestão), mas dependeria, tão somente, da comprovação por parte da vítima de que o serviço público não funcionou corretamente. É dizer, provado o mau funcionamento do serviço público, ainda que impossível apontar especificamente o agente causador

⁶ Nos Estados Unidos, há um predomínio da responsabilidade subjetiva, podendo o particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano, e em alguns casos, diretamente contra o Estado, desde que haja culpa. Já na Inglaterra a responsabilidade sofre mais limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

do dano, provada estava, presumidamente, a culpa no agir estatal, gerando o dever de reparação civil⁷.

É importante mencionar que a evolução no regime de responsabilização estatal deve-se, em muito, à jurisprudência do contencioso administrativo francês⁸. O caso Blanco (1873) é considerado o *leading case* das teorias publicistas, no qual uma ação de indenização movida pelo pai da menina Agnés Blanco, atropelada na cidade de Bordeaux por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Foi negada a competência da jurisdição comum e a aplicação do Direito Civil, mesmo diante do fato de que a atividade de manufatura de fumo tinha bastante semelhança com as atividades industriais privadas, tendo sido submetida a responsabilidade decorrente de serviço público à jurisdição administrativa. Começam a surgir – e se expandir – decisões judiciais no sentido de que o Estado não deve ser submetido a uma responsabilização idêntica àquela das pessoas privadas, haja vista operar com prerrogativas em relação aos particulares e a dependência destes em relação aos serviços públicos, o que caracteriza como um avanço a possibilidade de ressarcimento aos particulares, de forma ampla, dos danos que porventura os serviços mal prestados potencialmente possam acarretar (NOHARA, 2020).

A partir da aplicação da referida teoria da culpa do serviço, a doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da chamada teoria do risco, ou responsabilidade objetiva, eliminando a discussão acerca da culpa pela premissa de que as atividades estatais criam, por si só, riscos à sociedade. Pela relevância de tal teoria, adotada como regra em nosso ordenamento jurídico, trataremos sobre ela, de forma pormenorizada, em tópico específico (item 2.5.3).

2.5.2 Evolução no direito brasileiro

⁷ A teoria da culpa do serviço funda-se em uma espécie de culpa presumida, porquanto a prova por parte da vítima de que o serviço público não funcionou, ou operou-se com defeitos/falhas/atrasos, bastaria para presumir a culpa da administração pública – que, *contrario sensu*, pode provar ter agido de maneira prudente, técnica, sem desvios, a afastar a culpa presumida. Tal presunção, é verdade, veio a tornar-se desnecessária com a evolução para a responsabilidade objetiva do Estado.

⁸ No sistema de dualidade de jurisdição, diferentemente do que ocorre no Brasil (jurisdição una), os casos envolvendo Direito Administrativo são julgados pela jurisdição administrativa, cujo órgão de cúpula denomina-se Conselho de Estado. Por outro lado, existe a jurisdição comum, tendo como órgão máximo, na França, a Corte de Cassação. Eventuais conflitos de competência são dirimidos pelo Tribunal de Conflitos.

No que tange ao direito brasileiro, nossas primeiras Constituições, de 1824 e 1891, não faziam referência alguma à responsabilização estatal por prejuízos causados a particulares, mas tão somente à responsabilidade do próprio funcionário público em caso de abuso ou omissão. O Código Civil de 1916, seguindo a evolução histórica ocorrida mundo afora no século XIX, implementou a teoria subjetiva civilista para danos causados pelo Estado, o que foi reforçado pelas Constituições de 1934 e 1937 (MAZZA, 2021). Nada obstante, foi a Constituição democrática de 1946 a mais marcante sobre o tema, ao prever a aplicação da teoria objetiva em seu art. 194, com uma redação próxima a que ainda temos hoje em nossa Carta Magna, pelo qual “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, assegurando ainda, em seu parágrafo único, a ação regressiva contra o funcionário causador do dano caso tenha agido com culpa. Dessa forma, a partir do referido texto constitucional deslocou-se a exigência da culpa apenas para uma eventual ação regressiva movida pelo Estado face ao agente público, não tendo a vítima que comprovar tal requisito para ter seus danos ressarcidos pelo Estado.

As Constituições seguintes, de 1967 e 1969 (EC I/1969), em certa medida, nada acrescentaram ao tema, mantendo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, e subjetiva do agente público, em ação regressiva. Por outro lado, a Constituição Cidadã, de 1988, não apenas manteve a responsabilidade objetiva do Estado, mas trouxe regra ampliadora de sua aplicação, ao prever, em seu art. 37, §6º, que “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” (grifos nossos). A partir de então, não apenas as pessoas jurídicas de direito público serão objetivamente responsabilizadas, mas também as de direito privado, quando atuem em colaboração com o Estado, sob qualquer de suas formas, nas hipóteses em que estejam prestando serviços públicos. Aqui, o importante não é a modalidade de concessão ou delegação do serviço, ou um atributo da pessoa, mas sim a caracterização da prestação de serviço público pelo particular, o que enseja a responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes porventura venham a causar a particulares, usuários ou não do serviço. Ademais, uma última e singela alteração no texto constitucional, num primeiro momento passível de passar despercebida, foi a previsão da possível ação regressiva

contra o *responsável* pelo dano, caso tenha agido com culpa em sentido lato, ou seja, as Constituições passadas traziam a expressão *funcionários*, o que restringiria a possibilidade de regresso apenas contra aqueles que possuísem um vínculo empregatício com o Estado, o que não ocorre na novel expressão *responsável*, mais ampla e passível de abranger todo aquele que em maior ou menor medida esteja ligado ao Estado e atuando em seu nome, ou por sua determinação⁹.

Nessa esteira, o Código Civil de 2002 reafirmou a aplicação da teoria objetiva em casos de danos causados pelo Estado, prevendo em seu art. 43 que “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”. Dessa forma, em especial pela previsão constitucional clara, a responsabilidade objetiva passou a ser verdadeira garantia do usuário, independentemente de o serviço público ser prestado diretamente pelo Estado, ou por particulares em colaboração com o Poder Público (MAZZA, 2021).

2.5.3 Teoria do risco administrativo

Com base em fundamentos de ordem política e jurídica, em especial na ideia de justiça social, os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público, objetivando atenuar as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar ao ser lesado pela conduta de agentes estatais. Se, por um lado, o Estado possui diversas prerrogativas, uma maior quantidade de poderes em comparação ao cidadão comum, por outro teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades. Surge, assim, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado (CARVALHO FILHO, 2019).

⁹ Pela clareza de ideias, podemos pensar em particulares convocados para atuar como mesários em eleições e como jurados do Tribunal do Júri, ou até mesmo naqueles que eventualmente se cadastram para atuar como voluntários no enfrentamento de grandes catástrofes da natureza, como a recente pandemia da Covid-19. Veja, em que pese não haver um vínculo jurídico empregatício a ligar tais pessoas ao Estado, ainda assim estamos diante de agentes públicos (*responsáveis*), na acepção lata e mais aceita hodiernamente da expressão, o que enseja a possibilidade de serem regressivamente acionados se causarem danos a outros particulares devido a uma atuação culposa no exercício de suas nobres – mas não por isso impassíveis de controle – funções.

O desenvolvimento das funções e atividades estatais gera benefícios a toda a coletividade, o que, a *contrario sensu*, cria o dever, a ela, de suportar eventuais danos sofridos por determinados indivíduos, caso sejam lesados pelo desenvolvimento de tais atividades. Temos, assim, a adoção do princípio da repartição dos encargos sociais, vinculado ao princípio da isonomia. Não podemos esquecer que, quando imposto ao Estado o dever de indenizar, o pagamento será concretizado por meio de recursos públicos, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos, aqueles mesmos beneficiados pelos serviços públicos (OLIVEIRA, 2021).

Sobre o prazo de ajuizamento da ação para reaver os prejuízos, é consolidada hoje no Superior Tribunal de Justiça o prazo prescricional de cinco anos para que o particular acione a Fazenda Pública, nos termos do Decreto 20.910/1932¹⁰, por ser norma especial a regular a prescrição quinquenal das dívidas dos entes públicos, conforme segue:

PRAZO PRESCRICIONAL EM AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (Tema Repetitivo: 553). [...] O atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp 1251993/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2012).

Há, ainda, outra teoria discutida que procura aumentar ainda mais as hipóteses de responsabilidade civil do Estado – a teoria do risco integral. O Estado assumiria, por tal teoria, integralmente, completamente, sem exceções, todos os danos sofridos por particulares decorrentes de atividades públicas ou fiscalizadas pelo Poder Público.

Instalou-se, na verdade, contradições sobre a aplicação do risco administrativo e do risco integral. No risco administrativo, a responsabilidade do

¹⁰ “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

Estado não é genérica, indiscriminada ou ilimitada, admitindo-se hipóteses de liberação ou atenuação da obrigação de indenizar, em especial pela participação total ou parcial da vítima. Já no risco integral para a responsabilização do Estado sequer é exigido o nexo causal, e mantém-se mesmo nos casos de culpa da vítima (CARVALHO FILHO, 2019). Com efeito, se a evolução do pensamento em relação à responsabilidade do Estado nos trouxe à teoria objetiva, dispensando a vítima de comprovar uma atuação culposa estatal, a teoria do risco integral amplia demasiadamente o espectro da imputação de responsabilidade, não admitindo nenhuma das hipóteses de exclusão do dever de indenizar, porquanto dispensa, além do requisito da culpa, o do nexo causal, ou seja, bastaria à vítima comprovar a conduta estatal e o dano suportado por ela para que surgisse o dever de indenizar por parte do Estado. Em que pese tal teoria não ser aplicada como regra em nosso direito positivo, admite-se sua incidência em hipóteses excepcionais e específicas, *v.g.* a responsabilidade por danos nucleares e ambientais¹¹.

Mais recentemente, já no contexto de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus, o art. 1º da Lei 14.125/2021, ao dispor sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19, determina que os entes federados, ao adquirirem vacinas aprovadas para uso emergencial pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), *assumem os riscos referentes à responsabilidade civil* em relação a efeitos adversos pós-vacinação. É importante notar que a novel legislação não traz requisitos ou hipóteses de exclusão de tal responsabilidade, sendo cristalina ao determinar que o ente público assume os riscos civis pela administração da vacina caso ocorram reações colaterais (danos) a qualquer indivíduo, o que, face à gravidade e excepcionalidade das questões envolvendo o combate à pandemia, de complexidade multifatorial, denota a imputação do risco integral ao Estado.

¹¹ Como disposições expressas em nosso ordenamento, encontramos previsão pela responsabilidade estatal por danos ambientais (i) na Constituição Federal, art. 225, §3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”; e (ii) na Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), art. 14, §1º. Na responsabilidade por danos nucleares, há previsão no Texto Constitucional, art. 21, XXIII, em especial a alínea *d*, pela qual “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”, além de diversos dispositivos espalhados na Carta que evidenciam o enorme risco e responsabilidades envolvidas no que tange à atividade nuclear – art. 22, XXVI; art. 49, XIV; art. 177, V; e art. 225, §6º.

Por tudo isso, concluímos que no atual momento histórico está consolidada em nosso ordenamento jurídico, bem como na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a responsabilidade objetiva, via de regra, do Estado, em especial pela aplicação da teoria do risco administrativo, isto é, dispensada está a vítima de comprovar a culpa, seja ela individual ou do serviço, para que seja reparada pelos danos civis sofridos face à atuação, ainda que lícita, dos agentes públicos em sentido amplo, estando admitidas, no entanto, as hipóteses de exclusão do dever de indenizar, a ser provado pelo Estado, no bojo de ação judicial, como verdadeiro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

2.5.4 Causas excludentes da responsabilidade estatal

Por vezes ocorre que o dano seja oriundo de mais de uma causa, ou seja, temos uma ação ou omissão do Estado somado a um fato estranho a esse, relacionado com a vítima, com um terceiro ou decorrente de força maior. É importante diferenciar que, se a causa é exclusivamente o fato da vítima, de terceiro ou a força maior, não existe, na verdade, o nexo causal entre a ação estatal e o dano – causa puramente externa –, e por isso não há que se falar em responsabilização do Estado, que não tem, por óbvio, o dever de tudo prover e de tudo cuidar (SILVA, 1995).

Conforme mencionado, a principal consequência da adoção da teoria do risco administrativo consiste na aceitação da defesa do Estado pela alegação e comprovação de circunstâncias capazes, por si só, de afastar, ou atenuar, sua responsabilidade. Trata-se das excludentes ou atenuantes da responsabilidade civil, quais sejam (i) a culpa exclusiva da vítima (fato ou conduta da vítima), (ii) a culpa exclusiva de terceiro (fato ou conduta de terceiro), e (iii) o caso fortuito ou força maior. Com efeito, nas hipóteses em que comprovado, no caso concreto, a presença de alguma dessas circunstâncias, afastada, ou ao menos atenuada, será o dever de indenizar imposto ao Estado (PIRES, 2021). Em síntese, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 155), “não foi adotada, assim, a teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral, que obrigaria sempre a indenizar, sem qualquer excludente”.

Por culpa da vítima vislumbramos hipóteses em que o cidadão, ao utilizar-se de um serviço público, venha a sofrer danos – físicos ou patrimoniais – a partir da prestação estatal, mas devido a uma ação própria sua; não há relação causal

entre o agir do Estado e a lesão, porquanto não existir ação ou omissão do agente público no evento danoso, mas sim de um particular, a própria vítima, p. ex. a atitude suicida daquele que se atira em frente a um automóvel público. No mesmo sentido a culpa de terceiro, em que o nexos causal não chega a se formar, haja vista a culpa devidamente comprovada de terceiro, que agiu causando o dano, ainda que inicialmente fosse estranho à relação entre o Estado e o administrado lesado¹²; assim, pela ação direta de terceiro, que não poderia ter sido evitada ou prevenida pelo Estado, em termos razoáveis, aplica-se a hipótese excludente, o que exigirá análise das circunstâncias de cada caso específico (ARAÚJO, 2018).

Nesse sentido, com o intuito de proteger o livre exercício profissional, a liberdade de imprensa e o direito-dever de informar, o Supremo Tribunal Federal deu provimento a recurso extraordinário para afastar a imputação de culpa exclusiva da vítima pelo dano sofrido, decorrente de ato de agente público (policia militar), somente pelo fato de permanecer em local de manifestação popular realizando cobertura jornalística¹³, e aprovou, em junho de 2021, a tese de repercussão geral do tema 1055:

É objetiva a responsabilidade civil do Estado em relação a profissional de imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes. Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva

¹² A discussão sobre o nexos causal pode tomar contornos de difícil solução sobre a culpa de terceiro. Podemos imaginar a hipótese do indivíduo que, portando arma de fogo, atira em passageiros no interior de transporte coletivo. Em que pese a empresa concessionária de transporte não ter o dever de garantir a segurança pública em sentido amplo, nada podendo fazer para prevenir tal fato (fortuito externo), não podemos olvidar que o Estado, esse sim, possui o dever de garantir a segurança das vias públicas. Dessa forma, não haveria nexos causal entre os passageiros usuários do serviço público e a empresa concessionária, mas poderiam os particulares lesados acionar diretamente o Estado, que possui a responsabilidade objetiva pela garantia da segurança pública.

¹³ EMENTA. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PROFISSIONAL DE IMPRENSA FERIDO, EM SITUAÇÃO DE TUMULTO, DURANTE COBERTURA JORNALÍSTICA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Estado responde civilmente por danos causados a profissional de imprensa ferido pela polícia, durante cobertura jornalística de manifestação popular. A apuração da responsabilidade dá-se na forma da teoria do risco administrativo, pacificamente aceita pela jurisprudência e pela doutrina. 2. Admite-se a invocação da excludente de responsabilidade civil da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que em que o profissional de imprensa I - descumpra ostensiva e clara advertência sobre o acesso a áreas delimitadas em que haja grave risco à sua integridade física; ou II - participe do conflito com atos estranhos à atividade de cobertura jornalística. 3. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu a referida excludente de responsabilidade, sem identificar quaisquer destas circunstâncias - mas unicamente pelo fato de o fotógrafo estar presente na manifestação. 4. A atuação dos profissionais de imprensa na apuração de informações relevantes para a sociedade é tutelada pela Constituição, não podendo ser alegada pela afastar a responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 1209429/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes, 2021).

e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física.

Por fim, os eventos naturais ou humanos imprevisíveis que, por si sós, causam danos às pessoas denotam caso fortuito ou força maior, e da mesma forma que nas causas já analisadas, excluem o nexos causal. Podemos encontrar na doutrina uma celeuma sobre as definições de caso fortuito e força maior, dizendo alguns que o caso fortuito refere-se ao evento da natureza e a força maior, ao evento humano, enquanto outros afirmam o contrário; isso não gera, na verdade, diferença alguma na prática, uma vez que o Código Civil, ao tratar sobre o dever de indenizar, em especial no art. 393, dispensa tratamento idêntico às duas hipóteses (OLIVEIRA, 2021). O inegável está no fato de que tais circunstâncias, para ensejarem a liberação do dever de indenizar, devem ser comprovadas no caso concreto, no sentido de restar efetivamente demonstrada a inevitabilidade e irresistibilidade dos acontecimentos alegados como caso fortuito ou força maior, de tal sorte que não haja dúvidas ao julgador da injustiça em impor ao Estado o dever de reparação dos danos que de forma alguma poderiam por ele ter sido previstos ou evitados.

2.5.5 Responsabilidade do Estado por omissão

Ao adentrarmos no estudo da responsabilidade do Estado por omissão, encontramos na doutrina um dissenso, movendo-se as discussões basicamente em torno da questão: Qual teoria aplicar para solucionar os casos em que o Estado simplesmente não age, quando deveria agir? Quais critérios determinam o dever de agir estatal?

Não apenas por uma ação positiva pode o Estado causar danos aos cidadãos, mas também por uma omissão, uma falta de agir, quando esse dever lhe é juridicamente imposto para executar as funções públicas, proteger as pessoas e promover o desenvolvimento nacional. Pensemos, por exemplo, na triste situação de milhares (ou milhões) de brasileiros, que morrem em decorrência de doenças já dominadas pela Medicina moderna, apenas por não conseguir vagas em hospitais públicos, seja em emergências médicas ou mesmo em casos de cirurgias eletivas e tratamentos essenciais à cura, sendo ineficiente a atuação estatal em garantir o direito

fundamental constitucional à saúde, elementar à dignidade da pessoa humana¹⁴. A dificuldade reside, primordialmente, na afirmação do nexos causal a ligar a omissão do Poder Público à ocorrência do evento danoso suportado pela vítima.

Há, ainda, inúmeros modos pelos quais a omissão estatal pode ser danosa. Um caso frequentemente levado aos Tribunais diz respeito à responsabilidade pelos presos, devendo o Estado garantir sua integridade física e moral. Caso ocorram danos no interior da prisão, o Estado responde, por ser evidente o nexos causal. Em relação às estradas, também responderá por ter se omitido em cuidar adequadamente delas, desde que a omissão esteja ligada, em linha causal, ao dano, p. ex. caso fique comprovado pela perícia que o buraco na via foi o causador de um acidente fatal. As omissões que nos séculos passados não responsabilizariam o Estado passaram, progressivamente, e assim continuarão, a responsabilizá-lo, isto é, têm sido diminuídos os espaços de omissões estatais legítimas, aumentando os deveres de ação eficiente e cuidadosa por parte do Estado (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

A responsabilidade por omissão do Estado pode ser subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço, o que desvincula a responsabilidade estatal da ideia de culpa do funcionário. Ou objetiva, conforme notamos uma expansão de sua aplicação na jurisprudência do STF, tendo aprovado as seguintes teses, sob a sistemática da repercussão geral: (i) “Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento” (tema 592); e (ii) “nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexos causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada” (tema 362).

¹⁴ A situação, de extrema complexidade, da deficiência na prestação de serviços da saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS), veio a ser extremamente exacerbada pela eclosão da pandemia no Covid-19, que obrigou os gestores públicos a priorizarem os atendimentos de pacientes em estado grave pela novel comorbidade, aumentando as filas de espera para outros tratamentos, ainda essenciais à saúde. Em que medida o caos provocado pela pandemia poderia isentar o Estado de responder pelos reflexos nas outras áreas da saúde pública é um tema ainda a ser discutido, não apenas pela doutrina, mas pela jurisprudência que muito será desenvolvida nos anos vindouros sobre os efeitos da pandemia.

Nada obstante a posição que tem prevalecido no STF, de responsabilizar objetivamente o Estado face a suas omissões, de enorme valia a lição de Gabriel Lino de Paula Pires (2021, p. 880):

Na nossa compreensão do tema, é preciso exigir de quem alega a omissão do Estado a demonstração da inobservância de um dever legal pelo ente público, sob pena de se pretender imputar ao Estado responsabilidade civil por todo e qualquer evento danoso que ocorra no mundo empírico. Isso equivale a dizer que seria necessário demonstrar a culpa estatal. Evidentemente, não se trata da culpa subjetivamente ligada a um ou outro agente público, mas sim da culpa anonimamente considerada, que consiste na ausência ou falha de um serviço ou atividade pública que deveria existir e bem funcionar.

Nesse sentido caminha a jurisprudência do STJ, sintetizada na Jurisprudência em Teses, ed. nº 61, pela qual “a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade”, e ainda, “o Estado não responde civilmente por atos ilícitos praticados por foragidos do sistema penitenciário, salvo quando os danos decorrem direta ou imediatamente do ato de fuga”. É como tem decidido esse Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DE ÁRVORE. DANO EM VEÍCULO ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA. NOTIFICAÇÃO DA PREFEITURA ACERCA DO RISCO. INÉRCIA. NEGLIGÊNCIA ADMINISTRATIVA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. [...] 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, conquanto a Corte a quo tenha acenado com a responsabilidade objetiva do Estado, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público, pois mesmo cientificado do risco de queda da árvore três meses antes, manteve-se inerte. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp 1230155/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2013).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INCÊNDIO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO DE CASA DESTINADA A "SHOWS". DESAFIO AO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO ESTATAL E O DANO - INCÊNDIO -.CULPA DE TERCEIROS. [...] A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que

seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexu causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso. [...] In casu, o dano ocorrido, qual seja o incêndio em casa de shows, não revela nexu de causalidade entre a suposta omissão do Estado. Porquanto, a causa dos danos foi o show pirotécnico, realizado pela banda de música em ambiente e local inadequados para a realização, o que não enseja responsabilidade ao Município cujas exigências prévias ao evento não foram insuficientes ou inadequadas, ou na omissão de alguma providência que se traduza como causa eficiente e necessária do resultado danoso. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp 888.420/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 2009).

Sob o rito dos julgamentos de causas repetitivas, a buscar a pacificação da jurisprudência do STJ:

CULPA EXCLUSIVA EM CASO DE ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM VIA FÉRREA (Tema Repetitivo: 517). 1. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se no caso de atropelamento de transeunte na via férrea quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes. 2. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. [...] 4. Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas por lei, desde que aferido pelo Juízo de piso, ao qual compete a análise das questões fático-probatórias, caracteriza inequivocamente a culpa da concessionária de transporte ferroviário e o conseqüente dever de indenizar. [...] A responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, REsp 1210064/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2012).

Entretanto, na já referida ed. nº 61 de teses jurisprudenciais, o mesmo Tribunal assentou que “o Estado possui responsabilidade objetiva nos casos de morte de custodiado em unidade prisional”, e que “o Estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional”, relativizando a aplicação da teoria subjetiva à omissão estatal, como corolário do dever específico de proteção imposto ao Estado por força constitucional – art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Apesar da possível argumentação no sentido de que as hipóteses fáticas são específicas, por isso a distinção sobre qual a teoria aplicada (subjetiva ou objetiva), não nos passa despercebido que o STJ traz teses contraditórias em um mesmo documento consolidador de sua jurisprudência e

que objetiva imprimir segurança jurídica aos jurisdicionados, o que ainda parece estar longe de se tornar realidade no que tange a tais questões, em especial devido à complexidade envolvida em cada caso concreto, especialmente no que toca à dificuldade nas discussões que permeiam o rompimento – ou não – do nexo de causalidade, a eximir o Estado da condenação reparatória¹⁵.

Em que pese o dever de exercer os serviços públicos, em especial aqueles ligados aos direitos fundamentais dos cidadãos, deve-se ter a cautela de, a pretexto de responsabilizar objetivamente o Estado, não o tornar um garantidor universal. Podemos dizer, em palavras simples, que a omissão deve figurar como causa do dano; a aplicação da teoria objetiva não pode significar, por si só, um aumento desarrazoado da responsabilização estatal, porquanto seguir o nexo causal sendo elemento essencial a ser demonstrado no caso concreto.

¹⁵ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. [...] RESPONSABILIZAÇÃO CONDICIONADA À INOBSERVÂNCIA DO DEVER ESPECÍFICO DE PROTEÇÃO PREVISTO NO ART. 5º, XLIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE CAUSA IMPEDITIVA DA ATUAÇÃO ESTATAL PROTETIVA DO DETENTO. SUICÍDIO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. [...] 4. O Tribunal de origem decidiu de forma fundamentada pela improcedência da pretensão recursal, uma vez que não se conseguiu comprovar que a morte do detento foi decorrente da omissão do Estado que não poderia montar vigilância a fim de impedir que ceifasse sua própria vida, atitude que só a ele competia. 5. Tendo o acórdão recorrido consignado expressamente que ficou comprovada causa impeditiva da atuação estatal protetiva do detento, rompeu-se o nexo de causalidade entre a suposta omissão do Poder Público e o resultado danoso. Com efeito, o Tribunal de origem assentou que ocorreu a comprovação de suicídio do detento, ficando escoreita a decisão que afastou a responsabilidade civil do Estado de Santa Catarina. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp 1305259/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018).

3 COVID-19

O início de 2020 nos trouxe a mais amarga e desastrosa surpresa da história do mundo moderno, porventura de toda a história de que se tem conhecimento. Um novo vírus, capaz de causar uma doença típica das síndromes respiratórias, mas com alto grau de disseminação e o poder não apenas de destruir o pulmão do indivíduo infectado, mas também de causar impactos severos nos mais diversos órgãos vitais humanos, causando uma variedade de sintomas, de difícil tratamento, e o pior, capaz de levar, em poucos dias, à morte.

Não havia previsões reais, espalhadas pelos meios de comunicação globais, que pudessem antever e nos orientar seguramente sobre as medidas que evitassem a ocorrência de uma pandemia. O mundo foi tomado de assalto, e enquanto muitos pregavam que o vírus SARS-CoV-2, recém-descoberto na China, não seria disseminado por outros países, é bem verdade que ele, em pouco tempo, provaria que a história seria diferente. Apareceram, e rapidamente se multiplicaram, os casos na Coreia do Sul, Itália, Reino Unido, Brasil e Estados Unidos.

Ao atingir todos os cantos do mundo, o novo coronavírus se tornou um dos maiores, se não o maior, desafio dos tempos modernos, ficando a cargo das atuais gerações o combate à pandemia, e às futuras, o enfrentamento de todas as sequelas socioeconômicas e de saúde deixadas pela pandemia.

3.1 Emergência Sanitária de Impactos Globais

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o ano de 2020, em que assistimos à eclosão da pandemia ao redor de todo o mundo, terminou com os impactantes números de mais de 79 milhões de diagnósticos confirmados e mais de 1,7 milhões de mortes reportadas desde o início da pandemia, o que denota a altíssima capacidade de disseminação do novo Coronavírus. Não bastasse isso, o último relatório de atualização epidemiológica do ano, emitido pela OMS, trouxe ainda a preocupação pelo surgimento de uma nova variante do SARS-CoV-2 na África do Sul, a qual, segundo estudos iniciais, possuía um poder maior de se espalhar entre as pessoas (OMS, 2020).

O ano de 2021 seguiu marcado pelos reflexos devastadores da pandemia, com aumento do número de mortes, do desemprego e das desigualdades

sociais. Mesmo com o início dos programas de vacinação, a pandemia não está, ainda, totalmente controlada, e novas ondas de contágio vêm surgindo pelo mundo, em números inferiores àqueles do período pré-vacinação, mas ainda importantes, atingida a marca de mais de 252 milhões de casos confirmados e mais de 5 milhões de mortes reportadas desde o início da pandemia (OMS, 2021).

Um dos pontos relevantes no desenrolar da pandemia é o impacto devastador que ela tem causado nas populações de baixa renda, vivendo em condições de pobreza, em sobrelotações, áreas sem saneamento básico e com sistemas de saúde pública frágeis, que rapidamente, previam os pesquisadores no início da crise, poderiam ter suas capacidades de resposta esvaziadas (THE LANCET, 2020). De fato, foi o que assistimos, aflitos, ocorrer, mormente em comunidades carentes, onde as pessoas não podiam seguir à risca as ordens de isolamento social, por precisarem “ir à rua” em busca de sustento, e de cuidados básicos de higiene pessoal e prevenção de contaminação, haja vista a escassez inicial nos mercados de itens como álcool em gel e máscaras de proteção, nada obstante mesmo após a maior oferta de tais produtos, muitos ainda não podiam acessá-los devido a seu elevado custo.

Essa realidade não foi exclusiva do Brasil, na verdade diversos países ao redor do mundo, em situações econômicas similares – ou ainda piores – que a nossa, sentiram os impactos devastadores da disseminação do novo Coronavírus, principalmente entre as pessoas de baixa renda, pelo colapso dos precários sistemas públicos de saúde (BLACKMAN *et al.*, 2020)¹⁶.

3.2 A Crise de Saúde Pública no Brasil

A pandemia parou – e por demais impactou – o Brasil!

¹⁶ “Os modelos epidemiológicos sugerem que, na ausência de intervenções para frear a taxa de infecção, o número de óbitos diretamente atribuíveis à pandemia na América Latina e no Caribe poderia chegar a 3,2 milhões. Em vista das limitações dos seus sistemas de saúde, o mundo tem procurado frear o contágio, inicialmente fechando fronteiras e, logo depois, fechando economias, medidas que acarretam enormes custos econômicos e sociais. [...] Em suma, os países de maior renda na região têm uma capacidade instalada muito maior nos seus sistemas de saúde – e maior capacidade de resposta ante a crise sanitária – do que os mais pobres. No entanto, tudo indica que, mesmo nos países da região onde os sistemas de saúde têm maior capacidade de resposta, o aumento na demanda de leitos de UTI ultrapassará de longe a capacidade instalada.” (BLACKMAN *et al.*, 2020, p. 5; 12).

Desde os primeiros casos até a explosão de contaminados pelo novo Coronavírus que assolou todos os cantos de nosso país, levando o já fragilizado sistema público de saúde ao colapso em tempo recorde, todos perderam pessoas queridas próximas e assistiram os números da pandemia crescerem exponencialmente, colocando o Brasil entre os países com maior número de casos e mortes causadas pela nova doença¹⁷.

Infelizmente, os efeitos da disseminação do Covid-19 não ficaram restritos à crise sanitária e de saúde pública, porquanto a necessidade de fechamento de empresas, comércios e escolas terem causados impactos espalhados por todas as camadas sociais, mormente entre as pessoas de baixa renda, que em muitos casos perderam seus empregos e oportunidades de trabalho, ficando à mercê dos programas sociais como o Auxílio Emergencial, instituído pela Lei n.º 13.982/2020¹⁸, estabelecida de medidas excepcionais de proteção social como forma de combate à Covid-19.

Num primeiro momento, a expansão pandêmica fez os governos adotarem medidas restritivas, utilizando do poder de polícia estatal no intuito de conter a disseminação do vírus e preservar vidas, nada obstante os efeitos deletérios no mercado de trabalho e na economia, educação e relações sociais, isto é, medidas de restrição de direitos individuais como a própria liberdade de locomoção, impensáveis a pouco tempo atrás, passaram a ter razoabilidade em sua aplicação, como bem elucida Nohara (2020, p. 427):

¹⁷ O Brasil, até novembro de 2021, já havia ultrapassado a impressionante marca de 600 mil mortes decorrentes da Covid-19, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, com 775 mil mortes, isso com menos de dois anos da chegada do vírus ao Ocidente (*Our World in Data*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus-data>. Acesso em: 25 nov. 2021).

¹⁸ “Art. 2º. Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos: I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes; (Redação dada pela Lei nº 13.998, de 2020) II - não tenha emprego formal ativo; III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família; IV - cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos; V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e VI - que exerça atividade na condição de: a) microempreendedor individual (MEI); b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 ; ou c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.”

Note-se que o direito deve ser interpretado em função do primado da realidade. Não se trata de tentar manter intacto um edifício jurídico que deve ser aplicado da mesma forma em todo e qualquer contexto. Assim, como o Direito serve para regular comportamentos, para servir de veiculador dos valores mais prezados da sociedade, em respeito ponderado às regras existentes, a interpretação das medidas emergenciais da Covid-19 deve ser feita à luz da gravidade da pandemia. [...] Por fim, defende-se que uma situação emergencial, como essa da Covid-19, não legitima que se se afirme que se trata de um Estado de Exceção, pois enquanto este último não tem regras e limites jurídicos e constitucionais, a pandemia tem medidas, previstas no ordenamento, que devem ser interpretadas em função de suas peculiaridades, mas que não legitimam um “vale-tudo” próprio dos regimes de exceção, em que o ordenamento jurídico é integralmente desprezado. Ainda que se questione o teor das decisões dos tribunais superiores, o Legislativo e o Judiciário, bem como o sistema federativo, continuam, até o presente momento, em regular funcionamento.

Dessa forma, em que pese a crise política instalada no Brasil simultaneamente ao crescimento da emergência de saúde pública, com o Chefe do Executivo federal entrando em atritos com governadores dos estados, o Congresso Nacional e o próprio Supremo Tribunal Federal, todos os poderes e entes federados foram, em maior ou menor medida, sugados para o meio do caos surgido pela eclosão da pandemia, sendo obrigados a adotar medidas que, de alguma forma, pudessem colaborar na contenção da crise, ainda que isso não estivesse nos objetivos principais – e eleitorais – de qualquer deles. A sensação, ao acompanhar noticiários e redes sociais, era a de que nada, além da pandemia, havia para ser discutido e realizado – só nos cabia discutir a doença, a polarização política exacerbada por ela e o estado caótico de hospitais e regiões devastadas pelo vírus, a exemplo da crise sem precedentes instalada em Manaus, além de seguir a contagem do número assombroso de mortes numa escalada imparável –, o que, em certa medida, tinha razão de ser, haja vista a complexidade expansiva, destrutiva e multifatorial, *prima facie* sem embasamento científico a permitir o controle imediato da doença, que se mostraram presentes desde o início da crise e criaram esse contexto de “vida ou morte” que pode ter parecido, em algum momento no meio da crise, que nunca teria fim.

3.3 A Legislação de Enfrentamento à Pandemia

O Poder Legislativo, formado pelos representantes do povo e com a função essencial ao Estado de criar normas gerais e abstratas a reger os

comportamentos sociais, por óbvio que não se absteve de atuar nos mais diversos ramos do Direito, por meio da aprovação de leis que permitissem a adaptação ao “novo”, que se espalhou pelas diversas camadas da sociedade e, de fato, exigiu o agir de todos os poderes estatais.

Nesse sentido, os anos de 2020 e 2021 ficaram fortemente marcados por uma atuação legislativa concentrada no enfrentamento à pandemia, o que não poderia ser diferente. Procuramos, por medida de racionalização do presente estudo, nos ater à pesquisa de novas normas de Direito Público, tendo algumas delas especial relevância, *v. g.* a Emenda Constitucional nº 106 de 2020, instituidora do regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia; a Lei Complementar nº 173 de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Covid-19; a Lei Ordinária nº 13.979 de 2020, a dispor sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional; a Lei Ordinária nº 14.023 de 2020, importante diploma para os servidores públicos, por determinar a adoção de medidas imediatas que preservem a saúde e a vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública; assim como a Lei Ordinária nº 14.128 de 2021, criadora de compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus, por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19 tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito.

QUADRO 1 – Legislação de enfrentamento à pandemia no Brasil relacionadas ao Direito Público

Legislação	Assunto
Emenda Constitucional nº 106 de 2020	Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.
Emenda Constitucional nº 107 de 2020	Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos.
Emenda Constitucional nº 109 de 2021	Suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19 (dentre outros temas).
Lei Complementar nº 173 de 27 de Maio de 2020	Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.
Lei Ordinária nº 13.979 de 6 de Fevereiro de 2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
Lei Ordinária nº 13.982 de 2 de Abril de 2020	Dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus
Lei Ordinária nº 13.987 de 7 de Abril de 2020	Altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, para autorizar, em caráter excepcional, durante o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica.
Lei Ordinária nº 13.992 de 22 de Abril de 2020	Suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Obs.: o prazo foi posteriormente prorrogado até 31 de dezembro de 2021.

Lei Ordinária nº 13.993 de 23 de Abril de 2020	Dispõe sobre a proibição de exportações de produtos médicos, hospitalares e de higiene essenciais ao combate à epidemia de coronavírus no Brasil.
Lei Ordinária nº 14.006 de 28 de Maio de 2020	Estabelece o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorize a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países.
Lei Ordinária nº 14.016 de 23 de Junho de 2020	Dispõe sobre o combate ao desperdício de alimentos e a doação de excedentes de alimentos para o consumo humano.
Lei Ordinária nº 14.019 de 2 de Julho de 2020	Dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos, sobre a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público, inclusive transportes públicos.
Lei Ordinária nº 14.021 de 7 de Julho de 2020	Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19.
Lei Ordinária nº 14.023 de 8 de Julho de 2020	Determina a adoção de medidas imediatas que preservem a saúde e a vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública, durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
Lei Ordinária nº 14.041 de 18 de Agosto de 2020	Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19.
Lei Ordinária nº 14.060 de 23 de Setembro de 2020	Prorroga os prazos de suspensão de pagamentos de tributos previstos nos atos concessórios do regime especial de drawback que tenham sido prorrogados por 1 (um) ano pela autoridade fiscal e que tenham termo em 2020.

Lei Ordinária nº 14.065 de 30 de Setembro de 2020	Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.
Lei Ordinária nº 14.072 de 14 de Outubro de 2020	Autoriza a prorrogação de contratos por tempo determinado no âmbito do Ministério da Saúde e do Ministério da Educação.
Lei Ordinária nº 14.121 de 1º de Março de 2021	Autoriza o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 (Covax Facility) e estabelece diretrizes para a imunização da população.
Lei Ordinária nº 14.124 de 10 de Março de 2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.
Lei Ordinária nº 14.125 de 10 de Março de 2021	Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado.
Lei Ordinária nº 14.128 de 26 de Março de 2021	Dispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2), por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, ou realizado visitas domiciliares em determinado período de tempo, no caso de agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito.
Lei Ordinária nº 14.147 de 26 de Abril de 2021	Cria o Programa Pró-Leitos, com aplicação enquanto perdurar a emergência de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19.
Lei Ordinária nº 14.160 de 2 de Junho de 2021	Dispõe sobre o estabelecimento de barreiras sanitárias protetivas de áreas indígenas.
Lei Ordinária nº 14.199 de 2 de Setembro de 2021	Dispõe sobre medidas alternativas de prova de vida para os beneficiários da Previdência Social durante o estado de calamidade pública.

Lei Ordinária nº 14.215 de 7 de Outubro de 2021	Institui normas de carácter transitório aplicáveis a parcerias celebradas pela administração pública durante a vigência de medidas restritivas relacionadas ao combate à pandemia de Covid-19.
Lei Ordinária nº 14.217 de 13 de Outubro de 2021	Dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e de insumos e para a contratação de serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Fonte: elaborado pelo autor.

A lista acima (QUADRO 1), de carácter meramente exemplificativo, comprova o exercício ativo do Poder Legislativo – limitado não apenas por uma atuação “trivial”, por meio de leis ordinárias, mas também por alterações no regramento restrito às leis complementares, e ainda em matérias de cunho constitucional – nesse período excepcional que vivenciamos, sem prejuízo de inúmeras outras normas também promulgadas recentemente, nas mais diversas áreas do Direito, numa atividade legiferante a buscar solucionar – ou ao menos amenizar – os mais variados impactos causados pela disseminação da nova doença por nosso país.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE AGENTES PÚBLICOS DECORRENTE DA COVID-19

O Estado é responsável pelos danos que seus agentes causem, ao exercerem suas funções, a particulares. Podemos considerar que a responsabilização estatal se aplica, igualmente, quando a lesão é causada dentro da própria estrutura organizacional do Estado, sobretudo no que tange a seu quadro de servidores públicos.

A organização do pessoal pode ser feita, com certa liberdade, pelas entidades estatais, com vistas à boa prestação de seus encargos, mas desde que respeitadas três regras fundamentais: a organização deve ser regulada por lei; a competência para tal é exclusiva do ente ou Poder interessado; e as normas constitucionais que tratam dos servidores públicos, bem como as leis federais de caráter nacional, devem ser respeitadas (MEIRELLES, 2014).

As legislações que regulam os direitos e deveres daqueles que atuam nos quadros funcionais da Administração Pública podem criar, então, condições de reparação de danos sofridos pelos servidores, sem afastar a regra geral previstas no Texto Constitucional de imposição da responsabilidade objetiva ao Estado, ainda que o lesado seja seus próprios agentes. Todavia, é fato que a pandemia da Covid-19 trouxe novos questionamentos sobre os limites da imposição do dever de indenizar ao Estado, sobretudo pelas discussões entorno da nova doença poder ser encarada como um caso fortuito, ou força maior, o que ensejaria o afastamento da responsabilização. Para melhor entender as possíveis soluções jurídicas que a atividade pretoriana poderá nos trazer num futuro próximo, passamos então a estudar os servidores públicos, sua relação com o Estado e os reflexos gerados pela pandemia quando aqueles sofrem danos, sobretudo o dano mais trágico de todos, a morte.

4.1 Servidores Públicos

O exercício de todas as funções do Estado se dá por meio da atuação humana, daqueles que recebem atribuições da lei para desempenharem uma função em busca da finalidade pública, mormente os designados servidores públicos, ligados ao Estado por um vínculo jurídico especial, com direitos e deveres estabelecidos em regramento normativo específico.

Com a chegada da pandemia, a atuação dos servidores públicos, em especial daqueles ligados à saúde e segurança pública, ganhou contornos de extraordinária relevância, haja vista a importância deles no enfrentamento direto da pandemia do novo Coronavírus. Por esse motivo, relevante se mostra o estudo das nuances da relação jurídica a ligar o servidor ao Estado, os limites de sua atuação e da responsabilidade estatal por eventos adversos ocorridos no exercício da função pública.

4.1.1 Classificação dos agentes públicos

Diversas são as possibilidades de se classificar aqueles que de alguma forma exercem função pública. É importante entender as classificações doutrinárias, e legais, dos agentes públicos, no sentido melhor compreender quais serão aqueles afetados por eventuais novas regras a permear nosso ordenamento jurídico, *v. g.* a novel legislação de enfrentamento à pandemia que dizem, de uma ou de outra forma, respeito aos que atuam na máquina pública.

Conceitua-se agentes públicos todos aqueles legalmente autorizados a exercer, em nível decisório, uma porção do poder público, com competências detalhadas na legislação positiva. Esta categoria pode, ainda, ser dividida em (i) agentes políticos – investidos em cargos eletivos, com regramento constitucional – e (ii) agentes administrativos – todos os demais, ordenados pela lei (NETO, 2014). De acordo com a Controladoria Geral da União (CGU), “agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública”.

É possível encontrar, em alguns diplomas legais, conceitos expressos de quem seriam os agentes públicos¹⁹, *p. ex.* o art. 2º da Lei nº 8.429 de 1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230 de 2021, pelo qual:

Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação,

¹⁹ A Lei nº 8.112 de 1990 nos traz um conceito legal de servidor público, *in verbis*: “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. Art. 3º. Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.”

contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei (*administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios*).

Com efeito, o maior numerário dentre os agentes públicos é representado, sem dúvidas, pelos servidores públicos, a formar a grande massa dos agentes do Estado, e por esse motivo, desempenhando as mais variadas funções. Vinculam-se a este por uma relação permanente de trabalho, sob regime legal, percebem remuneração, integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e fundações públicas, e por exercerem com permanência um múnus público podem ser entendidos como os profissionais da função pública (CARVALHO FILHO, 2021).

4.1.2 Regime jurídico e a Constituição Federal

Considerando a elevada importância da matéria, houve por bem o constituinte originário – e reformador – trazer um elevado número de normas aplicáveis aos servidores públicos, deixando ao legislador infraconstitucional a delimitação de regras específicas, não conflitantes com aquelas já previstas na Carta Magna. Com efeito, a Seção II (Dos Servidores Públicos), do Capítulo VII (Da Administração Pública), do Título III (Da Organização do Estado), da Constituição Federal de 1988 traz um rol de direitos e deveres, inclusive relativos ao regime próprio de previdência social, aplicáveis aos servidores de todos os entes federativos, sem prejuízo das normas específicas trazidas, por exemplo, nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios.

Sobre a importância do referido regramento constitucional, as ilustres palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2020, p. 439; 441):

Habitualmente, o tema servidores públicos é cogitado como se se tratasse meramente de um regime de trabalho entre vários possíveis e que se peculiariza tão só por tipificar-se numa relação dita estatutária. Penso, entretanto, que esse tema tem uma dimensão constitucional muitas vezes maior. Em rigor, toda disciplina constitucional do servidor público, está armada em função de objetivos intimamente ligados aos propósitos do próprio Estado de Direito. [...] Cumpre que este Estado, que esse aparelho gigantesco, que essa máquina onipresente seja imparcial, seja neutra, caso contrário soçobrarão os objetivos do Estado de Direito. Ora, bem, para que essa máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados.

Como seria isto possível se os agentes do aparelho estatal e, basicamente, do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do poder?

Um dos maiores objetivos de conceder algumas prerrogativas aos servidores públicos reside justamente na necessidade de garantir sua atuação imparcial, neutra, objetivando a realização do interesse público sem sujeitar-se ao alvedrio daqueles que transitoriamente ocupam cargos de poder. Nesse sentido, o §7º, do art. 39, da Constituição permite que os entes federativos apliquem recursos orçamentários, provenientes de economia com despesas correntes, em treinamento, modernização e programas de qualidade e produtividade do serviço público, inclusive pela concessão de adicional ou prêmio de produtividade²⁰.

Ademais, o caput do art. 39 da Constituição Federal determina aos entes federativos a instituição de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, tendo sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, no sentido de permitir a contratação de servidores não apenas pelo regime único – com regramento específico disposto no estatuto dos servidores do ente federativo – mas também pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Tal emenda foi levada ao Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.135, tendo sido concedida medida cautelar que suspendeu a eficácia da redação dada pela Emenda, seguindo, ao menos por ora²¹, a incolumidade da aplicação de regime estatutário aos servidores públicos.

Nesse sentido, o regime jurídico estatutário, tratado com detalhes na Constituição, mostra-se mais apropriado às pessoas jurídicas de direito público, da administração direta e indireta, por trazer importantes prerrogativas aos servidores

²⁰ Com o mesmo intuito de desenvolver e aumentar a eficiência do serviço público, o §2º, do mesmo art. 39, da Constituição: “§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).” Muito embora a norma tenha um valor programático inestimável ao melhor desenvolvimento da Administração Pública, é possível notar, na prática, que ainda caminha a passos vagarosos por demais.

²¹ O julgamento, até a conclusão do presente trabalho, não foi finalizado, e muita discussão gira em torno da nova redação dada ao caput do art. 39, a impor aos entes federativos apenas a instituição de conselho de política de administração e remuneração de pessoal, dispensando, a *contrario sensu*, a obrigatoriedade do regime estatutário a reger os direitos e deveres dos servidores públicos. Nos termos do voto da relatora, ministra Carmen Lúcia, ocorreu a inconstitucionalidade formal do artigo que permite a contratação dos servidores públicos via CLT, por não ter sido respeitado o rito exigido à aprovação das emendas constitucionais, em especial a necessidade de dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional.

públicos a permitirem a boa execução de suas atribuições; garantias como a estabilidade lhes permitem, face a inúmeros interesses eventualmente envolvidos, isenção e destemor no exercício da função pública (PIRES, 2021). É dizer, muito embora haja críticas a um suposto exagero na concessão de “benefícios” aos servidores públicos, não podemos olvidar das inúmeras pressões a que se submetem os mesmos, mormente em órgãos públicos espalhados pelos mais de cinco mil municípios brasileiros, nos quais é de notório conhecimento as pressões de grupos políticos e econômicos locais que buscam dominar o interior do país, numa espécie de herança residual do coronelismo que marcou fortemente o Brasil no início do século XX.

Muito embora se possa argumentar que alguns servidores utilizem os direitos estatutários como escudo para uma atividade laboral ineficiente e até mesmo desidiosa – o que deve ser fortemente reprimidos pelos institutos de controle interno de cada Poder – é de importância elementar a preservação das prerrogativas constitucionais e estatutárias, a ensejar direitos e deveres delimitadores de uma atuação imparcial, humana e efetiva pelos servidores. O exercício da função pública não objetiva o atingimento de interesses individuais, mas de todo o Estado, da coletividade; as normas estatutárias devem ser continuamente desenvolvidas e aprimoradas pelo legislador e pela aplicação do Direito nos Tribunais²², mas sem perder sua essência, o cerne justificador de sua previsão constitucional, qual seja a

²² Devido à previsão no texto constitucional, as discussões sobre a aplicação e os limites do regime estatutário não raramente desaguam Supremo Tribunal Federal. À guisa de exemplo, o Tema 551 da Repercussão Geral, de importante aplicabilidade em tempos de pandemia, foi assim decidido: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DIREITO A DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FÉRIAS REMUNERADAS, ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL. 1. A contratação de servidores públicos por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no art. 37, IX, da Constituição, submete-se ao regime jurídico-administrativo, e não à Consolidação das Leis do Trabalho. 2. O direito a décimo terceiro salário e a férias remuneradas, acrescidas do terço constitucional, não decorre automaticamente da contratação temporária, demandando previsão legal ou contratual expressa a respeito. 3. No caso concreto, o vínculo do servidor temporário perdurou de 10 de dezembro de 2003 a 23 de março de 2009. 4. Trata-se de notório desvirtuamento da finalidade da contratação temporária, que tem por consequência o reconhecimento do direito ao 13º salário e às férias remuneradas, acrescidas do terço. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de repercussão geral: ‘Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.’” (RE 1066677, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020)

função instrumental garantidora da atuação e desenvolvimento estatal por meio das mais variadas atividades levadas a cabo por seus servidores.

4.2 Relação Estado – Agente Público

A partir do momento em que um cidadão ingressa nos quadros da Administração Pública, a relação jurídica que se estabelece não pode ser confundida com uma relação ordinária de trabalho, independentemente de qual o regime legal aplicado, haja vista a complexidade envolvida entorno da atuação dos agentes públicos. É certo que o Estado, ainda que pensemos nos entes federativos – verdadeiras pessoas jurídicas de direito público – não é capaz de manifestar sua vontade senão por intermédio da atividade exercida, no mundo dos fatos, por aqueles investidos da função pública.

Os agentes públicos, sejam eles agentes políticos, empregados ou servidores públicos, atuam não como particulares, almejando interesses privados e a partir da manifestação da autonomia da vontade, mas sim dentro dos parâmetros legais e com a finalidade de alcançar o interesse público, da coletividade. Em outras palavras, quando age, o agente representa a verdadeira atuação do Estado, como se este pudesse, num esforço de ficção, estar agindo diretamente, com seu próprio “corpo físico”, a cumprir as inúmeras funções estatais, sejam elas atividades de interesse público primário ou secundário, no exercício do poder de império estatal ou mesmo em pactuações privadas com pessoas físicas e jurídicas.²³

A relação entre a manifestação da vontade dos órgãos e dos agentes públicos, ou seja, entre a própria vontade do Estado e de seus agentes, deve ser entendida como de imputação direta dos atos do agente ao Estado, o que individualiza a relação orgânica, haja vista a atuação do agente não ser considerada de um ser distinto, externo, mas imputada diretamente ao Estado, como própria dele (BANDEIRA DE MELLO, 2018). Nesse sentido, enxergamos como de extrema importância a relação estabelecida, especialmente, entre os servidores públicos e o

²³ “A Administração Pública rege-se pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, o que implica dizer que sendo impessoal o vínculo do ente federado com seus servidores, não há falar em transferência de responsabilidade uma vez que o servidor é apenas um instrumento de exteriorização de vontade do Estado, o qual é parte legítima para responder perante os administrados.” (ARE 939966 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 01/02/2016. Publicação: 12/02/2016)

Estado, porquanto a própria concretização dos princípios basilares do Direito Administrativo, quais sejam a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, dependam direta e manifestamente do agir daqueles.

Por outro lado, é notório que a relevante atuação dos agentes públicos não pode servir de escudo a uma atuação pouco produtiva, sendo que o princípio da eficiência está relacionado à necessidade de se obter os resultados trazidos pelo texto constitucional de maneira célere. Todo aquele que exerce função pública tem o dever de atuar de forma eficiente na satisfação das necessidades da população. Ainda que considerando as formalidades inerentes à Administração Pública, necessárias à formação da vontade estatal, as leis e a jurisprudência têm dado ênfase preponderante aos resultados impostos pela Constituição (OLIVEIRA, 2013)²⁴.

É bem verdade que a Administração é, hodiernamente, organizada em carreiras hierarquizadas, em que, se por um lado o servidor possui vantagens, como a estabilidade, a garantia de promoções e melhoria da remuneração, por outro submete-se a uma disciplina, em certa medida, rigorosa, com dever especial de sigilo, de imparcialidade política e, até a anterior Constituição, com restrição à liberdade de opinião, vedação ao direito de sindicalização e de greve (FERREIRA FILHO, 2020). Desse modo, denota-se a importância de os estatutos jurídicos dos entes federativos respeitarem o regramento mínimo constitucional no que tange aos servidores públicos, delimitando seus direitos e deveres sem que o fiel da balança perca de vista o necessário equilíbrio a reger as relações entre o Estado e aqueles que lhe representam, de tal sorte que não haja injustiça para com aqueles que dedicam seu labor à persecução da finalidade pública, e simultaneamente, tanto quanto possível, não se caracterize um deletério *rigor aparente estatal*, a permitir qualquer forma de desídia no cumprimento das funções por parte de seus agentes.

²⁴ Sobre a importância de buscar resultados concretos por parte daqueles que representam a Administração Pública, preceitua o referido autor, Rafael Oliveira (2013, p. 113): “A concretização dos resultados, na medida do possível, deve ser realizada por meio de processo político-participativo: a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados. O resultado destaca-se como um novo paradigma do Direito Administrativo: a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional.”

4.3 Impactos da COVID-19 nas Relações com os Agentes Públicos

A eclosão da pandemia em território nacional, no início do ano 2020, trouxe, como já discutido (item 3.2), enormes reflexos que se espalharam por todos os ramos de atividades sociais e comerciais, com impactos de complexa magnitude a repercutir em nossas vidas por tempo indeterminado. Muito embora a história nos mostre que os momentos de pandemia, são, pela própria natureza de evolução das doenças, temporários, é certo que os reflexos desses períodos, não apenas na saúde daqueles que foram acometidos pela novel doença, mas também nas relações sociais, nos costumes e na maneira como as pessoas interagem, trabalham e cumprem seus afazeres, podem perdurar por um tempo muito maior, sendo possível, inclusive, vislumbrar novos hábitos definitivamente adotados pelos seres humanos, como os relativos a novos meios de comunicação e maior importância dada às medidas de prevenção à disseminação de novas doenças infectocontagiosas.

A prestação de serviços públicos, incumbência constitucional do Poder Público, não poderia passar imune a todas as manifestações decorrentes da pandemia do novo coronavírus. Diversos serviços foram negativamente impactados, mormente aqueles dependentes de uma presença física e constante dos prestadores e usuários, como as escolas, hospitais, fóruns etc. Por óbvio, não há como impactar os serviços públicos sem que isso gere reflexos diretos e imediatos sobre aqueles que executam tais atividades, em especial os servidores públicos, representativos da maior parcela da força humana atuante na estrutura estatal.

Em que pese a possibilidade de alteração do regime e regras de trabalho por grande parte das repartições públicas, colocando seus servidores em *home office*, por exemplo, permitindo a continuidade mínima das atividades públicas enquanto seguidas as orientações de isolamento social necessárias ao enfrentamento da pandemia, não podemos olvidar que os serviços essenciais²⁵, como saúde e

²⁵ Segundo o §1º do art. 3º do Decreto nº 10.282, de 20 de Março de 2020, “são serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.” Ainda, a Instrução Normativa nº 21, de 2020, da Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal, do Ministério da Economia: “Art. 6º-A Sem prejuízo do disposto nesta Instrução Normativa, o Ministro de Estado ou autoridade máxima da entidade poderá adotar uma ou mais das seguintes medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade: I - adoção de regime de jornada em: a) turnos alternados de revezamento; e b) trabalho remoto, que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas pelos servidores ou empregados

segurança pública, sem prejuízo de inúmeros outros, não podiam parar, mesmo com o crescimento exponencial do quadro pandêmico.

Não apenas a instituição de trabalho remoto e o afastamento de servidores, mas inúmeros outros desafios surgiram, com a pandemia, no que tange às relações de trabalho nos órgãos públicos. Mostra-se importante, em tempos extraordinários como esses, a utilização de mecanismos de cooperação e negociação dentro da estrutura estatal, assegurando a participação dos cidadãos, em especial dos agentes públicos, na fixação de políticas públicas e condições de trabalho que lhe digam respeito. Os servidores não são meros objetos das ações governamentais, mas sujeitos de direitos ligados aos interesses primários da Administração, com relevante função social, daí a importância da consensualidade na gestão de crises no setor público, podendo ser alcançada, por exemplo, pela institucionalização do diálogo entre o Poder Público e os sindicatos representativos dos servidores, com vistas à maior eficiência das soluções e proteção social do trabalho (CAMPOS, 2020).

É importante destacar que os servidores envolvidos na prestação dos serviços *super* essenciais e dependentes de uma atuação presencial (física, corporal), mormente aqueles ligados à saúde e segurança, acabaram por sofrer reflexos ainda maiores desde o início da pandemia até os momentos de pico da crise sanitária e hospitalar, haja vista a rápida disseminação do vírus e a insuficiência – a princípio uma verdadeira ausência – de protocolos de biossegurança que permitissem uma atividade laboral, *in loco*, segura, totalmente protegida contra a nova doença. Desse modo, passamos a discutir o pior dos reflexos da pandemia ao funcionalismo público, qual seja, a morte de servidores devido à infecção pelo novo coronavírus.

4.4 Morte de Servidores Públicos Decorrente da Covid-19

A pandemia obrigou a interrupção de inúmeras atividades públicas e privadas. Escolas, hotéis, restaurantes, lojas comerciais, eventos presenciais e até

públicos do órgão ou entidade; II - melhor distribuição física da força de trabalho presencial, com o objetivo de evitar a concentração e a proximidade de pessoas no ambiente de trabalho; e III - flexibilização dos horários de início e término da jornada de trabalho, inclusive dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada caso. [...] §2º A adoção de quaisquer das medidas previstas no caput ocorrerá sem a necessidade de compensação de jornada e sem prejuízo da remuneração. [...] §4º O disposto no caput não se aplica aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde, ou em outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade." (Grifos nossos).

fronteiras foram fechadas, numa tentativa de conter o crescimento exponencial da doença, sobretudo pelo quadro de colapso dos sistemas de saúde, falta de leitos hospitalares, medicamentos e equipamentos médicos que permitissem o atendimento de toda a população adoecida.

O Poder Público passou a impor restrições a direitos fundamentais para conter a pandemia, numa concretização do poder de polícia estatal, a qual, numa concepção clássica, tinha cunho eminentemente repressivo, obstando que o exercício da autonomia privada pudesse causar lesão a interesses alheios. Atualmente, compreende ainda imposições ativas de condutas desejáveis, trazidas à tona a partir de competências legislativas e administrativas (JUSTEN FILHO, 2005). Foi o que se deu, *e. g.*, na imposição do uso de máscaras, de distanciamento social e, mais a frente, na obrigatoriedade da vacinação.

Todavia, muitos servidores públicos continuaram exercendo suas funções, inclusive de modo presencial quando assim fosse necessário, e a contaminação pelo novo coronavírus começou a causar a morte deles. Ainda não se tem números exatos, tendo sido o governo federal, a propósito, largamente criticado no desenrolar da pandemia pela ausência de critérios rigorosos e transparência na divulgação de informações sobre a verdadeira situação pandêmica no Brasil²⁶. Segundo publicação do Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério das Relações Exteriores (2021), “levantamento do Ministério da Economia mostra que entre março de 2020 e abril deste ano, 946 servidores públicos federais morreram por complicações causadas pela Covid-19.” Ainda na mesma matéria jornalística lê-se que “este número apontado pelo Ministério da Economia pode ser subnotificado, uma vez que o servidor não é obrigado a comunicar que esteve infectado pelo coronavírus se estiver em regime de teletrabalho.”

Dessa forma, os critérios de imposição do dever de indenizar ao Estado ganham, nesse cenário, contornos relevantes. Levando-se em consideração todos os

²⁶ De acordo com matéria veiculada pela Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (2020): “O governo federal não sabe quantos servidores públicos morreram por Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus. A falta de estatística é alvo de críticas de entidades que representam a categoria. O Ministério da Economia é responsável pela organização das atividades dos servidores. A pasta divulga um boletim com o número de infectados. Contudo, não sabe informar quantos morreram desde o início da pandemia. [...] As únicas informações compiladas pelo governo federal são de casos de Covid-19 em profissionais de saúde. Com isso, os demais servidores de órgãos e autarquias ficam sem informações específicas. Até 5 de agosto, foram notificados 232.992 casos confirmados em profissionais de saúde.”

entes federativos, podemos dizer que, a despeito da falta de dados estatísticos concretos a confirmar os números exatos, milhares de servidores foram mortos a partir da contaminação pelo novo coronavírus. Acreditamos ser importante que novos estudos e levantamentos estatísticos sejam feitos a confirmar, cientificamente, tal tese e sua verdadeira extensão, a permitir maior embasamento à discussão de quais os limites na aceitação das causas excludentes da responsabilidade estatal em situações extraordinárias, como a recentemente instaurada pelo quadro pandêmico.

4.4.1 Adoção de medidas preventivas

Com a decretação do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de Março de 2020²⁷, inúmeras normas e medidas passaram a ser adotadas em toda a Administração Pública objetivando o enfrentamento da emergência sanitária bruscamente instalada pelo Covid-19. No que tange aos servidores públicos, as atividades possivelmente exercidas por meio da rede mundial de computadores passaram a um regime de execução integral ou parcialmente remoto, com os servidores exercendo seus misteres de suas próprias residências, conquanto mantida a regular subordinação jurídica característica do vínculo estatutário, e sem reduções de seus direitos legais e constitucionais.

Grandes discussões se travaram em torno da prestação dos serviços essenciais de educação e jurisdição. Em que pese a impossibilidade – ao menos teórica – da interrupção deles, é certo que a implementação, praticamente exclusiva, de aulas no formato educação à distância (EAD), para todos os níveis de ensino, e do fechamento das portas dos fóruns e tribunais, com a atuação virtual do Poder

²⁷ “Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Art. 2º Fica constituída Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, composta por 6 (seis) deputados e 6 (seis) senadores, com igual número de suplentes, com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19).”

Judiciário, provocou redução nos aspectos quantitativos e qualitativos dos referidos – e de outros em similar situação – serviços públicos²⁸.

Entretanto, é notório que alguns serviços públicos não puderam migrar para um regime de trabalho a distância, por incompatibilidades diversas, seja de ordem fática, técnica ou jurídica, o que gerou reflexos complexos na rotina de trabalho daqueles aos quais não era possível trabalhar em isolamento social. À guisa de exemplo, os servidores das áreas de saúde e segurança pública, representativos de grande parte dos agentes públicos, mantiveram-se, em todo o lapso de tempo pelo qual as autoridades governamentais indicavam uma predileção pelo trabalho remoto, exercendo, diária e presencialmente, suas atividades funcionais. A bem da verdade, os servidores da saúde notaram um aumento exacerbado de sua carga de trabalho, haja vista a superlotação de hospitais e unidades de saúde pela evolução do quadro pandêmico.

Indaga-se se estamos diante de uma responsabilidade por ação ou omissão do Estado, porquanto muitos servidores não tiveram a opção de manter-se em isolamento social, ainda que nos períodos de pico na disseminação do Covid-19, devendo manter suas atividades presenciais dia após dia, nas Unidades Básicas de Saúde, nos hospitais públicos, nas bases policiais etc. Desse modo, apesar de num primeiro momento ter-se a ideia de que o Estado não criou, por meio de uma ação, uma conduta comissiva, a situação pandêmica, e por isso deveria ser responsabilizado apenas por sua eventual omissão na prevenção dos casos em seus servidores, é inegável que a partir do momento em que ele chama seu pessoal para se manterem ativos e presentes em seus postos de trabalho, justamente pela necessária continuidade dos serviços públicos, pode-se vislumbrar a partir daí um agir positivo do Estado, eventualmente conectado à posterior contaminação do servidor.

Tal discussão pode ter maior relevância do que aparenta, pois a partir dela se determinará qual a teoria aplicada à responsabilização estatal. Apesar das discussões doutrinárias e jurisprudenciais em torno da responsabilidade do Estado por omissão, se aplicada a teoria objetiva ou subjetiva, com necessária comprovação da culpa, por outro lado é unânime a solução dada às hipóteses em que há um agir

²⁸ Por outro lado, o que havia de diferente como possibilidades aos governantes? O enfrentamento da pandemia exigiu decisões rápidas, e muitas vezes sem tempo à busca de fundamentos científicos a embasá-las, de modo que a omissão estatal seria tão (ou mais) drástica do que as ações levadas a cabo, seja em tempo hábil ou não, estando em risco não apenas a saúde, mas a vida, de milhões de pessoas.

estatal, uma conduta comissiva, pela imposição da teoria objetiva, sem necessidade de o lesado comprovar a culpa no ato do agente público.

Ademais, o administrador público deve seguir as recomendações das diversas áreas da ciência, no tocante à gestão dos serviços e interesses públicos e, por óbvio, dos servidores públicos, o que tem sido chamado cientificidade do direito, um princípio implícito que, segundo as lições de Gabriel Lino (2021, p. 91), revela “a necessidade de que as decisões jurídicas obedeçam a princípios, regras e padrões revelados pelas outras ciências”. Prossegue com clareza, afirmando que uma atuação baseada em evidências científicas é um dever do Poder Público, porquanto “dada a complexidade dos problemas que se enfrentam, somente apurados conhecimentos científicos podem fundamentar medidas públicas”.

De acordo com a pesquisa “Condições de Trabalho dos Profissionais de Saúde no Contexto da Covid-19” (FIOCRUZ, 2021), baseada na resposta de mais de 25 (vinte e cinco) mil participantes de todo o território nacional, a pandemia alterou significativamente a vida de 95% (noventa e cinco por cento) dos trabalhadores da saúde, sendo que mais da metade deles relatou a falta de apoio institucional e quase um terço a ocorrência de episódios de violência e discriminação. Ainda, 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados admitiram excesso de trabalho, com jornadas exaustivas, muitas vezes em diferentes estabelecimentos de saúde, e, não bastasse isso, 64% (sessenta e quatro por cento) deles disseram ser necessário trabalhar com equipamentos de proteção individual (EPIs) improvisados. Nada obstante o fato de a pesquisa não ter abrangido exclusivamente profissionais de saúde atuantes no serviço público – eram 34,5% (trinta e quatro inteiros e cinco décimos por cento) atuantes em hospitais públicos, e 25,7% (vinte e cinco inteiros e sete décimos por cento) na atenção primária, as unidades básicas de saúde – é razoável concluir que a realidade espalhada por toda a estrutura organizacional de saúde pública do Brasil não seja exageradamente distinta dos impactantes resultados por ora expostos.

Ainda sobre os trabalhadores da saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) já vinha sofrendo, previamente à pandemia, de uma crise permanente, com deterioração dos serviços e precarização da força de trabalho, sendo que esse mesmo SUS se tornou o maior responsável na luta contra o coronavírus, haja vista o sistema privado, apesar de possuir mais de 2/3 (dois terços) dos leitos hospitalares no Brasil, atender apenas 1/4 (um quarto) da população, o que por si só já representa uma complexidade no enfrentamento da pandemia, haja vista a exacerbação de uma

desigualdade social perene. Desse modo, diante da deficiência estrutural da saúde pública, principalmente no que toca à falta de leitos hospitalares, UTIs e equipamentos de respiração mecânica, foram implantados diversos “hospitais de campanha”, com a contratação de pessoal de forma imediata e com vínculos precários, com redução das garantias trabalhistas, bem como a antecipação do fornecimento de diplomas a estudantes de medicina e outras profissões da saúde, o que, embora medidas extremas para enfrentar uma situação extraordinária, poderiam gerar outros problemas, pelo desconhecimento das regras institucionais e despreparo desses profissionais (TEIXEIRA, 2020).

Nesse contexto, o pico da crise hospitalar do SUS trouxe à tona uma discussão sobre a possibilidade de requisição administrativa, pelo Poder Público, de leitos hospitalares da rede privada, porquanto, como visto acima, a disparidade entre a oferta de tais recursos na rede pública e privada é evidente, e os gestores públicos precisaram lançar mão de todos os institutos possíveis frente ao colapso do sistema de saúde. Na ADI 6362/DF, de Setembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal assentou que “as requisições administrativas precisam balizar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, só podendo ser levadas a cabo após a constatação de que inexistem outras alternativas menos gravosas”, e ainda, no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, o Tribunal manteve a posição dominante em suas decisões, a respeitar a separação dos poderes e vedar que aquele atue como substituto dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização de políticas públicas, isto é, a Constituição Federal garante ao Poder Público a discricionariedade de determinar, unilateralmente, a requisição administrativa²⁹, “bastando que fique configurada a necessidade inadiável da utilização de um bem ou serviço pertencente a particular numa situação de perigo público iminente, sendo por isso inexigível a aquiescência da pessoa natural ou jurídica atingida ou a prévia intervenção do Judiciário”.

É bem verdade que as decisões das autoridades administrativas devem ser motivadas, com base em argumentos científicos, de tal forma que seja possível o controle judicial de legalidade, realizado em ambiente processual, sem perder de vista

²⁹ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano."

a fundamentação obtida a partir da ciência. Ademais, nota-se, no plano legislativo, a possibilidade de imposição de leis federais aos estados, Distrito Federal e municípios, decorrente da própria sistemática constitucional, o que não ocorre no tocante aos comandos administrativos de autoridades federais, aos quais não estão diretamente submetidas as autoridades dos demais entes federados (ALMEIDA, 2020).

Com efeito, não apenas por meio da intervenção na propriedade privada, mas também por outros institutos jurídicos que conferem prerrogativas ao Poder Público, como as normas criadas durante a pandemia a permitirem uma maior flexibilidade na gestão do orçamento público, concedendo aos gestores a possibilidade de aumentar gastos, realizar contratações com dispensa de licitação etc., todas as medidas protetivas aos servidores devem – ou ao menos deveriam – ser tomadas, respeitados os princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, sob pena da Administração ter de indenizar todos os profissionais acometidos pela Covid-19, mormente aqueles que não puderam ser colocados em regime de trabalho à distância.

Podemos citar, como medidas imperativas de proteção aos servidores, em caráter exemplificativo e aplicáveis a todas as carreiras públicas, (i) a implementação do *home office*, para todas as funções em que se mostre possível; (ii) a aquisição de EPIs, de qualidade garantida pelos órgãos de certificação de equipamentos médico-hospitalares, e em quantidade suficiente para que todos os profissionais da rede pública possam trabalhar com a devida proteção, segundo as normas das agências nacionais e internacionais de saúde; (iii) investimentos em programas de capacitação continuada, por meio de parcerias com instituições de ensino e entidades paraestatais que permitam o treinamento, a orientação e o fornecimento de cursos (presenciais e EAD) aos servidores, com enfoque em medidas preventivas e de redução dos riscos da contaminação pelo novo coronavírus; e (iv) a criação de protocolos de biossegurança e de segurança do trabalho, permitindo que todas aquelas atividades exercidas exclusivamente de maneira presencial o sejam da forma mais segura e preventiva possível, protegendo os servidores e, ainda que indiretamente, os próprios usuários do serviço público.

Vale lembrar, por fim, que as medidas tomadas no sentido de prevenir a disseminação dos casos de Covid-19, e de proteger os agentes públicos, são de grande valia inclusive para o momento pós-pandemia, porquanto a maior parte das ações preventivas e novos protocolos de trabalho poderem ser utilizadas de maneira

definitiva nos órgãos públicos, haja vista permitirem o exercício das atividades estatais com maior segurança e prevenção de doenças infectocontagiosas, o que poderá se mostrar de valor imensurável para as atuais e, especialmente, vindouras gerações.

4.4.2 A Covid-19 como caso fortuito ou força maior

A Administração Pública de todos os entes da Federação deve garantir aos seus agentes a proteção necessária ao enfrentamento de qualquer situação que porventura se materialize no mundo dos fatos. Os servidores públicos, por representarem a maior parcela dos recursos humanos do Estado e atuarem diretamente na consecução da finalidade pública, não podem ser obrigados a trabalhar se não em condições seguras, com toda a aparelhagem necessária ao desempenho regular de suas funções, com eliminação (ou controle) de riscos.

Nesse sentido, ainda que tenhamos a compreensão de não imputar ao Estado a posição de garantidor universal, por outro lado não podemos olvidar que a própria relação jurídica estabelecida a partir do vínculo estatutário a imprimir deveres e obrigações de conduta ao servidor público, já é suficiente a lhe garantir direitos, proteções contra a posição superior do Estado nessa relação, e sem dúvidas, uma dessas proteções está relacionada à responsabilidade estatal objetiva no acometimento de doenças infecciosas ao servidor público.

A teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva, baseia-se justamente na igualdade dos administrados diante dos ônus públicos, pois os encargos coletivos devem ser propriamente repartidos dentre aqueles que instituíram o Estado, como forma de solidariedade social. Assim, quando este deve reparar o dano causado a um particular por uma ação ou omissão de seus agentes, o valor da indenização deve ser suportado por todos os administrados, inclusive, em certa medida, pelo próprio lesado (ARAÚJO, 2018).

No que tange à aceitação da Covid-19 como caso fortuito ou força maior, apto a liberar o Estado do dever de indenizar o servidor infectado que tenha sofrido danos materiais ou morais, ou até mesmo seus familiares, caso este venha a falecer, é possível vislumbrar a defesa em ambos os sentidos. Não resta dúvidas de que este será um dos principais argumentos trazidos aos processos pelos advogados públicos na defesa do ente público em tais ações de reparação de danos civis.

Uma das maneiras mais seguras de solucionar a questão, imprimindo a melhor justiça aos casos reais, parte da avaliação do nexo de causalidade em pelo menos dois momentos distintos da pandemia. Explico. A adoção da responsabilidade objetiva na imputação do dever de indenizar ao Estado dispensa a comprovação da culpa, mas não exime o autor da ação de provar a conduta, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade. É justamente na comprovação deste último, do liame que liga a ação ou omissão estatal à causação direta dos danos suportados pela vítima, que se insere a possibilidade do Estado provar que tal nexo foi rompido por um evento imprevisível, ou previsível mas de forças incontroláveis, de magnitude extraordinária, como por exemplo uma calamidade da natureza, um desastre ou a eclosão de uma pandemia.

É válida a argumentação de que o surgimento de uma pandemia, ao menos na história moderna, não poderia ser razoável e seguramente previsto, com a adoção de medidas que tivessem a capacidade de impedir, ou ao menos reduzir os impactos desastrosos de seu crescimento³⁰. Todavia, após a explosão dos casos de Covid-19, o colapso do nosso sistema de saúde e o surgimento de estudos a embasar a eficácia de medidas protetivas e preventivas contra a infecção, a adoção dessas passou a ser obrigação da Administração Pública em todos os seus órgãos, seja para proteção dos servidores, dos usuários, e para permitir a continuidade da prestação dos serviços públicos.

A solução proposta, então, seria a análise dos casos concretos de responsabilidade civil em dois momentos, quais sejam, (i) nos primeiros meses de surgimento e evolução da pandemia no Brasil, onde pouco se sabia sobre o novo vírus, quais as melhores formas de prevenção e tratamento, de tal sorte que à Administração não poderia ser imprimido o dever de indenizar pela morte de servidores públicos decorrente da Covid-19, haja vista que nesse momento inicial estávamos diante, verdadeiramente, de um evento imprevisível e de magnitude à primeira vista insuperável, podendo ser justificado tanto como caso fortuito como força maior, a liberar o Estado do dever de indenizar. E (ii), um momento posterior, em que

³⁰ Basta imaginar, para melhor visualização do contexto, as repercussões sociais que não seriam geradas caso os Poderes instituídos, aqui no Brasil, tivessem determinados medidas de prevenção contra a nova doença, surgida no longínquo território chinês, como a imposição de uso de máscaras, restrição de locomoção e isolamento social – algo nunca visto em nossa história recente –, no final do ano 2020, ou mesmo no início de 2021, quando o novo coronavírus já demonstrava sinais de que se espalharia por todo o globo.

as maiores e mais respeitadas instituições de saúde de todo o mundo se debruçaram sobre microscópios, em inúmeros laboratórios e supostamente em regime de colaboração universal, a estudar todos os fatores envolvidos no surgimento, disseminação e possibilidade de prevenção e tratamento, o que, em certa medida, se estendeu por meses, quiçá por anos, a fio, tornando possível a instalação de novos protocolos de trabalho com controle e redução dos riscos de contaminação pela novel doença.

A partir deste segundo momento, ainda que previamente à concretização da vacinação em massa da população ou do surgimento de tratamentos comprovadamente eficazes contra o coronavírus, a falta ou a ineficiência na implementação de novos protocolos por parte da Administração Pública, representada muitas vezes pela não concessão, total ou parcialmente, de EPIs aos servidores, por falhas em processos de higienização e desinfecção dos ambientes de trabalho, e até mesmo pela baixa instrução do pessoal, não permitiria mais a aceitação da tese de que o Estado estaria eximido de indenizar a morte de servidores pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.

É forçoso anotar que os atos lícitos praticados pelo Estado podem ensejar sua responsabilização, ainda que o exercício de um poder legítimo estatal acarrete indiretamente, sem ter esse objetivo, a lesão a um direito de terceiro. O agir lícito do Estado, com finalidade que sequer se choque com direitos de particulares, mas que acaba por infringi-los, impõe ao Estado o dever reparatório (BANDEIRA DE MELLO, 2011). Nessa senda, ainda que adotados todos os protocolos e cautelas necessárias à prevenção da contaminação do servidor, caso esse venha a ser infectado e tenha danos – que podem chegar ao dano extremíssimo da morte – deverá ser indenizado, o que não deixa de ser um caso de aplicação legítima da socialização dos riscos estatais.

É certo que, apesar do esforço legislativo no período pandêmico, representado pela criação de diversas normas que permitissem a travessia deste momento, a solução ora proposta, de interpretação e solução dos casos concretos em que discutido o dever de indenizar por parte do Estado, será majoritariamente uma atividade pretoriana, haja vista a necessidade imperiosa de análise do contexto fático e de todo o suporte probatório presente no processo, a permitir a conclusão em um ou outro sentido, isto é, na possibilidade ou não de aceitar a morte dos agentes públicos decorrente da Covid-19 como caso fortuito ou força maior, ensejando a

liberação, ou redução, da indenização a ser paga pelo Estado a título de reparação civil.

4.4.3 Lei 14.128/2021 e a indenização financeira aos profissionais de saúde da linha de frente de combate ao Covid-19

De todas as normas legislativas criadas no período pandêmico, algumas se destacaram quando pensamos na intenção do legislador de proteger a saúde e a própria vida dos agentes públicos, mormente daqueles que participaram diretamente no combate à disseminação da doença. Os profissionais da linha de frente, que não puderam praticar o isolamento social absoluto, ainda que em momentos de decretação de *lockdown* pelo Poder Público, não poderiam deixar de receber um tratamento diferenciado pelo legislador, sobretudo pela notória importância de tais profissionais nesse momento exageradamente desafiador.

A Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, promulgada logo nos primeiros dias em que o novo vírus começava sua disseminação pela população brasileira, acabou por tornar-se a principal norma a reger as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, surgindo a partir dela inúmeros outros diplomas normativos com maior grau de especificidade. De início, o óbvio, mas ainda assim de previsão essencial no texto, expressando o §1º do art. 1º que “as medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade”; ora, a positivação do princípio da supremacia do interesse público deve ser, então, o principal norte de interpretação das regras estipuladas na sequência da Lei. Nesse diapasão, o art. 3º, criador de inúmeras discussões judiciais e posteriormente modificado por leis posteriores, estipulou atos a serem eventualmente praticados pelas autoridades públicas, muitos deles a restringir direitos individuais com vistas ao interesse coletivo³¹ – expressão do poder de polícia do Estado –, como a decretação

³¹ “CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio

de isolamento, quarentena, realização compulsória de exames médicos e vacinação, uso obrigatório de máscaras de proteção individual e restrição excepcional à liberdade de locomoção intermunicipal, interestadual e de entrada e saída do país.

Posteriormente, a Lei nº 14.023 de 8 de julho de 2020 determinou a adoção de medidas imediatas para a preservação da saúde e da vida dos profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, ou seja, objetivou criar uma proteção direta e eficiente aos que exercessem atividades ligadas à saúde e segurança públicas. É importante reafirmar que nos momentos de quarentena tais agentes representaram uma das parcelas da população com maior exposição aos riscos de contaminação e morte pelo Covid-19. Por isso a pertinência e razoabilidade da norma, aplicável à Administração Pública e aos empregadores privados, que determinou a concessão obrigatória e gratuita de EPIs aos profissionais, inclusive servidores públicos da área da saúde mas exercentes de função administrativa, em contato direto com portadores, ou mesmo possíveis portadores do coronavírus; determinou, ainda, que esses devem ter preferência na realização de exames de diagnóstico da Covid-19, seguido pelo tratamento, orientações de saúde e de avaliação da possibilidade de retornar ao trabalho.

Muito embora o principal seja efetivamente a atividade de proteção dos servidores públicos com o objetivo de prevenir a ocorrência de casos da doença, é notório que eles ocorreram, e seguirão ocorrendo, a ensejar a necessidade de uma atuação estatal não apenas ligada à prevenção, mas também à reparação de eventuais danos ocorridos no mundo dos fatos e suportados pelos agentes públicos.

Nesse sentido foi promulgada a Lei nº 14.128 de 26 de março de 2021, instituidora de indenização a ser paga pela União aos profissionais de saúde que

institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. [...] 5. Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos [...]” (ADI 6343 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-273 DIVULG 16-11-2020 PUBLIC 17-11-2020)

trabalharam diretamente no atendimento a pacientes acometidos pela Covid-19 e a partir de seu labor tenham se tornado permanentemente incapacitados para o trabalho, ou a seus herdeiros necessários, em caso de óbito. Nota-se que a norma não se destina apenas e exclusivamente ao pagamento de indenização aos servidores da saúde, mas aos trabalhadores de saúde, num sentido mais amplo a englobar a iniciativa privada, que durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional atuaram diretamente com pacientes adoecidos, e por isso com um altíssimo risco de contraírem a nova infecção viral.

É importante observar que a Lei nº 14.128 de 2021 trouxe uma elevada densidade normativa sobre o pagamento de indenização aos trabalhadores da saúde, sobretudo uma presunção legal da Covid-19 como causa da incapacidade permanente para o trabalho ou do óbito, ainda que não tenha sido a causa única, principal ou imediata, e mesmo quando presentes outras comorbidades, sendo exigido apenas a comprovação do diagnóstico de Covid-19 por laudos de exames laboratoriais ou por laudo médico que ateste quadro clínico compatível com a doença (§§1º e 2º do art. 2º). Outrossim, atestado o diagnóstico, nos termos referidos, a compensação financeira será devida inclusive quando o óbito ou a incapacidade tenham ocorrido em momento posterior ao fim da pandemia, ou anterior à data da publicação desta Lei (§4 do art. 2º), a denotar expressamente qual a aplicação temporal da norma e afastar, em certa medida, a margem de interpretação do aplicador do Direito neste ponto, isto é, presente o nexo de causalidade da novel doença, haverá o direito ao recebimento de indenização a ser paga pela União.

Seguindo na densificação normativa, a Lei nº 14.128 trouxe especificadamente os valores a serem pagos a título de indenização, quais sejam (i) R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao trabalhador de saúde incapacitado permanentemente para o trabalho, ou em caso de óbito deste, ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e herdeiros necessários (rateado entre os beneficiários); e (ii) uma segunda indenização, de valor variável, aos dependentes do falecido menores de 21 (vinte e um) anos, ou 24 (vinte e quatro) anos se cursando nível superior, pela multiplicação de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo número de anos inteiros e incompletos que faltarem ao atingimento da idade de 21 (vinte e um) ou 24 (vinte e quatro) anos completos, respectivamente (incisos I e II do art. 3º). Na hipótese de dependentes com deficiência, a segunda indenização, de valor variável, será devida independentemente da idade desse, pelo valor resultante da multiplicação de

R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por no mínimo 5 (cinco) anos (§1º do art. 3º), trazendo uma maior garantia àqueles que por força constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos o Brasil se obrigou a incluir e proteger³². Por fim, o art. 5º disse o óbvio, talvez com o intuito de evitar judicializações futuras desnecessárias, de que a referida compensação financeira possui natureza indenizatória, não podendo constituir base de cálculo para a incidência de imposto de renda ou de contribuição previdenciária, e que o recebimento dessa não prejudica o direito a benefícios previdenciários ou assistenciais previstos em lei.

Em que pese a importância de o Poder Legislativo ter, por meio da Lei nº 14.128, criado hipótese de indenização legal, pormenorizadamente detalhada em uma lei protetiva aos trabalhadores de saúde – essenciais no enfrentamento da pandemia – e seus familiares, alguns pontos serão debatidos e resolvidos pela atuação jurisprudencial. Indaga-se, por exemplo, quais os danos a referida norma está a indenizar, materiais ou morais? Na hipótese de os danos sofridos serem maiores do que a indenização fixada na lei, ainda assim estaria preservada a presunção legal do nexo de causalidade da Covid-19 como causa da incapacidade permanente ou do óbito, a imprimir ao Poder Público o dever de indenizar? Poderiam os trabalhadores da segurança pública, tão essenciais no combate à emergência de saúde de importância internacional, requerer em juízo uma aplicação analógica da Lei nº 14.128 e o direito à indenização nos termos dessa? Tal compensação financeira paga pela União tem o condão de afastar o dever de indenizar dos outros entes federativos no que tange a seus próprios servidores da saúde?

É notório que nenhum texto normativo tem a capacidade, ou sequer o objetivo, de prever e regular todas as formas possíveis e imagináveis de ocorrência no mundo dos fatos. Trata-se de verdadeira função constitucional imposta ao Poder

³² A título de exemplo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, com status de emenda constitucional: “Artigo 4 Obrigações gerais 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; c) Levantar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; [...]”

Judiciário, a interpretação e aplicação da lei, adequando a norma a cada caso concreto regularmente trazido a sua apreciação. Nessa senda, nosso entendimento como possíveis soluções aos questionamentos trazidos seriam que (i) a Lei nº 14.128 de 2021 indeniza os danos morais sofridos pelos trabalhadores de saúde gravemente acometidos pela Covid-19, haja vista a impossibilidade de fixação prévia de valores de indenização no caso de danos materiais, pois esses devem ser provados na exata medida dos danos causados, e são fortemente variáveis conforme inúmeras variáveis que possam ter ocorrido; (ii) mesmo na hipótese de os danos suportados pelas vítimas e/ou familiares serem superiores àqueles fixados na novel legislação, resta incólume a presunção legal da Covid-19 como fator causador da incapacidade permanente ou óbito, porquanto a intenção do legislador é firme no sentido de proteger aqueles que acabaram por se tornar uma das parcelas ativas da população mais expostas à contaminação e aos riscos da doença e, desse modo, a comprovação de danos em valores superiores aos previstos na lei seriam suficientes ao surgimento do direito à indenização³³; (iii) não se mostra possível, por analogia, aplicar aos trabalhadores da segurança pública a compensação financeira prevista na Lei nº 14.128, expressamente aplicável aos trabalhadores de saúde, porquanto a limitação subjetiva no âmbito de aplicação da lei foi intencionalmente determinada pelo legislador, o qual almejou atuar positivamente na concretização do princípio da isonomia, a trazer maior garantia aos que estavam direta e imediatamente expostos aos riscos de contaminação, por trabalharem diariamente no manejo de pacientes acometidos pela Covid-19, a chamada “linha de frente”; e finalmente, (iv) a referida legislação não tem o condão de afastar o dever de indenizar seus próprios servidores (e familiares) por parte dos Municípios, Estados e Distrito Federal, por falta e previsão legal e, sobretudo, pelo fato de que uma compensação financeira criada por lei, a cargo da União, aplicável a todos os trabalhadores da área da saúde, inclusive da iniciativa privada, não almeja – e nem poderia – influir no regime jurídico administrativo aplicável

³³ Não podemos olvidar que as discussões referentes àqueles que terminaram por se tornar permanentemente incapacitados ou vieram a óbito reside fortemente na análise de prontuários médicos e todos os seus documentos anexos, e que, durante o período de forte evolução da emergência sanitária e de saúde pública no quadro pandêmico, os hospitais e estabelecimentos de saúde atuavam em níveis extraordinários de lotação, riscos de falta de insumos e medicamentos, elevado número de óbitos diários e um quadro de excessiva fadiga e *burnout* pelos profissionais de saúde, o que permite a razoável conclusão de que muitos prontuários não devem ter sido precisa e perfeitamente preenchidos, aumentando ainda mais a dificuldade de constituição de prova a afirmar o nexo de causalidade da Covid-19, ou qualquer outra moléstia, como causa direta e imediata dos consequentes (1) incapacidade permanente e (2) óbito.

aos servidores de todos os entes federativos, e no dever de indenizar imposto ao Estado, em sentido amplo, pelos danos sofridos por aqueles que atuam em seu nome, no exercício de função pública e com a finalidade de proteger e atingir o interesse público.

5 CONCLUSÃO

Consideramos o estudo da responsabilidade civil do Estado e os aspectos relacionados à jurisprudência dos Tribunais Superiores de extrema importância nos tempos hodiernos, em que o Estado, ao trazer para si, como opção do próprio Poder Constituinte, a obrigação da prestação e regulação dos mais variados serviços públicos, inclusive alguns deles sob o regime de monopólio, deve imprimir esforços na prevenção, e quando não for possível, na reparação, dos danos que seus agentes, no exercício do múnus público, venham a causar a particulares.

Em que pese podermos vislumbrar uma aplicação mais alargada, por nosso Supremo Tribunal, das hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado, ainda que por suas condutas negativas que de alguma forma permitiriam a ocorrência de danos a qualquer pessoa, concluímos que o Estado não deve ser considerado um garantidor universal e onipotente.

A teoria do risco administrativo, encampada em nossa Carta Magna, deve ser aplicada conforme as balizas da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo o dever estatal de indenizar o particular por danos causados por todos aqueles que representem as pessoas jurídicas de direito público e também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sem que se exija da vítima qualquer comprovação referente à culpa do agente, bastando a comprovação da conduta, do dano sofrido, e do nexo de causalidade para que surja o dever de indenizar. Todavia, admitidas se mostram as causas excludentes do dever de indenizar, e nada obstante ser imposto ao Estado o dever de responder por seus atos, inclusive sob a modalidade da teoria objetiva, principalmente por atuar com maior ou menor superioridade, a depender do direito discutido, em relação aos particulares, isso não pode, de maneira indiscriminada, torná-lo garantidor de todo e qualquer risco que porventura possa surgir no meio social, em especial nas hipóteses em que não agiu, pois não precisaria, ou sequer poderia, tê-lo feito. Isso não afasta, em nenhuma medida, a possibilidade do particular, lesado por uma eventual omissão do Poder Público, ter seus danos ressarcidos, mas para que isso ocorra deverá haver, nos autos do processo, prova cabal da omissão culposa do Estado, que por ter sido imprudente ou, principalmente, desidioso e negligente, acaba por se conectar diretamente ao dano suportado pelo particular.

No que tange à responsabilidade civil do Estado pela morte de servidores públicos decorrente da Covid-19, muito embora tenha havido manifestação por parte do Poder Legislativo a criar normas protetivas e reparadoras de danos, em especial aos trabalhadores da saúde, não se pode afastar o que já havia, previamente à pandemia, em nosso ordenamento jurídico sobre a responsabilidade estatal, o que acaba por permitir aos servidores lesados a busca da reparação dos danos sofridos a partir da contaminação pelo novo vírus, ainda que o Estado alegue não poder arcar com as consequências de sua omissão na prevenção da doença.

O fiel da balança deve ser moderadamente sopesado em cada caso, no sentido de imprimir justiça àqueles que atuam em nome e em busca do interesse estatal, mas com uma análise crítica das circunstâncias fáticas a não imprimir ao Estado o dever de indenizar quando este tiver tomado todas as medidas cabíveis e suficientes à prevenção dos danos. Nesse sentido, acreditamos que os servidores lesados a partir da contaminação pelo novo coronavírus devem ter seus danos reparados, seja a partir da compensação financeira criada pela Lei nº 14.128 de 2021, seja pelo caminho ordinário de reparação civil a partir da comprovação de todos os danos, materiais e morais, sofridos, pelo servidor ou seus familiares, no caso de óbito. Além do mais, a indenização eventualmente paga pela União por força da Lei nº 14.128 não pode afastar o dever de indenizar dos demais entes federativos, no que se refere a seus próprios quadros de servidores públicos.

Por fim, nada obstante a situação extraordinária trazida pela pandemia a imprimir ao Estado o dever de indenizar a morte de servidores públicos diretamente afetados pela doença, é relevante que a doutrina siga o rico debate jurídico sobre qual a melhor solução aos casos em que os danos surgem por meio de alegada omissão estatal, excluindo, especialmente, a imposição de responsabilidade objetiva ao Estado em casos de fortuitos externos, que estão fora do âmbito da prevenção e prestação de cada serviço público em específico, o que não apenas garante a higidez dos cofres públicos, mas em maior medida imprime a melhor justiça na solução de cada caso em concreto, o que, de certa maneira, representa o objetivo primordial de toda e qualquer norma presente em nosso direito positivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da legalidade e ações administrativas no âmbito estadual durante a pandemia da COVID-19. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio (coord.) **As implicações da COVID-19 no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 43-49.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 4, p. 423-434, Jan-Mar 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Servidores Públicos: Aspectos Constitucionais. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 14, p. 439-450, Jul-Set 2020.

BENÍTEZ, William Guillermo Jiménez. Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. **Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales**, n. 38, p. 63-78, 2013.

BLACKMAN, Allen *et al.* A política pública de combate à Covid-19: Recomendações para a América Latina e o Caribe. **Monografia do Banco Interamericano de Desenvolvimento**, Washington, D.C., 2020. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/A-politica-publica-de-combate-a-Covid-19-Recomendaces-para-a-America-Latina-e-o-Caribe.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp 1251993/PR. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. [...] Relator: Ministro Mauro Campbell Marques; julgado em 12/12/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19/12/2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271251993%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271251993%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271251993%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271251993%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 888.420/MG. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INCÊNDIO NO INTERIOR DE

ESTABELECIMENTO DE CASA DESTINADA A "SHOWS". DESAFIO AO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OMISSÃO ESTATAL E O DANO - INCÊNDIO -CULPA DE TERCEIROS. [...] Relator: Ministro Luiz Fux; julgado em 07/05/2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27/05/2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27888420%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27888420%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27888420%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27888420%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. REsp 1210064/SP. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. COMPROVADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. [...] Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; julgado em 08/08/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 31/08/2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27\(RESp%27.clas.\)+e+@num=%271210064%27\)+ou+\(%27\(RESp%27+adj+%271210064%27.7.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27(RESp%27.clas.)+e+@num=%271210064%27)+ou+(%27(RESp%27+adj+%271210064%27.7.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 04 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1230155/PR. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DE ÁRVORE. DANO EM VEÍCULO ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA. NOTIFICAÇÃO DA PREFEITURA ACERCA DO RISCO. INÉRCIA. NEGLIGÊNCIA ADMINISTRATIVA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. [...] Relator: Ministra Eliana Calmon; julgado em 05/09/2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17/09/2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271230155%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271230155%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271230155%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271230155%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2135; Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 6343 MC-Ref.; Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes; julgado em 06/05/2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17/11/2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206343%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 6362**; Relator: Ministro Ricardo Lewandowski; 02/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886574>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 1209429/SP. EMENTA. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PROFISSIONAL DE IMPRENSA FERIDO, EM SITUAÇÃO DE TUMULTO, DURANTE COBERTURA JORNALÍSTICA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA.

PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes; julgado em 10/06/2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 20/10/2021. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=208&dataPublicacaoDj=20/10/2021&incidente=5695282&codCapitulo=5&numMateria=179&codMateria=1>. Acesso em: 04 nov. 2021.

CAMPOS, Sarah. Os efeitos da pandemia da COVID-19 nas relações de trabalho da Administração Pública. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio (coord.) **As implicações da COVID-19 no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 835-843.

CONFEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. Mortes de servidores por Covid-19 viram "mistério" no governo federal. Disponível em: <https://www.condsef.org.br/noticias/mortes-servidores-por-covid-19-viram-misterio-governo-federal>. Acesso em: 26 mai. 2022.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Agentes Públicos e Agentes Políticos. **Portal de Corregedorias**. Disponível em: <https://corregedorias.gov.br/assuntos/perguntas-frequentes/agentes-publicos-e-agentes-politicos#:~:text=O%20agente%20p%C3%ABablico%20%C3%A9%20todo,express%C3%A3o%2C%20significando%20qualquer%20atividade%20p%C3%ABablica>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35. ed. Barueri: Atlas, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEONEL, Filipe. Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde. **FIOCRUZ**. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 21 Abril 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Medidas de combate à pandemia: poder de polícia e desafios da harmonização de competências federativas. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio (coord.) **As Implicações da COVID-19 no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 419-428.

NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**, São Paulo, v. 7, p. 301-324, Outubro 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **COVID-19 Weekly Epidemiological Update**. Genebra, Suíça, 2020. Disponível em: [HYPERLINK "https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update---29-december-2020"](https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update---29-december-2020) <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update---29-december-2020> . Acesso em: 19 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **COVID-19 Weekly Epidemiological Update**. Genebra, Suíça, 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19--16-november-2021>. Acesso em: 22 nov. 2021.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ROSENVALD, Nelson ; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAÚDE, Organização Mundial de. **Weekly epidemiological update - 29 December 2020**. Genebra, Suíça. 2020.

SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Quase mil servidores públicos federais foram vítimas da Covid-19, aponta o Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.sinditamaraty.org.br/noticias/quase-mil-servidores-pblicos-federais-foram-vtimas-da-covid-19-aponta-o-ministro-da-economia>. Acesso em: 26 mai. 2022.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 731, p. 86-88, Setembro 1996.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Carmen Fontes de Souza et al. A saúde dos profissionais de saúde no enfrentamento da pandemia de Covid-19. **Ciência & Saúde Coletiva [online]**, v. 25, p. 3465-3474, Agosto 2020. ISSN 1678-4561. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020259.19562020>. Acesso em: 21 Abril 2022.

THE LANCET. COVID-19: learning from experience. **The Lancet**, London, England, 395, 28 March 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30686-3/fulltext#articleInformation](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30686-3/fulltext#articleInformation). Acesso em: 22 nov. 2021.