

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Eduarda Porto Nunes

A responsabilidade civil do Estado por omissão diante da pandemia de coronavírus

Florianópolis

2021

Eduarda Porto Nunes

A responsabilidade civil do Estado por omissão diante da pandemia de coronavírus

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Nunes, Eduarda Porto

A responsabilidade civil do Estado por omissão diante
da pandemia de coronavírus / Eduarda Porto Nunes ;
orientador, Rafael Peteffi da Silva, 2021.

72 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade civil. 3. Omissão do
Estado. 4. Covid-19. I. Silva, Rafael Peteffi da. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Eduarda Porto Nunes

A responsabilidade civil do Estado por omissão diante da pandemia de coronavírus

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 15 de setembro de 2021.

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Orientador

Ma. Beatriz Luiza Goedert de Campos
Avaliadora

Ma. Sabrina Jiukoski da Silva
Avaliadora

AGRADECIMENTOS

De início, quero agradecer aos meus pais, Eduardo e Simone, por todo apoio e amor incondicional que me proporcionaram ao longo dessa trajetória. Obrigada por sempre estarem ao meu lado, fazendo de tudo pelo meu bem-estar e felicidade. Eu definitivamente não seria nada sem vocês.

Às amigadas que a graduação me apresentou, as quais me acompanharam durante esses últimos cinco anos, suportando todos os meus anseios e inquietações, bem como me fornecendo ajuda nos momentos em que mais necessitei. Meu muito obrigada aos meus queridos amigos Allan, Ana Luisa, Isabela, Thaís e Vitória.

À Universidade Federal de Santa Catarina e aos seus colaboradores, por propiciarem experiências únicas a minha formação, não só no âmbito acadêmico, mas também individual, contribuindo para a pessoa que sou hoje.

Aos estágios que tive a oportunidade de realizar no Poder Judiciário e no Ministério Público, cujos aprendizados levarei para toda minha vida. Um especial agradecimento à equipe do Juizado Especial Cível e Criminal da UFSC, por todo acolhimento e paciência que com certeza fizeram a diferença em minha primeira experiência de estágio.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva, por lecionar as melhores aulas que já tive na faculdade e me auxiliar nesse trabalho, com toda atenção e suporte necessário.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da responsabilidade civil do Estado por omissões praticadas no contexto da pandemia de coronavírus. Mediante método dedutivo, bem como extensa pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial, busca-se averiguar se o Estado pode ser responsabilizado pela não adoção ou pela adoção insuficiente de medidas de prevenção e combate a Covid-19. De início, são estabelecidos os requisitos centrais da responsabilidade civil do Estado, presentes no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, seguindo-se com a explanação específica da responsabilidade por conduta omissiva, mormente no que diz respeito à corrente adotada, isto é, subjetiva ou objetiva. Posicionando-se a favor desta última, defende-se que a responsabilidade civil estatal por omissão prescinde de culpa, sendo analisados alguns casos emblemáticos acerca da temática nos tribunais superiores. Na sequência, visa-se explicar cada um dos elementos caracterizadores da referida responsabilidade civil, correlacionando-os com situações passíveis de ocorrência no contexto da Covid-19. Assim, devem estar caracterizados o ato ilícito, consistente na implementação inadequada das medidas de prevenção e combate à doença; o nexo de causalidade, definido como o liame entre a omissão do Estado e a lesão sofrida pela vítima, sendo aplicáveis excludentes e concausas; o dano, representado pelo prejuízo provocado, lesionando interesse legalmente protegido. Ao fim, infere-se que é possível responsabilizar o Estado por atos omissivos diante da pandemia, desde que presentes ato ilícito, nexo de causalidade e dano.

Palavras-chave: responsabilidade civil; omissão do Estado; Covid-19.

ABSTRACT

The present research has the objective to analyze State's tort law by omissions committed in the context of the coronavirus pandemic. Through deductive method, as well as extensive legislative, bibliographical and jurisprudential research, it aims to investigate if the State can be held responsible for not implementing or insufficiently implementing measures to prevent and combat Covid-19. Initially, it establishes the central requirements of the State's tort law, present in art. 37, § 6º, of Brazilian's Federal Constitution of 1988, following the specific explanation about tort law in case of omission, especially with regards to the chosen theory, subjective or objective. Positioning in favor of the last one, it defends that State's tort law for omissive conducts doesn't require fault, analyzing some emblematic decisions determined by the superior courts. Afterwards, it discusses each element that characterizes the mentioned liability, correlating them with situations likely to occur in the context of Covid-19. Thus, there must be present the unlawful tort, consisting in the inadequate implementation of measures to prevent and combat the disease; the causal link, defined as the connection between the State's omission and the damage suffered by the victim, admitting exclusions and concauses; the damage, represented by the result caused, injuring a interest protected by the law. In the end, it concludes that it's possible to hold the State responsible for omissions during the pandemic, as long as are present unlawful tort, causal link and damage.

Keywords: tort law; State omission; Covid-19.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	10
2.1	NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	10
2.1.1	Da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva	12
2.1.2	Risco administrativo e risco integral	14
2.1.3	O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988	16
2.2	AS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA MODALIDADE OMISSIVA	19
2.2.1	A teoria da responsabilidade subjetiva	20
2.2.2	A teoria da responsabilidade objetiva	26
2.3	OS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	28
3	A OMISSÃO ESTATAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS	33
3.1	ELEMENTOS DE AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NA PANDEMIA	35
3.1.1	Ato ilícito	35
3.1.2	Nexo de causalidade	42
3.1.3	Dano	56
4	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Desde seu surgimento em meados de dezembro de 2019, a pandemia de Covid-19 provocou e ainda vem provocando diversas consequências nefastas não só no Brasil, como no mundo inteiro. No momento em que se redige o presente trabalho, em território brasileiro, contabilizam-se mais de vinte milhões de casos e meio milhão de óbitos, o que constitui um cenário de alarmante calamidade pública, no qual faltam leitos para internação e vacinas necessárias para imunização em massa.

Diante disso, questiona-se se algo poderia ter sido feito para evitar ou ao menos amenizar os efeitos da situação pandêmica. Mais especificamente, indaga-se se a sociedade deve se conformar com o avanço do coronavírus, sob argumento de inevitabilidade, ou se existe um responsável efetivo pelos danos causados. De fato, embora existam consequências de difícil previsibilidade, boa parte dos efeitos poderiam ser evitados, impedindo, principalmente, as milhares de mortes que ocorreram nos últimos meses.

É nesse contexto que o presente trabalho visa tratar da responsabilidade civil do Estado por omissão diante do coronavírus, a fim de aferir se tais danos podem ser imputados ao ente estatal por atos omissivos seus, no que diz respeito à implementação das medidas necessárias de prevenção e enfrentamento à pandemia. A partir desse questionamento, elabora-se a hipótese de que, embora não se possam imputar ao Estado todas as consequências geradas pela Covid-19, há certos casos que, em concreto, podem ensejar sua responsabilização por omissão, quando presentes os elementos da responsabilidade civil: o ato ilícito, o nexo causal e o dano.

Assim, divide-se a pesquisa em dois capítulos centrais, os quais, por sua vez, possuem diversos subitens de aprofundamento dos temas. No primeiro capítulo, o objetivo específico é expor o panorama geral da responsabilidade civil do Estado, uma vez que esta possui certas características que a difere da responsabilidade civil genérica. Passa-se, então, a explorar a evolução histórica da temática, com análise das clássicas teorias do risco administrativo e integral, realizando também um estudo pormenorizado do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê exatamente a responsabilidade civil objetiva estatal.

A partir dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado, ainda no mesmo capítulo, tem-se o objetivo de tratar da responsabilidade por omissão, tema que possui grande divergência doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à teoria da responsabilidade adotada: subjetiva ou objetiva. Para os defensores da primeira, a responsabilidade do Estado

por omissão necessita culpa, ao passo que a segunda defende a desnecessidade de tal elemento. Após explicados todos os detalhes de ambas as teorias, passa-se a expor alguns entendimentos emblemáticos dos tribunais superiores acerca do assunto.

No segundo capítulo, busca-se focar na aplicação dos requisitos da responsabilidade objetiva na situação específica da pandemia, com base nos fundamentos expostos na seção anterior. Assim, inicia-se o texto com um panorama geral da pandemia e, na sequência são analisados cada um dos elementos da responsabilidade civil por omissão estatal, quais sejam, ato ilícito, nexos causal e dano, correlacionando-os a situações da pandemia que podem ensejar obrigação de indenizar por parte do Estado.

Além disso, o presente trabalho utiliza-se de metodologia dedutiva, mediante pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Contudo, como se trata de temática extremamente recente, tanto que os efeitos da pandemia ainda perduram na sociedade, são escassos os textos doutrinários a respeito, bem como são praticamente inexistentes as decisões judiciais em segundo grau sobre o assunto. Logo, boa parte dos apontamentos traçados no presente estudo foram realizados pela própria autora, com base em exemplos hipotéticos comuns durante a pandemia de coronavírus.

No mais, destaca-se que esse estudo não tem a pretensão de esgotar completamente o assunto da responsabilidade civil do Estado por omissão diante da pandemia, até porque, por se tratar de tema recente e de grande importância, ainda é necessário se discutir muito para chegar a conclusões categóricas. Com efeito, busca-se fomentar o diálogo acerca da matéria na comunidade jurídica, fornecendo alguns parâmetros pelos quais seria possível apreciar a responsabilidade estatal no caso concreto.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

De início, antes de adentrar-se diretamente na temática da responsabilidade civil do Estado advinda de conduta omissiva, a fim de contextualizar melhor o assunto e facilitar sua compreensão, faz-se necessária uma breve análise das características principais da responsabilidade civil do Estado na sua modalidade comissiva, pois muitos dos atributos são também aplicáveis ao tema em comento ou, ao menos, estão envolvidos na discussão acerca da inaplicabilidade.

2.1 NOÇÕES GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade extracontratual do Estado deve ser compreendida como a obrigação do poder público de reparar prejuízos causados a terceiros, mediante pagamento de indenização, por conta de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, quando atribuídos a agentes públicos, no exercício de suas funções (CARVALHO, 2020, p. 355). Diz respeito, portanto, à obrigação imposta ao Estado de reparar os danos gerados a particulares, em razão de suas atividades ou omissões (MEDAUAR, 2018, p. 365).

Fornecendo definição semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1487) faz alguns apontamentos interessantes acerca da delimitação temática. Nesse viés, ensina que, quando o assunto é responsabilidade do Estado, esta deve ser compreendida pelas três funções que integram o poder estatal: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional. De forma geral, essas atribuições costumam corresponder¹, respectivamente, aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que é possível a responsabilização estatal em todas essas áreas. O presente trabalho, entretanto, busca estudar os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, sendo este, inclusive, o âmbito que compreende quase que a totalidade das situações envolvendo o dever de indenizar por parte do Estado (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 299).

Ademais, a responsabilidade civil do Estado divide-se em contratual e extracontratual. A primeira decorre da violação de cláusulas contratuais pactuadas entre a Administração

¹ Embora essa seja a regra, a separação dos poderes não é absoluta. Por exemplo, a Administração Pública, objeto de estudo do direito administrativo, embora se encontre comumente no Poder Executivo, também está inserida no Poder Legislativo e Judiciário. Com efeito, em que pese o papel principal do Poder Judiciário seja aplicar o direito objetivo e promover a pacificação social, e do Poder Legislativo, elaborar a lei e fiscalizar o Executivo, ambos necessitam de uma estrutura administrativa de apoio, para que suas funções sejam devidamente exercidas (MEDAUAR, 2018, p. 29-30).

Pública e um particular, ao passo que a segunda traduz-se na prática de ação ou omissão estatal, causando dano a terceiro, independente de contrato anterior (NOHARA, 2019, p. 356). No presente estudo, a fim de limitar o alcance da matéria, o enfoque se dá especificamente sobre a responsabilidade extracontratual.

Importante ressaltar também que existem certas diferenças entre a responsabilidade pública e a responsabilidade civil genérica. Isso porque, na responsabilidade civil estatal, o Estado encontra-se em posição jurídica singular em relação aos seus administrados, sendo mais extensa que aquela aplicável às pessoas privadas, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social (MELLO, 2015, p. 1025).

Com efeito, as funções estatais possuem a capacidade de provocar danos de maior intensidade do que os gerados por particulares, uma vez que o Estado detém atribuições amplas, englobando serviços essenciais para a vida em sociedade, de modo que, quanto maior o risco, menor o nível de aceitação de falhas e, conseqüentemente, superior a chance de responsabilização (MARINELA, 2018, p. 1051). Aliás, esse fenômeno também é chamado de teoria do risco administrativo, a qual, por sua vez, contrapõe-se à doutrina da culpa, baseada principalmente no Direito Civil (NOHARA, 2019, p. 355). Esse assunto, contudo, por ser de maior relevância, será melhor tratado no item 2.1.2.

Ainda, outro aspecto a se destacar é a questão da antijuridicidade. A regra é que a responsabilidade do Estado decorra de ato ilícito², embora se admita, em certas hipóteses, o

² De fato, como será tratado posteriormente, a antijuridicidade é elemento essencial da responsabilidade civil genérica, embora sejam admitidas algumas exceções. Isso ocorre, por exemplo, em caso de estado de necessidade, no qual, embora a conduta praticada seja lícita, ainda cabe indenização, conforme art. 929 do Código Civil: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram” (BRASIL, 2002).

dever de indenizar decorrente de condutas lícitas³ (CARVALHO FILHO, 2020, p. 670). Isso acontece quando determinados comportamentos, apesar de lícitos, atribuem maior ônus a determinadas pessoas em favor da coletividade (DI PIETRO, 2020, p. 1487). Nesse caso, a justificativa para a indenização tem origem na repartição igualitária do ônus da atividade estatal (NOHARA, 2019, p. 356). De qualquer forma, a temática será retomada no momento da discussão acerca responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, conforme item 3.2.1.

Portanto, embora se sujeite aos fundamentos gerais da responsabilidade civil, a responsabilidade civil em sua vertente estatal possui alguns contornos próprios, que merecem maior atenção, mormente diante da vasta possibilidade de danos causados pelo Estado, bem como sua intensidade. Nesse sentido, nos próximos itens, serão tratados esses aspectos, discorrendo-se sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado e suas características principais.

2.1.1 Da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva

Desde a Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetiva, de modo que não se discute dolo ou culpa do agente, nem mau funcionamento ou falha da Administração Pública (MEDAUAR, 2018, p. 366). Entretanto, a situação nem sempre foi assim, pois muitas décadas se passaram, com o desenvolvimento de diversas teorias, até que se alcançasse o panorama legislativo vigente na atualidade.

Esse percurso pode ser dividido em três momentos. A princípio, mormente durante o Estado absolutista, predominou-se a fase de irresponsabilidade estatal, sintetizada na máxima “the king can do no wrong” (o rei não erra). Contudo, conforme aponta Irene Patrícia Nohara (2019, p. 357), a referida frase não tinha sentido designativo, isto é, não significava literalmente que o rei era infalível, possuindo, na verdade, conotação pragmática, posto que os

³ A respeito do assunto, no âmbito do direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035) sustenta que atos ilícitos e lícitos possuem fundamentação diversa. No primeiro caso, o fundamento da responsabilidade reside no princípio da legalidade, ao passo que, no segundo, o dever de indenizar se justifica no princípio da igualdade. Ainda, conforme Matheus Carvalho (2020, p. 360), para que o ato lícito gere o dever de indenizar, é necessário que o dano seja anormal e específico, caso contrário, resultará no chamado risco social, ao qual todas as pessoas se submetem para viver em sociedade. A título de exemplo, Irene Patrícia Nohara (2019, p. 357) defende que há indenização por ato lícito quando o Estado, ao realizar o alinhamento de certa rua, causa prejuízos à determinada residência, provocando desvalorização no imóvel em virtude do não nivelamento deste com a rua. Nesse caso, explica que não haverá ação de regresso contra os agentes públicos que promoveram o alinhamento corretamente, uma vez que atuaram dentro da legalidade.

atos do monarca não eram submetidos aos tribunais⁴. Ademais, o funcionário público que violasse direitos de terceiros, no exercício funcional, poderia ser responsabilizado, porém de forma pessoal e desvinculada da entidade estatal (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 295).

Entre o final da Idade Média e a segunda metade do século XX, com a implementação do Estado de Direito, o exercício do poder é limitado pelo princípio da legalidade, de modo que os atos dos governantes passam a ser submetidos aos tribunais (NOHARA, 2019, p. 357). Assim, expandiu-se a responsabilização do Estado, porém apenas por determinados atos e com caráter subjetivo predominante, sendo necessária a comprovação de culpa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 253-254).

De fato, durante esse período, as atividades estatais eram divididas em dois tipos: os atos de império e de gestão⁵; estes estariam mais próximos dos atos de direito privado e comportavam a responsabilização estatal, ao passo que aqueles seriam coercitivos, uma vez que derivados do poder soberano do Estado, inexistindo responsabilidade (CARVALHO FILHO, 2020, p. 673).

Posteriormente, de forma lenta, começou-se a adotar a teoria da responsabilidade objetiva, na qual o Estado passou a responder pelo dano independentemente de culpa por parte de seus agentes (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 256). Isso porque se passou a compreender que as atividades estatais comportam maior risco do que os atos praticados por particulares, sem contar o fato de que, se as condutas a todos beneficiam, não seria razoável que um grupo específico de pessoas sofresse danos significativos resultantes de atos estatais (NOHARA, 2019, p. 359).

No contexto brasileiro, contudo, ressalta-se que não houve a adoção da teoria da irresponsabilidade do Estado, à medida que, ainda quando inexistente disposição legal a respeito, sempre se aceitou a tese da responsabilidade civil estatal como princípio basilar de direito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 258; DI PIETRO, 2020, p. 1497).

⁴ Geralmente, a teoria do fisco é apontada como exceção à irresponsabilidade. Todavia, ela só prevaleceu em algumas regiões do interior da Prússia e pelo motivo de que o fisco, na época, era considerado como entidade distinta do monarca, sendo suas manifestações submetidas aos tribunais comuns (NOHARA, 2019, p. 357).

⁵ Com o passar dos anos, essa divisão foi sendo progressivamente abandonada por dois motivos: a) a dificuldade em diferenciar, na prática, os atos estatais, principalmente por conta da modificação do papel do Estado; e, b) a injustiça causada pela ausência da reparação de danos provocados pelo Estado no desempenho abusivo do Poder Público (NOHARA, 2019, p. 358).

Com efeito, embora as Constituições de 1824⁶ e 1891⁷ mencionassem apenas a responsabilização dos funcionários públicos por abusos e omissões no exercício de seus cargos, inferia-se a existência de solidariedade entre o Estado e os agentes, embora fosse necessária a comprovação de culpa destes últimos. Ainda, a interpretação do art. 15 do Código Civil de 1916⁸ seguiu no mesmo caminho, consagrando a teoria subjetiva como fundamento da responsabilidade civil do Estado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 259).

Na sequência, com a Constituição de 1946⁹, o ordenamento brasileiro passou a adotar expressamente a teoria da responsabilidade objetiva, de modo que, a partir desse momento, todos os demais textos constitucionais aderiram ao mesmo posicionamento, inclusive a redação atual do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a qual será tema de análise posterior (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 260).

2.1.2 Risco administrativo e risco integral

Acerca dos fundamentos sobre a responsabilidade objetiva do Estado, são comumente mencionadas as noções de risco administrativo e risco integral¹⁰, sendo que, por diversas vezes, há confusão entre ambos os termos. Entretanto, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as divergências são meramente terminológicas, pois todos, de uma forma ou de outra, acreditam que existem circunstâncias que eximem a responsabilidade estatal:

[...] durante muito tempo, aqui no direito brasileiro, grande parte da doutrina não fazia distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco

⁶ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalterno” (BRASIL, 1824).

⁷ “Art 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos” (BRASIL, 1891).

⁸ “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano” (BRASIL, 1916).

⁹ “Art 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes” (BRASIL, 1946).

¹⁰ Embora não seja tão comentada no direito público, existe também a teoria do risco-proveito, a qual difere da teoria do risco criado - geralmente chamada de risco administrativo -, bem como da teoria do risco integral. Segundo a tese do risco-proveito, a responsabilidade decorre do proveito auferido pelo causador do dano, de caráter essencialmente econômico. Contudo, no âmbito da responsabilidade civil do Estado, é difícil sustentar e provar que há lucro por parte do Estado, de modo que essa teoria não se aplica ao direito administrativo (NOHARA, 2019, p. 355).

administrativo – como sinônimas ou falando em risco administrativo como correspondente ao acidente administrativo. Mesmo alguns autores que falavam em teoria do risco integral admitiam as causas excludentes da responsabilidade. [...] Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado (DI PIETRO, 2020, p. 1495).

Nesse contexto, de acordo com Hely Lopes Meirelles (2016, p. 781-782), a teoria do risco administrativo baseia-se no risco que a atividade estatal gera aos administrados, bem como na possibilidade de gerar danos a certos membros da coletividade, impondo-lhes ônus que não é suportado pelos demais. A fim de compensar essa desigualdade criada pelo próprio Estado, todos os indivíduos devem concorrer para reparar o dano, por meio do erário, representado pela Fazenda Pública.

Em outras palavras, a teoria do risco administrativo tem o objetivo de conferir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado na prática da atividade administrativa, posto que, se a atividade é exercida em favor de todos, nada mais justo que seus ônus sejam suportados pela coletividade e não apenas por alguns indivíduos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 257). Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado são, portanto, o risco e a solidariedade social (MEIRELLES, 2016, p. 781).

Ademais, a doutrina do risco administrativo, embora não exija a comprovação de culpa, admite as excludentes de causalidade, diferente do que ocorre com a tese do risco integral. Esta, por sua vez, apresenta-se como uma corrente mais extrema do risco administrativo, não admitindo quaisquer excludentes, de modo que o Estado seria responsável por reparar todos os danos sofridos por terceiros, conforme aponta Sergio Cavalieri Filho:

Se fosse admitida a teoria do risco integral em relação à Administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade, posto que estaria impedido de invocar as causas de exclusão do nexo causal, o que, a toda evidência, conduziria ao abuso e à iniquidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 258).

Contudo, como já explicado anteriormente, a diferenciação é mais terminológica do que prática. De fato, em termos gerais, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, uma vez que admitidas as excludentes do nexo causal.

Existem, entretanto, algumas situações excepcionais de direito público nas quais se reconhece a responsabilização do Estado, mesmo diante de circunstâncias que geralmente

representariam excludentes de causalidade, consoante explanação de José dos Santos Carvalho Filho:

No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexos causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais (CARVALHO FILHO, 2020, p. 675).

Com efeito, segundo Matheus Carvalho (2020, p. 362), a doutrina majoritária entende que a teoria do risco integral tem aplicação nas hipóteses de danos causados por: a) atividade nuclear exercida pelo Estado ou autorizada por ele¹¹; b) atentados terroristas, atos de guerra ou eventos semelhantes, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior¹²; e, c) ato comissivo do agente público contra o meio ambiente¹³. Contudo, essas são apenas exceções, as quais confirmam a regra: aplica-se a teoria do risco administrativo.

2.1.3 O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 677-678), embora não altere a doutrina há muito consolidada, o texto legal do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 possui alguns elementos que merecem maior análise. São eles: as pessoas responsáveis, os agentes do Estado e a duplicidade das relações jurídicas.

De início, cumpre-se transcrever na íntegra a redação do referido dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao

¹¹ Conforme art. 21, XXIII, alínea “d”, da Constituição Federal: “A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa” (BRASIL, 1988).

¹² “Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo” (BRASIL, 2003).

¹³ Quanto aos atos omissivos, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que a teoria também é aplicável, porém, de forma subsidiária, caso não seja possível executar o poluidor direto (CARVALHO, 2020, p. 362).

seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Relativo às pessoas responsáveis, a norma constitucional prevê duas classes: as pessoas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. No primeiro caso, encontram-se as pessoas integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como as autarquias e as fundações públicas de cunho autárquico (CARVALHO FILHO, 2020, p. 678).

Já a segunda hipótese diz respeito às pessoas jurídicas pertencentes à Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado), quando estejam prestando serviços públicos, e concessionários e permissionários de serviços públicos, como ocorre nos casos de empresas de fornecimento de água, transporte coletivo, distribuição e fornecimento de energia elétrica (CARVALHO FILHO, 2020, p. 678).

No mesmo sentido, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o referido dispositivo incluiu expressamente empresas prestadoras de serviços públicos, bem como concessionárias e permissionárias de serviços dessa natureza:

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição [...] que as entidades de direito privado prestem serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público (DI PIETRO, 2020, p. 1499).

Relativo à responsabilidade do terceiro setor, há divergência doutrinária. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 679), em caso de serviços sociais autônomos, por possuírem maior vínculo com o Estado, respondem de maneira objetiva. Em se tratando de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, cuja relação com o Estado se dá, respectivamente, por contrato de gestão e termo de parceria, o autor entende que a responsabilidade seria subjetiva, posto que praticam atividades sem fins lucrativos.

Nesse ponto, entretanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1499) e Irene Patrícia Nohara (2019, p. 362) defendem que, desde que ocorra delegação do Poder Público para prestação de serviços públicos, a qualquer título, há responsabilidade objetiva. Isso porque o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não limitou seu alcance às prestadoras

de serviço público que lucram com a atividade, mas sim visou proteger os administrados por meio de um regime de responsabilização que independe de culpa.

Além disso, ressalta-se que só respondem objetivamente as pessoas que detêm personalidade jurídica, de modo que, caso um agente de determinado órgão administrativo cause danos a terceiros, a responsabilidade será do ente ao qual se vincula o órgão despersonalizado (NOHARA, 2019, p. 362). Nesse sentido, o exemplo dado por Irene Patrícia Nohara é elucidativo:

[...] se o agente do Ministério do Meio Ambiente pratica um dano a terceiro, quem responde é a União, todavia, se quem causa o dano é um agente do Ibama, não será a União a responsável, pois o Ibama é autarquia dotada de personalidade jurídica e responsável pelos prejuízos que ocasiona (NOHARA, 2019, p. 362).

Quanto aos agentes do Estado, estes devem possuir vínculo com as pessoas jurídicas mencionadas anteriormente, incluindo-se agentes políticos, administrativos e particulares em colaboração com a Administração Pública (DI PIETRO, 2020, p. 1500). Ademais, para que seja responsabilizado o Estado, o agente deve agir no exercício de suas funções ou, ao menos, no pretexto de exercê-la, como ensina José dos Santos Carvalho Filho:

A expressão “nessa qualidade” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. Justamente por esse motivo é que já se atribuiu responsabilidade ao Estado em razão de danos causados por policial militar, que, a despeito de estar sem farda, se utilizou da arma pertencente à corporação. No caso, não exercia sua função, mas, ao usar a arma, conduziu-se a pretexto de exercê-la (CARVALHO FILHO, 2020, p. 680).

No mais, o dispositivo legal prevê duas relações jurídicas: uma entre o Estado e o sujeito que sofreu o dano, na qual vigora a responsabilidade objetiva, dispensada a comprovação de culpa, e outra entre o Estado e o agente público, tendo aquele direito de regresso contra este, em caso de culpa ou dolo, aplicando-se a responsabilidade subjetiva (CARVALHO FILHO, 2020, p. 681).

No aspecto processual da temática, destaca-se que boa parte da doutrina brasileira posiciona-se pela impossibilidade da denunciação da lide¹⁴ do agente causador do dano,

¹⁴ A denunciação da lide é uma forma de intervenção de terceiros prevista no Direito Processual Civil, no qual o autor ou réu de determinada ação chama um terceiro para o processo. Nesse sentido, conforme o art. 125, II, do Código de Processo Civil, é admissível a denunciação da lide promovida por “aquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo” (BRASIL,

diante da fundamentação diversa das responsabilidades objetiva e subjetiva (MARINELA, 2018, p. 1075). De fato, tal admissão acaba por prejudicar a vítima, uma vez que se amplia a quantidade de provas e inclui-se a discussão da culpa. Entretanto, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora não seja obrigatória, é permitida a denúncia da lide em caso de direito de regresso (NOHARA, 2019, p. 1076).

Diante de todo o exposto, na sequência, serão analisadas as características específicas de responsabilidade civil do Estado por omissão.

2.2 AS ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA MODALIDADE OMISSIVA

É certo que o Estado pode causar danos a terceiros mediante atitude comissiva ou omissiva. Na verdade, muitos dos prejuízos provocados pelo Estado, às vezes os de caráter mais gravoso, são resultados de omissões. São inúmeros exemplos, que vão desde inércia na fiscalização até a ausência de leitos em hospitais públicos, conforme ilustram Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

O não agir, ou o agir precário ou ineficiente, pode lesionar, moral e materialmente, o cidadão (pensemos, para ficar numa situação tristemente comum, na mãe que vê seu filho falecer, na porta de um hospital público, porque não há vagas ou não há médicos). O Estado também pode responder pela omissão de não fiscalizar (pode, por exemplo, ser responsabilizado solidária ou subsidiariamente porque não fiscalizou o prédio que desabou, matando e ferindo pessoas; pode ser responsabilizado porque não fiscalizou como deveria a empresa que causou terrível dano ambiental, ou autorizou determinada atividade que não deveria ter autorizado). São muitos os modos através dos quais a omissão estatal poderá ser danosa. O Estado, por exemplo, ao receber um preso, fica responsável por sua integridade física e moral. Se ocorrem danos na prisão, causados, não por agentes estatais (carcereiros, policiais, agentes penitenciários, mas por outros detentos, o Estado responde. A omissão estatal, no caso, é evidente, e o nexo causal, muito claro. O Estado pode ser responsabilizado por ter se omitido em cuidar das estradas, desde que essa omissão esteja ligada, em linha causal, ao dano (a perícia demonstra que o buraco na curva foi a causa do acidente que vitimou o casal, por exemplo) (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1054).

Portanto, desde já, adianta-se que a temática deve ser levada a sério, sendo necessária uma postura rigorosa perante as omissões estatais (FARIAS; BRAGA NETTO;

2015). Na hipótese de responsabilidade civil, o Estado (denunciante) chamaria o agente público que causou o dano (denunciado), a fim de cobrar deste a quantia que teria que pagar à vítima em caso de condenação (MARINELA, 2018, p. 1075).

ROSENVALD, 2015, p. 1054). É isso que também será verificado posteriormente, quando tratarmos da conduta omissiva do Estado no contexto da pandemia de Covid-19.

Assim, em termos gerais, pode-se afirmar que os aspectos destacados no subcapítulo anterior são também aplicáveis à responsabilidade civil do Estado por omissão, exceto no que diz respeito à ilicitude e à teoria da responsabilidade admitida.

Relativo ao primeiro ponto, quando a lesão decorre de omissão, isto é, nas hipóteses em que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou de forma ineficiente, há comportamento ilícito, sem exceções, pois o Estado só pode ser responsabilizado por descumprir o dever normativo consistente em obstar o evento danoso (MELLO, 2015, p. 1038). Portanto, para responsabilizar o poder estatal, é imprescindível que a omissão seja contrária ao direito.

No tocante à modalidade de responsabilização, existem maiores divergências. Com efeito, diferente da responsabilidade decorrente de ações estatais, há grande controvérsia sobre as omissões na doutrina e na jurisprudência quanto à aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, relativa à questão da responsabilidade objetiva. É exatamente esse assunto que será tratado a seguir.

2.2.1 A teoria da responsabilidade subjetiva

Para os defensores da corrente subjetivista, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não abarcou as condutas omissivas, de modo que estas só poderiam ser indenizadas em caso de culpa ou falta do serviço público. De forma mais específica, fala-se em culpa anônima do serviço, uma vez que não é necessário determinar o agente público responsável pelo dano (DI PIETRO, 2020, p. 1507).

Entende-se que o referido dispositivo constitucional não teria incluído as condutas omissivas por conta do verbo “causar”, uma vez que este exigiria uma ação positiva por parte do Estado, sendo que, em casos de omissão, o poder estatal apenas possuiria o dever de impedir o resultado causado por terceiro. Logo, a conduta do Estado não seria a causa do dano, mas meramente condição deste, conforme defende um dos maiores precursores da teoria subjetiva no ordenamento brasileiro, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houera ocorrido, teria impedido o resultado (MELLO, 2015, p. 1042-1043).

Ainda, segue explicando que, quando a lesão decorre de omissão, há conduta ilícita e, necessariamente, aplica-se a responsabilidade subjetiva, uma vez que a omissão estatal pode decorrer apenas de dolo, negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, culpa em sentido amplo:

[..] se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo) (MELLO, 2015, p. 1038).

Além disso, argumenta que solução diversa geraria absurdos, pois o Estado não pode ser visto como um segurador universal. Embora, em tese, o Poder Público possua o encargo de assegurar os interesses sociais, caso adotada a teoria objetiva, diante de qualquer evento lesivo causado por terceiros, seria possível argumentar que houve falha no serviço (MELLO, 2015, p. 1043). Em sentido semelhante, aponta Fernanda Marinela (2018, p. 1062) que “o Estado não pode ser responsável pelas faltas do mundo, não pode ser tratado como anjo da guarda ou salvador universal, por isso os limites são necessários”.

Já José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 688) defende que, nas omissões estatais, a responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas omissivas, à medida que inexistente expressa previsão legal, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁵. Portanto, em se tratando de comportamentos omissivos, o Estado só responderia em caso de culpa.

Todavia, para o referido autor, não é exatamente correta a afirmação de que se aplica a responsabilidade subjetiva a atos omissivos, à medida que, na verdade, incide a responsabilidade comum, isto é, baseada na culpa:

¹⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. 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” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente a responsabilidade objetiva; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa (CARVALHO FILHO, 2020, p. 688).

Ademais, é essencial ressaltar que, para alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 1509) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1045), não obstante a responsabilidade seja subjetiva em omissões, considera-se que há uma presunção de culpa por parte do Poder Público. Logo, a vítima não precisa comprovar que a lesão resultou de culpa, incumbindo ao Estado demonstrar que sua conduta não decorreu de negligência, imprudência, imperícia ou dolo para que não seja responsabilizado.

Aliás, até mesmo para tais autores, há situações de omissão em que se aplica a responsabilidade objetiva: são os chamados danos dependentes de situação propiciada pelo Estado. Nesses casos, embora a lesão não seja cometida por agente público, o Estado acaba produzindo a situação da qual o dano é dependente. Em outras palavras, o Poder Público pratica uma ação positiva que, embora não seja geradora imediata do dano, contribui de forma decisiva para sua ocorrência, criando a situação de risco (MELLO, 2015, p. 1046).

É o que acontece nas hipóteses em que o Estado possui o dever de guarda de pessoas ou coisas perigosas, como no caso de crianças em escola pública, de detentos de um presídio, de carros apreendidos no pátio do Departamento de Trânsito e de depósito de armas (CARVALHO, 2020, p. 365).

Abre-se um parêntese aqui para comentar que, coincidentemente, semelhante entendimento também parece ser adotado pelos defensores da chamada teoria intermediária/mista, embora sob fundamentos distintos. Um dos maiores adeptos dessa corrente é Sergio Cavalieri Filho, o qual, citando Guilherme Couto de Castro, divide as omissões em duas categorias: específica e genérica (CASTRO, 1997, p. 37 apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 267). No primeiro caso, a responsabilidade do Poder Público será objetiva, ao passo que, no segundo, ela será subjetiva:

[...] na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma

conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido. Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 269).

A omissão específica ocorre quando o Poder Público encontra-se na posição de garantidor ou guardião e, por omissão sua, é criada uma situação propícia para a ocorrência do dano, sendo que o Estado tinha o dever de impedi-lo. Fala-se em uma omissão qualificada, juridicamente relevante, que presume um dever especial do agir do Estado, de modo que, caso não o faça, restará demonstrado o nexos causal direto e imediato entre a omissão e o dano não evitado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).

Nesse sentido, o autor cita como exemplos de omissão específica: a morte de detento em rebelião de presídio, na qual houve omissão dos agentes públicos acerca das medidas que seriam exigíveis para evitar o homicídio; suicídio cometido por paciente internado em hospital público, quando o médico tinha ciência de sua intenção suicida, porém não fez nada para evitá-la; paciente que dá entrada em emergência de hospital público e acaba falecendo por ausência da realização de exames solicitados pelo médico; falecimento de aluno nas dependências de escola pública, por queda em bueiro existente no pátio da instituição de ensino (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).

Já a omissão genérica, por sua vez, verifica-se nas hipóteses em que não é possível exigir um comportamento específico por parte do Estado, pois este apenas concorreu para o dano, não sendo sua causa direta e imediata (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 269).

Dentre os casos de omissão genérica, citam-se os seguintes: mergulho em local perigoso, que causou a tetraplegia da vítima, havendo negligência na segurança do balneário público; tombo de ciclista em bueiro em péssimo estado de conservação, sendo demonstrada a culpa anônima do serviço; estupro cometido por presidiário não submetido à regressão de regime prisional, durante o período em que deveria estar recolhido no estabelecimento prisional; queda de poste de ferro mau conservado em cima de idosa quando esta tentou firmar apoio (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268-269).

Como é possível inferir, há grande semelhança entre os exemplos apresentados pela corrente subjetiva em casos de danos por situação propiciada pelo Estado e pela corrente intermediária na hipótese de omissão específica. A diferença é eminentemente teórica, olhando-se para um mesmo caso sob perspectivas diversas, como ensina Helena Elias Pinto:

Da análise das contribuições teóricas de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Cavalieri Filho é possível extrair que, sob nomenclaturas diferentes, o que ambos acabam identificando como hipótese de cabimento da responsabilidade objetiva diante da omissão é a situação do Estado como agente garantidor de um determinado resultado (a proteção de um direito fundamental da vítima, que acabou sendo violado diante da omissão do Estado). E a situação de agente garantidor, na maioria dos casos apontados como exemplos pelos referidos autores, decorre da situação de exposição de terceiro a risco criado pelo Estado (PINTO, 2016, p. 151-152).

De fato, para a teoria subjetiva, a responsabilidade objetiva só é aplicada quando o dano decorre de conduta comissiva do Estado que cria situação de risco para pessoas sob sua guarda (ação positiva); ao passo que, para a teoria intermediária, a responsabilidade será objetiva quando o dano é proveniente de conduta omissiva do Estado que, em posição de garantidor, cria situação propícia para o acontecimento, tendo o dever de agir para impedi-lo (ação negativa).

Exemplificando, no caso de danos causados a crianças em escola pública, pode-se dizer que o Estado é responsável, pois criou aquela situação ao admitir os alunos em seu estabelecimento (ato comissivo), bem como não impediu que o dano ocorresse na situação concreta (ato omissivo). Em ambos os casos, tanto a corrente subjetiva como a intermediária defendem que é aplicável a responsabilidade objetiva. Conclui-se, portanto, que tratam do mesmo assunto, embora sob denominações diversas.

Feitos esses esclarecimentos, necessário agora o estudo do elemento principal da responsabilidade subjetiva: a conduta culposa. Em sua concepção clássica, entendia-se que a culpa significava a violação de um dever preexistente, consubstanciado na previsibilidade do resultado, bem como na manifestação de vontade livre e consciente do agente, focando, portanto, no aspecto subjetivo deste (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 202). Com o passar do tempo, entretanto, criou-se um conceito objetivo de culpa, a chamada “culpa normativa”, a qual busca considerar o comportamento exigível no caso concreto, mediante aferições de standards de comportamento desejados para a situação específica (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 205).

No contexto da responsabilidade civil por omissão do Estado, essa definição ganha contornos próprios, à medida que não é necessário comprovar a culpa do agente, admitindo-se a culpa anônima ou culpa do serviço, na qual basta a demonstração de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de modo ineficiente (MARINELA, 2018, p. 1060).

Ainda, sobre o que representaria um standard ou padrão legal exigível do serviço, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que não é possível criar uma definição *a priori*, tendo em vista que vários fatores podem influenciar sua apuração em concreto:

Não há resposta a priori quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso. Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado. (MELLO, 2015, p. 1039).

Ademais, importante destacar que o elemento culpa, em sentido lato, inclui não só a culpa em sentido estrito, isto é, o desvio do padrão de conduta, como também o dolo, referente à capacidade de consciência acerca da produção do resultado lesivo (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 206). Ainda, tradicionalmente, diz-se que a culpa em sentido estrito pode ocorrer mediante negligência, imprudência ou imperícia:

Nessa direção, entende-se negligência como a omissão de conduta considerada apta a evitar a produção do dano, vale dizer, a inobservância de normas que requerem atuação atenta e cuidadosa. A imprudência se revela, por outro lado, na conduta comissiva apressada, irrefletida e afoita, causadora de dano que poderia ser evitado caso se adotasse comportamento cauteloso, a exemplo do que se verifica quando o motorista avança o sinal vermelho e atropela o pedestre. Já a imperícia decorre de falta de habilidade no desempenho de atividade técnica, como ocorre com o motorista que conduz veículo sem estar para tanto tecnicamente habilitado (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 203).

Entretanto, é de se reconhecer que, no campo da responsabilidade subjetiva, a distinção entre os tipos de culpa, bem como a diferença entre culpa e dolo, não possui tanta relevância, pois em todos esses casos há o dever de indenizar (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 206).

Portanto, em suma, entende-se que, para a teoria subjetiva, quando o Estado tinha o dever de agir, por imposição legal, porém não o fez ou agiu de forma deficiente, portando-se abaixo dos padrões normalmente aceitos, responde subjetivamente por essa desídia, negligência ou deficiência. Ao contrário, caso tenha prestado um serviço de acordo com os padrões exigíveis e mesmo assim não conseguiu impedir o dano decorrente de força alheia (humana ou material), não há que se falar em responsabilização estatal (MELLO, 2015, p. 1039-1040).

Todavia, não obstante todos os argumentos apontados anteriormente, existe também a corrente que defende a responsabilidade independente de culpa, a qual será analisada na sequência.

2.2.2 A teoria da responsabilidade objetiva

Segundo a corrente objetiva, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 engloba tanto condutas comissivas como omissivas, uma vez que a omissão pode ser causa do dano e não apenas condição. Assim, o Estado pode causar danos a terceiros mediante ação ou omissão, sendo passível de responsabilização em ambos os casos.

Conforme mencionado anteriormente, para a corrente subjetiva, a omissão é mera condição para a ocorrência do dano, de modo que a causa se dá por fenômeno alheio ao Estado. Nesse sentido, a condição seria o que impede o resultado, enquanto a causa seria o que efetivamente gera o dano.

Entretanto, é de se reconhecer que, não apenas as condutas comissivas, como também as omissivas, podem ser causa do evento lesivo, conforme ensina de forma esclarecedora Álvaro Lazzarini, citando Toshio Mukai:

Observa Toshio Mukai a impropriedade de tal raciocínio de que o ato comissivo é causa, enquanto que o omissivo não o é, podendo, quando muito, ser condição do dano. Bem por isso sustenta a sua posição contrária à de Celso Antônio Bandeira Mello com fundamento de que as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou ato ilícito. Assim, continua, causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer). Daí a conclusão de que a omissão ou o comportamento omissivo podem ser causa e não condição ou, em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; [...] (MUKAI, 1987 apud LAZZARINI, 1989, p. 82).

No mesmo sentido, apontam João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão (2003, p. 226) que a Constituição Federal não distinguiu as condutas comissivas e omissivas, de modo que o vocábulo “causarem” deve ser lido como “causarem por ação ou omissão”. Entendimento contrário levaria à conclusão de que o legislador retrocedeu no tempo, instituindo a responsabilidade subjetiva apenas para as hipóteses de condutas omissivas, o que não se sustenta, tendo em vista os avanços em outras matérias

constitucionais, como na substituição da expressão “funcionário” por “agente” e na responsabilização dos particulares prestadores de serviços públicos.

Além disso, os referidos autores criticam a forma com que Celso Antônio Bandeira de Mello vincula a ilicitude à responsabilidade subjetiva. De fato, embora também concordemos que a responsabilidade por omissão estatal tenha como requisito o ato ilícito, não há necessariamente uma associação deste com a espécie de responsabilização:

Para Celso Antônio, a conduta omissiva da Administração é sempre ilícita. Mesmo firmado tal entendimento, não estaria afastada a responsabilidade objetiva da Administração omissa, pois a responsabilidade continuaria sendo objetiva, por força de disposição constitucional expressa. Não é necessário transmutar a responsabilidade objetiva em subjetiva para que a Administração se desvincule do dever de indenizar; basta que esta demonstre que não tinha o dever de agir e que, portanto, sua conduta não foi, do ponto de vista jurídico, causa do evento danoso (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 226).

Assim, é incabível restringir o que não foi restringido pelo legislador, ou seja, se o dispositivo legal não prevê exceção à responsabilidade objetiva, não há porque interpretá-lo dessa forma, sob pena de desrespeito à norma constitucional (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 307).

Ademais, a adoção da corrente objetiva não significa, por si só, uma ampliação sem limites da responsabilidade do Estado, de modo que este seria responsável por todo e qualquer dano, resultando em grave oneração do erário e ruptura do sistema da responsabilidade civil (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 307). Isso porque a teoria da responsabilidade objetiva também comporta excludentes e concausas que recaem sobre o nexo de causalidade, uma vez que o dano deve ser consequência de uma omissão ligada a ele, consoante lecionam João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão:

Em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de conduta omissiva, bem assim nas comissivas, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias excludentes de responsabilidade. Poderá, ainda, demonstrar que o dano não é especial, nem anormal, ou que não tinha o dever de agir. Este largo espectro de defesas leva à conclusão de que mesmo que se aplique a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 227).

Com efeito, quando se fala em responsabilidade objetiva, seja em caso de conduta comissiva ou omissiva, o ponto central deve ser o nexo causal, inexistindo espaço para discussão de culpa. Dessa forma, pode-se dizer que a questão desloca-se para a investigação da causa do evento danoso (CAHALI, 2007, p. 35).

Contudo, segundo Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2015, p. 1057), de forma curiosa, na maioria dos casos, percebe-se que a opção por uma ou outra corrente não resultaria em soluções diversas, porque, comumente, o Estado age com algum nível de negligência. Porém, há situações de omissão em que a adoção da tese objetiva pode impedir que a vítima fique desamparada, garantindo sua indenização.

Assim, principalmente por conta desses casos, é necessário discutir o nexos causal e não a culpa, conforme apontam os referidos autores, citando alguns exemplos:

Cabe repetir: em torno do nexos causal devem orbitar tais discussões - não em torno da culpa. Se uma enchente, por exemplo, causa danos aos moradores, o município responderá por eles? Sim, independentemente de culpa, desde que as vítimas provem - ou decorra das circunstâncias - o nexos causal entre a omissão estatal e o dano. Isso evidencia que na omissão estatal a responsabilidade independe do elemento culpa (digamos que o buraco apareceu no dia anterior, impossibilitando qualquer previsão de obra), ainda assim persistirá a responsabilidade estatal, para cuja ocorrência basta o dano aliado ao nexos causal, sendo irrelevante, mesmo nos casos de omissão estatal, a culpa (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1057).

Diante do exposto, pode-se concluir que o nexos de causalidade é o critério primordial para aferição da responsabilidade objetiva. De fato, embora o nexos causal também esteja presente na teoria subjetiva, já que é pressuposto da responsabilidade civil em geral, é na corrente objetiva que ele passa a ter maior importância.

Em suma, o nexos de causalidade é elemento fundamental em qualquer espécie de responsabilidade civil, pois pode haver responsabilidade sem culpa, mas inexistente responsabilidade sem nexos causal. Assim, esse requisito será melhor tratado, com a explicação de suas correntes, no próximo capítulo, quando se adentrar na responsabilidade civil do Estado por omissão no cenário do coronavírus.

Antes disso, serão analisadas, no item seguinte, algumas jurisprudências emblemáticas acerca de casos diversos, a fim de observar como os tribunais pátrios vêm tratando a temática da responsabilidade do Estado por omissão.

2.3 OS POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Conforme já mencionado previamente, a jurisprudência nacional não é pacífica quanto à natureza da responsabilidade civil em casos de omissões estatais, ou seja, não há um único posicionamento dos tribunais pátrios, mas sim vários. Entretanto, pode-se dizer que, embora a corrente subjetiva seja majoritária em termos de julgados, é possível notar que a temática está

em constante modificação, havendo decisões que, mesmo em caso de omissão, reconhecem a teoria objetiva com a finalidade de proteger a vítima (MARINELA, 2018, p. 1061).

Ainda, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça tende a adotar a concepção subjetivista, ao passo que o Supremo Tribunal Federal, em vários de seus acórdãos, filia-se à teoria objetiva da omissão estatal (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1055-1056).

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já decidiram que é possível responsabilizar o Estado por morte de detento, até mesmo em caso de suicídio, uma vez que é dever do Poder Público garantir a incolumidade física do apenado que se encontra sob sua guarda. Nesse sentido, ao adotar a teoria objetiva, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. REBELIÃO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DO CARANDIRU. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA ALEGADA RUPTURA DO NEXO CAUSAL. CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF). DOUTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 'Com a prisão do indivíduo, assume o Estado o dever de cuidar de sua incolumidade física, quer por ato do próprio preso (suicídio), quer por ato de terceiro (agressão perpetrada por outro preso). Assim, ante a rebelião que eclodiu no Pavilhão 9, da Casa de Detenção, tinha o Estado o dever de proteger a incolumidade física dos presos e dos próprios revoltosos, uns dos atos dos outros. Sua intervenção no episódio era, portanto, de rigor. E ocorrendo ofensa à integridade física e morte do detento, é seu dever arcar com a indenização correspondente [...] (BRASIL, 2009a).

Ainda, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 841.526, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento” (BRASIL, 2016).

Entendimento semelhante também foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 494.206 ao responsabilizar o Estado por suicídio cometido por paciente internado em hospital público, sendo que o médico tinha ciência dessa situação. Na oportunidade, o órgão julgador entendeu que incumbe ao Poder Público zelar pela

incolumidade de paciente internado em hospital, ministrando tratamento adequado a sua doença. Colhe-se a ementa do referido recurso:

Direito civil. Suicídio cometido por paciente internado em hospital, para tratamento de câncer. Hipótese em que a vítima havia manifestado a intenção de se suicidar para seus parentes, que avisaram o médico responsável dessa circunstância. Omissão do hospital configurada, à medida que nenhuma providência terapêutica, como a sedação do paciente ou administração de anti-depressivos, foi tomada para impedir o desastre que se havia anunciado.

- O hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação.

- Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo acentuado, com tendência suicida, é obrigação do hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando anti-depressivos ou tomando qualquer outra medida que, do ponto de vista médico, seja cabível.

- Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2006).

No mesmo sentido, há também responsabilidade do Estado por danos ocorridos a alunos em estabelecimentos de ensino público, à medida que compete ao Poder Público velar pela integridade física dos estudantes sob sua guarda. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez aplicando a responsabilidade objetiva:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. [...] - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a

quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexos de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos (BRASIL, 1996).

Já em caso de crimes praticados por presos foragidos, no Recurso Extraordinário nº 608.880, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora incida a responsabilidade objetiva, o Estado só pode ser responsabilizado caso comprovado o nexos de causalidade direto e imediato entre o momento da fuga e o ato cometido. O critério, nesse caso, foi predominantemente cronológico, de acordo com tempo decorrido no intervalo entre a fuga e o novo crime. De acordo com o órgão julgador:

EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. . 2. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexos causal. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Nos termos do artigo 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” (BRASIL, 2020).

Ademais, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.325.523, o Superior Tribunal de Justiça inferiu que o Município pode ser responsabilizado por danos causados por fortes chuvas, desde que reste demonstrado que a omissão do Poder Público em não realizar as obras necessárias foi determinante para o acontecimento (BRASIL, 2008). No caso em questão, as

enchentes eram frequentes no local e o Município não deu a devida atenção ao problema, de modo que os efeitos foram potencializados pela má conservação de esgotos, falta de obstrução de bueiros e acúmulo de lixo.

Portanto, a partir dos exemplos citados, infere-se que as decisões são tomadas caso a caso, dependendo da situação fática em análise, o que acaba dificultando a criação de postulados gerais. Entretanto, é possível afirmar que, ao menos, para que exista a responsabilização, faz-se necessária a presença do ato ilícito, do nexos causal e do dano.

Esses elementos serão analisados no próximo capítulo, vinculando-os às condutas omissivas do Estado diante da pandemia de Covid-19.

3 A OMISSÃO ESTATAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

No final de dezembro de 2019, foram registrados os primeiros casos de coronavírus em um hospital de Wuhan, na China. Na sequência, o número de infectados aumentou exponencialmente e a doença alastrou-se pelo mundo, culminando com a decretação de emergência global por parte da OMS em 29 de janeiro de 2020, quando cerca de quinze países já confirmavam diagnóstico do vírus (COSTA, 2020). A decretação da pandemia de Covid-19 ocorreu logo em seguida, em 11 de março de 2020, momento em que cerca de 121 mil pessoas já haviam contraído a doença e 4.300 mortes tinham sido registradas, a maior parte na China e na Itália (O GLOBO, 2021b).

Em solo brasileiro, a primeira infecção de coronavírus foi registrada oficialmente em 26 de fevereiro de 2020, quando um homem que retornava da Itália, na época um dos maiores epicentros do vírus, recebeu o diagnóstico da doença (O GLOBO, 2021b). No dia seguinte, foram contabilizados cerca de 130 casos suspeitos e, desde então, o número não parou de crescer, atingindo o patamar de 20 milhões de pessoas infectadas e 550 mil mortes em julho de 2021 (BRASIL, 2021a).

Quanto ao vírus em si, a Organização Pan-Americana da Saúde (2021) aponta que a Covid-19 constitui-se em uma doença infecciosa provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), tendo como sintomas principais febre, tosse seca e cansaço. Os sintomas costumam ser leves e graduais, de modo que a maioria das pessoas se recupera sem necessitar de internação hospitalar. Entretanto, um em cada seis indivíduos desenvolvem o quadro grave da doença e podem correr o risco de morte (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2021). Ademais, embora as pessoas que integrem o chamado “grupo de risco”¹⁶ possuam maior probabilidade de ficarem gravemente doentes, qualquer pessoa pode se infectar e desenvolver os mesmos sintomas¹⁷.

Relativo à transmissão do coronavírus e às possíveis medidas de combate e prevenção, considerando que a Covid-19 se dissemina principalmente por gotículas de saliva e secreções

¹⁶ Em geral, são do grupo de risco: idosos (idade igual ou superior a sessenta anos); pessoas com doenças cardíacas; pessoas com doenças pulmonares, como asma e Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica; pessoas com problemas de baixa imunidade, como pessoas transplantadas ou em quimioterapia; pessoas com doenças renais ou em diálise; diabéticos; gestantes de alto risco; pessoas com doenças do fígado; obesos (MINAS GERAIS, 2020).

¹⁷ Inclusive, estudos apontam que a segunda onda de coronavírus no Brasil atingiu principalmente jovens, sendo que um levantamento da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (Amib) demonstrou que, em março de 2021, cerca de 52% das internações em unidades de terapia intensiva foram de pessoas com até quarenta anos. Dentre os motivos, ressalta-se o início da vacinação por faixa etária, o surgimento de novas variantes e o comportamento dos jovens diante da pandemia (GARCIA, 2021).

respiratórias, inclusive transmitindo-se pelo ar, as orientações principais da OMS e de especialistas da área são focadas no isolamento social, uso de máscara e higienização das mãos, com objetivo não apenas de diminuir a contaminação, mas também impedir o sobrecarga dos hospitais. Além disso, estudos demonstram que, ao menos no momento, inexistem remédios capazes de curar o vírus ou métodos de tratamento precoce eficazes¹⁸, de modo que o maior instrumento de enfrentamento direto à Covid-19 é a vacinação.

Nesse contexto, discute-se qual seria o papel do Estado na prevenção e combate à doença. Em outras palavras, questiona-se se as medidas devem ser adotadas individualmente, de acordo com a livre vontade de cada um, ou se incumbe ao Poder Público implementá-las, em prol do interesse coletivo. Desde já, destaca-se que acreditamos e defendemos esse último ponto de vista, pois, em que pese a liberdade tenha previsão constitucional, é certo que inexistem direitos fundamentais absolutos, mormente quando se trata de uma doença de alto contágio que coloca em risco o direito das outras pessoas.

Aliás, no início do corrente ano, instaurou-se oficialmente no Senado a “CPI da Covid”, com a finalidade de apurar as omissões do governo federal diante da pandemia, bem como investigar os repasses de verbas federais para estados e municípios. A comissão terá um prazo de noventa dias para realizar as investigações e elaborar um relatório final a ser enviado ao Ministério Público para eventuais criminalizações (FOLHA DE SÃO PAULO, 2021).

No âmbito da responsabilidade civil, surge a indagação sobre a possibilidade de responsabilizar o Estado por danos advindos de omissões na implementação e efetivação de medidas de combate e prevenção à pandemia, consubstanciadas, a título de exemplo, na escassez de leitos em hospitais públicos, na insuficiência da distribuição de equipamentos de proteção individual a profissionais da saúde, na ausência de determinação de “lockdown” em áreas de calamidade pública etc.

Assim, será investigada, na sequência, a possibilidade de responsabilizar o Estado por tais condutas.

¹⁸ A respeito do assunto, a Associação Médica Brasileira (2021) posicionou-se contrária ao uso da ivermectina e da hidroxiquina, bem como de outros medicamentos presentes no “kit Covid-19”, por ausência de eficácia. Ademais, no que diz respeito ao uso de hidroxiquina, a revisão realizada pela Cochrane (2021) demonstrou a ineficácia do medicamento e seus efeitos colaterais. No mesmo sentido apontou a Organização Mundial da Saúde, ao contraindicar o remédio (CNN BRASIL, 2021).

3.1 ELEMENTOS DE AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NA PANDEMIA

Conforme se explicou nos capítulos anteriores, é necessário relembrar que, para que exista responsabilidade civil do Estado por omissão, são necessários três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Portanto, não é necessária a comprovação de culpa, pois o sistema brasileiro, seja para condutas comissivas ou omissivas, adotou a teoria da responsabilidade objetiva:

São pressupostos da responsabilidade civil, em geral, o dano, a ilicitude, a conduta culposa e o nexo de causalidade. Porém, tratando-se de responsabilidade objetiva, a vítima fica dispensada de provar a culpa do agente, bastando, para ensejar o dever de reparar, a prova do dano e do nexo causal com a atividade. Entendida que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, seus pressupostos são aqueles da responsabilidade objetiva (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 75).

Dito isso, antes de se fornecer qualquer resposta pronta acerca da responsabilidade estatal, faz-se necessária uma análise minuciosa dos requisitos da responsabilidade civil por omissão do Estado no contexto da pandemia, a fim de que seja possível aferir a efetiva possibilidade de responsabilizá-lo.

Nos próximos itens, analisar-se-á cada elemento, relacionando-o com eventual omissão estatal diante do coronavírus, com objetivo de compreender se tais omissões podem ser consideradas ilícitas, bem como se possuem a capacidade de gerar danos indenizáveis, havendo nexo de causalidade entre um e outro.

3.1.1 Ato ilícito

Como já se teve a oportunidade de ressaltar anteriormente, a responsabilidade civil por omissão estatal é, necessariamente, responsabilidade por ato ilícito. De fato, é inviável se falar em responsabilização do ente público sem a violação de um dever jurídico de evitar o dano, consoante apontam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

[...] sabemos que são muitas e complexas as questões que envolvem a responsabilidade civil do Estado por omissão. Um questionamento talvez possa servir como fator de iluminação: o Estado tinha o dever de evitar o dano? Deve-se, portanto, verificar se há, no caso concreto, o dever de impedir aquele resultado.

Devemos verificar, no caso concreto, se a omissão estatal é juridicamente relevante. Em outras palavras, convém investigar, em caso de omissão, se o Estado pode ser tido como garantidor do bem jurídico lesado (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1062).

Ademais, o ato ilícito constitui também requisito essencial da teoria geral da responsabilidade civil extracontratual, dividindo-se em dois elementos: a antijuridicidade (elemento objetivo) e a culpa (elemento subjetivo). Todavia, importante destacar que, embora grande parte da doutrina sequer mencione a antijuridicidade ou a confunda com a culpa, é certo que os requisitos não se misturam e que a antijuridicidade possui autonomia com relação a culpa, sendo que o contrário, em regra, não é verdade.

Com efeito, conforme leciona Rafael Peteffi da Silva (2019, p. 170-171), a melhor doutrina entende que a locução “violação do direito de outrem”, presente no art. 186 do Código Civil¹⁹, somada a ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa em si, mas sim do ato ilícito. No mais, a antijuridicidade possui tal autonomia que, no caso da responsabilidade objetiva, apenas ela irá compor o ato ilícito, não se falando em culpa²⁰. É exatamente a hipótese da responsabilidade civil por omissão estatal.

Feitos esses esclarecimentos, de maneira geral, é possível definir a antijuridicidade como ato contrário ao direito (seja ele comissivo ou omissivo), sendo também chamada de ilicitude objetiva²¹. Ademais, pode ser dividida em antijuridicidade material e formal. Esta ocorre quando ato antijurídico infringe uma norma expressamente prevista no ordenamento brasileiro, enquanto aquela se dá na infração do ordenamento jurídico em sua totalidade, como no choque entre princípios (SILVA, 2019, p. 184). Não há contrariedade entre ambas, uma vez que a antijuridicidade material engloba a formal.

Ainda, no que diz respeito às excludentes de ilicitude²², estas devem ser analisadas em conjunto pelo aspecto positivo e negativo da antijuridicidade, segundo a máxima “*contra ius, sine iure*”, isto é, “contra o direito e sem direito”. Dessa forma, o aspecto positivo ocorre com a violação do interesse juridicamente tutelado, previsto no ordenamento legal (*contra ius*),

¹⁹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

²⁰ A respeito do assunto, Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 11-13) ensina que o ato ilícito possui dois significados: em sentido *estrito*, engloba o conjunto de pressupostos da obrigação de indenizar; em sentido *amplo*, indica apenas a antijuridicidade da conduta. Assim, nessa acepção, a responsabilidade objetiva exige apenas o ato ilícito em sentido amplo.

²¹ A ilicitude se divide em subjetiva e objetiva. No primeiro caso, significa ato ilícito, ao passo que no segundo é sinônimo de antijuridicidade (DIAS, 1997, p. 32 apud SILVA, 2019, p. 178).

²² As excludentes de ilicitude (antijuridicidade), previstas no art. 188 do Código Civil, são: a) legítima defesa; b) exercício regular de direito; c) estado de necessidade. Destaca-se que, nesse último caso, mesmo sendo excluída a ilicitude, subsiste o dever de indenizar, sendo uma das poucas exceções de responsabilidade por ato lícito (art. 929 do Código Civil).

enquanto o aspecto negativo é evidenciado pela inexistência de justificação ao ato antijurídico praticado (*sine iure*), representado pelas pré-excludentes de ilicitude (SILVA, 2019, p. 185).

Na temática da omissão, entretanto, a antijuridicidade se torna mais difícil de aferir, ainda mais quando se trata de omissão estatal, sendo necessário, nesse caso, a violação de um dever de agir para impedir o resultado:

A antijuridicidade por omissão somente poderia ser observada quando da existência da violação de um dever de ação, isto é, uma conduta devida que não se cumpriu. Ainda que se admita, como tratado acima, que esses deveres de conduta podem não estar previstos, expressamente, pelas regras jurídicas, é importante, para um mínimo de segurança jurídica, que existam parâmetros para sua definição, impedindo a generalização absoluta de um dever de atuar, pois impossível admitir que as pessoas estejam a todo o tempo obrigados a evitar qualquer tipo de dano em relação a quem quer que seja (SILVA, 2019, p. 187-188).

Cotejando essas informações com a situação pandêmica que ainda nos assombra, é de se questionar: constitui ato ilícito, por parte do Estado, a omissão na adoção de medidas de prevenção e combate ao coronavírus? Em outras palavras, o Poder Público possui o dever jurídico de evitar o dano, sendo garantidor do interesse tutelado? Tais indagações serão agora analisadas, sendo traçadas algumas conclusões.

De início, importante esclarecer que existem diversas medidas para prevenir e combater o coronavírus²³, conforme defendido mundialmente por especialistas da saúde. Dentre as principais, podemos citar o isolamento social, a quarentena, o uso obrigatório de máscara, a construção de hospitais de campanha, a ampliação de leitos, a compra de respiradores, a aquisição de vacinas etc.

No cotidiano, todavia, percebe-se que, muitas vezes, essas providências não estão sendo tomadas ou até estão, porém de modo insuficiente. Com efeito, não são poucos os casos em que há escassez de leitos de tratamento intensivo (UTI), falta de equipamentos de proteção

²³ A Lei nº 13.979 descreveu as seguintes medidas em seu art. 3º: “I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); 4. National Medical Products Administration (NMPA)” (BRASIL, 2020a).

individual (EPIs) aos profissionais da saúde ou ineficiência na fiscalização das medidas implementadas (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 81).

Partindo para o contexto normativo, quando se fala em medidas de prevenção e combate à Covid-19, o que se visa proteger é, primordialmente, a saúde das pessoas, direito constitucionalmente assegurado pelo art. 196 da Carta Magna:

Art. 196. A saúde é direito de todos é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, quase que reproduzindo na íntegra a previsão constitucional, estipula a Lei nº 8.080/1990 (Lei do SUS) em seu art. 2º:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
 § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
 § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (BRASIL, 1990).

Logo, o direito à saúde constituiu-se como um direito fundamental da dignidade da pessoa humana, que em última instância representa o direito à vida, também garantido pela Constituição Federal. Ainda, por ser um direito de segunda geração, de natureza prestacional, isto é, que necessita de efetivação por parte do Estado, torna-se imprescindível a adoção de políticas públicas no âmbito social e econômico, a fim de garantir o acesso incondicionado, universal e igualitário a todos (FARENA, 2020, p. 133).

Essas ações e serviços de saúde, por sua vez, são operacionalizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS)²⁴, o qual possui como característica própria a descentralização em entes de direito público interno: União, estados, Distrito Federal e municípios, sendo todos

²⁴ A definição do SUS encontra-se no art. 4º da Lei nº 8.080/1990: “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar” (BRASIL, 1990).

responsáveis em níveis diferentes pela prestação de ações preventivas e de vigilância sanitária (FARENA, 2020, p. 133).

Acerca do assunto, inclusive, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341, decidiu que União, estados, Distrito Federal e municípios possuem competência concorrente na área da saúde pública para adotar medidas de prevenção e combate ao coronavírus, de modo que o governo federal não foi proibido de atuar no enfrentamento da pandemia, uma vez que todos os entes federativos possuem essa prerrogativa (BRASIL, 2021b). Há, portanto, solidariedade entre os entes de direito público interno, conforme se infere da ementa acórdão em questão:

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 [...]. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde. [...] 4. **Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF); permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).** 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 [...] (BRASIL, 2020c, grifo nosso).

Portanto, pode-se concluir que o Estado possui o dever de garantir o direito à saúde para todos, por meio de políticas públicas inclusivas e universais, o que, no âmbito da pandemia, implica também na adoção de medidas de prevenção e combate. Caso isso não seja

feito, ou seja feito de forma insuficiente, teoricamente, haverá a ocorrência de ato antijurídico e, conseqüentemente, ilícito.

Não é tão simples, contudo, aferir exatamente quando a medida deveria ser adotada e não foi, ou quando efetivamente foi implementada, mas não de modo suficiente. Para tanto, podem ser utilizados os princípios da prevenção e da precaução, advindos do Direito Ambiental, mas também utilizados em outras áreas que lidam com direitos fundamentais que necessitam de ações positivas de concretização (FARENA, 2020, p. 137).

Embora os termos prevenção e precaução sejam normalmente utilizados como sinônimos, existem diferenças teóricas entre ambos. Com efeito, eles se distinguem de acordo com o grau de compreensão do risco: no princípio da prevenção, há certeza ou ao menos alto grau de consenso científico sobre os danos advindos de determinada conduta, ao passo que, no princípio da precaução, subsiste forte incerteza acerca das conseqüências de certo ato (FARENA, 2020, p. 137). A respeito do assunto, colhe-se passagem do acórdão proferido pelo Ministro Roberto Barroso em relatoria a diversas ações diretas de inconstitucionalidade referentes à Medida Provisória nº 966/2020²⁵:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, que em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as decisões adotadas pelo Poder Público sujeitam-se aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social — o que, vale reiterar, não parece estar presente — a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida, não pode fazer. Se há alguma dúvida sobre o impacto real que uma determinada substância, um determinado produto, ou uma determinada atuação vai provocar na saúde e na vida das pessoas, o princípio da precaução e o princípio da prevenção recomendam a autocontenção (BRASIL, 2020d).

Assim, em se tratando de prevenção e/ou precaução, é imprescindível que sejam empregadas medidas baseadas em critérios técnicos, pesquisas científicas e dados

²⁵ Embora não seja objeto do nosso estudo, vale a pena destacar que, em maio de 2020, foi criada a Medida Provisória nº 966/2020, visando dispor acerca da responsabilização de agentes públicos por ação e omissão diante de atos relativos à pandemia. Em seu art. 1º, a MP previu que “os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19” (BRASIL, 2020b). Havendo grande divergência sobre o que seria “dolo ou erro grosseiro”, o STF se manifestou em sede de medida cautelar em diversas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), firmando a seguinte tese: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção” (BRASIL, 2020c). Contudo, a MP perdeu sua vigência em 10 de setembro de 2020, sem ter sido votada pelo Congresso Nacional.

epidemiológicos, sem desconsiderar o quadro institucional, sob pena de ofensa ao direito fundamental à saúde. Aliás, a própria Lei nº 13.979, que dispôs sobre as medidas de enfrentamento ao coronavírus, em seu art. 3º, § 1º, previu que estas devem ser implementadas de acordo com evidências científicas e análises de informações estratégicas de saúde (BRASIL, 2020a).

Dessa forma, não merece prosperar o mero argumento de impossibilidade de implementação das medidas por insuficiência de recursos ou prejuízos à economia. Com efeito, mostra-se falsa a dicotomia entre saúde e economia, pois esta última, isoladamente, não causa a doença ou a morte, como aponta Duciran Van Marsen Farena:

O dever estatal de proteção ante a relevância do direito à saúde torna falso o dilema entre economia e saúde, até porque a economia por si só não leva à doença ou à morte. Cabe ao Poder Público, devidamente autorizado pela declaração do estado de emergência, aportar recursos financeiros para apoio aos cidadãos afetados em seus meios de subsistência pela pandemia. A saúde não pode ceder a uma consideração meramente financeira (níveis de endividamento público, que ocorre igualmente por uma série de motivos que nem sempre encontram justificativa na proteção dos mais vulneráveis) e ser colocada em segundo plano, diante do falso dilema de proteger a saúde ou a economia como se esta fosse um fim em si mesmo, independentemente do custo humano da omissão de providências precautórias. Nunca é demais enfatizar que a perda de renda e a redução da atividade econômica são causadas pela pandemia, e ocorreriam independentemente da decretação ou não de medidas como a quarentena (FARENA, 2020, p. 146).

Igualmente sem razão o posicionamento que dá maior enfoque às liberdades individuais e esquece que o coronavírus atinge a coletividade como um todo, colocando em risco o direito à saúde das outras pessoas. Mais uma vez, esclarece o referido autor que deve haver uma ponderação entre os direitos fundamentais em jogo, a fim de evitar danos graves e irreversíveis:

Impõe-se na adoção de medidas restritivas a liberdades individuais pela pandemia uma ponderação dos direitos fundamentais – quanto mais importante o bem e maior a irreversibilidade do dano ou a difícil reparação, mais prudente deve ser a ação e mais rigorosos os critérios da avaliação da decisão a ser tomada. O fato é que a quarentena foi amplamente respaldada em estudos científicos e normas técnicas, sendo adotada até mesmo em países paupérrimos, o que vem a demonstrar que a questão é mais de inevitabilidade em face da gravidade do risco e dos danos irreversíveis do que uma opção meramente política (FARENA, 2020, p. 146).

Dito isso, é possível inferir que, no caso concreto, se o Estado não atendeu a critérios técnicos e estudos científicos para adotar medidas de contenção e enfrentamento à pandemia, ou até mesmo deixou de implementá-las, acabou por desrespeitar seu dever expressamente previsto em lei de garantir o direito à saúde para todos, a fim de evitar resultados danosos.

Conseqüentemente, nesse viés, restará caracterizado o ato ilícito, diante da existência de conduta antijurídica, independente de culpa.

Entretanto, como bem se sabe, não basta o ato ilícito para que ocorra a obrigação de indenizar. Portanto, o assunto a ser tratado a seguir é o nexo causal, requisito de ligação entre o ato ilícito e o evento danoso.

3.1.2 Nexo de causalidade

Durante o capítulo anterior, no qual se discorreu sobre os aspectos específicos da responsabilidade estatal por omissão, mencionou-se brevemente o nexo causal, sendo explanado que, no âmbito da responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa, esse elemento é primordial.

Assim, é de se prever que as discussões que ocorrerão pela frente acerca da Covid-19 provavelmente irão envolver o nexo de causalidade, tanto para eximir como para responsabilizar o Estado. Com efeito, a causalidade constitui-se como o principal requisito que impedirá que o Estado seja tratado como um segurador universal.

Dito isso, passarão a ser tratados agora os aspectos teóricos do nexo causal, bem como suas excludentes e concausas, a fim de que sejam aplicados tais conceitos a casos concretos, bem como traçados alguns parâmetros sobre a possibilidade de responsabilizar o Estado por condutas omissivas.

Pode-se definir o nexo causal como a relação de causa e efeito presente entre a conduta e o resultado danoso (TARTUCE, 2018, p. 212). Nesse sentido, afirma-se que o liame de causalidade possui duas funções no âmbito da responsabilidade civil: conferir a obrigação de indenizar ao causador efetivo do dano, imputando-lhe as consequências jurídicas do evento lesivo que produziu, e determinar a extensão do prejuízo, a fim de medir a sua reparação à vítima (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 459).

Pela relação de causalidade, portanto, consegue-se indicar quem vai reparar o dano e quais os prejuízos serão indenizados, de acordo com os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Assim, quando o artigo 944 do Código Civil enuncia que a indenização será medida pela extensão do dano, percebemos que a delimitação da indenização requer uma percuciente análise da causalidade, para que no caso concreto saibamos “quem” indeniza e “o que” se indeniza. O referido dispositivo objetivamente dispõe que conforme a sua participação causal para o evento, o agente contribuirá para a reparação integral, considerada como a maior coincidência possível entre a sua

situação atual e aquela anterior à geração do dano injusto (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 459).

Não há maiores dificuldades quando a consequência origina-se de um único fato, diversamente do que ocorre em casos de causalidade múltipla - como comumente acontece em hipóteses de omissão -, nos quais existe uma sequência de condições concorrendo para o evento danoso, de modo que se mostra necessário precisar qual delas é a real causa do resultado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50). Em sentido semelhante, Carlos Roberto Gonçalves, ao citar Agostinho Alvim, apresenta um exemplo bem ilustrativo do problema em questão:

A teoria do nexa causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. [...] A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a responsável pelos danos. Agostinho Alvim exemplifica e indaga: “Suponha-se que um prédio desaba por culpa do engenheiro que foi inábil; o desabamento proporcionou o saque; o saque deu como consequência a perda de uma elevada soma, que estava guardada em casa, o que, por sua vez, gerou a falência do proprietário. O engenheiro responde por esta falência?” (ALVIM, 1972 apud GONÇALVES, 2021, p. 140).

Para auxiliar nessa temática, existem três teorias principais: i. a teoria da equivalência das condições; ii. a teoria da causalidade adequada; e, iii. a teoria do dano direto e imediato²⁶.

Para a primeira, como o próprio nome já indica, todas as condições existentes se equivalem, uma vez que o dano não teria acontecido sem cada uma delas, de modo que todas se colocam como *conditio sine qua non*. A crítica aqui reside no fato de que tudo pode ser considerado condição, ampliando-se ilimitadamente a cadeia causal (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 151).

Assim, por exemplo, em caso de acidente de trânsito, seria possível responsabilizar não só quem estava dirigindo o veículo com imprudência, mas também o vendedor do

²⁶ Não obstante essas sejam as teorias mais conhecidas e adotadas pela doutrina e jurisprudência - razão pela qual escolhemos tratar apenas dessas no presente trabalho -, há também outras correntes. Nesse sentido, Flávio Tartuce aponta para a existência de cerca de doze teorias quanto ao nexa de causalidade: “a) teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*); b) teoria da causa eficiente e causa preponderante; c) teoria da ação ou da causa humana; d) teoria do seguimento ou da continuidade da manifestação danosa; e) teoria da causalidade adequada, teoria da regularidade causal ou teoria subjetiva da causalidade; f) teoria do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexa causal; g) teoria da norma violada, da causalidade normativa, da relatividade aquiliana ou do escopo da norma; h) teoria da causalidade específica e da condição perigosa; i) causalidade imediata e da variação; j) teoria da causa impeditiva; k) teoria da realidade de causalidade por falta contra a legalidade constitucional; e l) teoria da formação da circunstância danosa” (TARTUCE, 2018, p. 216).

automóvel, o fabricante, quem forneceu a matéria-prima etc (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51). Por essa análise, inclusive, todos os danos sofridos por determinado indivíduo poderiam se resumir ao seu próprio nascimento, pois nada teria acontecido se ele não tivesse nascido.

Conclui-se, portanto, que se trata de uma teoria extremamente imprecisa e de consequências avassaladoras, razão pela qual não obteve adoção por parte do ordenamento Brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil²⁷, conforme explica Flávio Tartuce:

A primeira das teorias relativas ao nexo de causalidade é a da equivalência das condições, do histórico dos antecedentes ou teoria objetiva da causalidade. Também é denominada teoria sine qua non, que quer dizer “sem a qual não”, atribuída a Maximiliano von Buri (Alemanha). Por essa teoria, todos os fatos relativos ao evento danoso, sejam diretos ou indiretos, geram a responsabilidade civil, o que em muito amplia o nexo de causalidade. [...] Essa teoria não foi adotada no Brasil para os fins de responsabilidade civil, pois, caso contrário, todos os fatos correlatos gerariam o dever de indenizar, não se admitindo sequer as excludentes de ilicitude ou de nexo de causalidade (TARTUCE, 2018, p. 216).

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, ensina que, existindo mais de uma possível causa, deve-se verificar qual delas, em abstrato, possui a maior probabilidade de gerar o dano. Trata-se, portanto, de uma análise do provável acontecimento do resultado, a qual deve ser realizada caso a caso (TARTUCE, 2018, p. 220). Ademais, o exame ocorre a posteriori, retrocedendo-se ao momento da ação ou omissão, com objetivo de averiguar se esta era adequada à produção do resultado danoso (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 53).

Em sentido semelhante, leciona Caio Mário da Silva Pereira que o nexo causal deve ser estudado por um viés científico de probabilidade, a fim de identificar, entre todos os antecedentes do dano, qual está em condições melhores de produzi-lo:

Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da “causalidade adequada”, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais (PEREIRA, 2018, p. 111).

²⁷ Embora não tenha sido adotada no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência de condições é admitida para fins penais, conforme estipula o art. 13 do Código Penal: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 1940).

Por fim, a teoria do dano direto e imediato prevê que são causas apenas aquelas que estiverem conectadas ao dano direta e imediatamente, interrompendo o nexo de causalidade com relação às demais. Não se trata necessariamente de um critério temporal que rompe o nexo de causalidade, mas sim da interferência de outra cadeia causal independente, conforme destacam Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

A interrupção do nexo de causalidade pode ocorrer por fato exclusivo de terceiro, da própria vítima ou por um evento de caso fortuito ou de força maior. Assim, os desdobramentos do evento danoso que, temporalmente, estão distantes da conduta do agente são também passíveis de ressarcimento, contanto que sejam consequência direta e imediata de um ato ilícito ou de uma atividade perigosa objetivamente considerada, isto é, contanto que estejam ligados à conduta do agente por uma cadeia causal que não tenha sofrido qualquer interrupção. [...] Para a análise do nexo de causalidade, não é, pois, a distância temporal que importa, mas antes a distância lógica que separa o dano da conduta do agente (ALVIM, 1972 apud TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 155).

Ademais, para os defensores da referida teoria, esta foi a posição adotada pelo legislador, conforme se infere do art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por *efeito dela direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Atualmente, os tribunais vêm aplicando as correntes da causalidade adequada e do dano direto e imediato, até confundindo as duas em várias situações, havendo alto grau de subjetividade, como apontam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Nada obstante a sua essencialidade, tanto na teoria subjetiva como na objetiva da responsabilidade civil, o nexo causal é manejado pelos nossos juízes e tribunais com intensa subjetividade e desprezo à boa técnica jurídica. Magistrados adotam teses opostas para justificar a investigação do nexo e a existência de uma obrigação de reparar com base no “bom senso”, eximindo-se de uma busca de juridicidade ou cientificidade. [...] Se o panorama doutrinário comporta oscilações na preferência entre uma ou outra teoria, na jurisprudência brasileira a situação é ostensivamente ciclotímica, pois os tribunais costumeiramente proclamam a adoção de uma teoria quando, na verdade, se valem dos fundamentos de outra, evidenciando um voluntarismo na busca do critério que melhor se adapte à resposta que já foi intuitivamente encontrada antes de se partir para a fundamentação da decisão (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 458 e 470).

Entretanto, é necessário destacar que não parece haver uma grande diferença prática entre essas duas as teorias, pois ambas geram resultados semelhantes e tendem a visualizar o problema por perspectivas diversas.

De fato, conforme destaca Flávio Tartuce (2018, p. 224), ambas as vertentes são próximas, havendo apenas uma diferença sutil: a teoria do dano direto e imediato dá um maior foco à questão das excludentes de responsabilidade, ao passo que a teoria da causalidade adequada desenvolve melhor o assunto da concausalidade, ou seja, quando há contribuições de diversos fatos para o evento danoso. Assim, diz-se que a primeira teoria se preocupa mais em beneficiar o autor do dano, excluindo sua responsabilidade, enquanto a segunda dá maior atenção à vítima, focando em sua indenização.

Por essa razão, embora inexistam grandes divergências entre essas vertentes, tendemos a nos posicionar a favor da teoria da causalidade adequada²⁸, mormente quando a temática é a responsabilidade civil por omissão, na qual, muitas vezes, ocorre a concausalidade.

Todavia, nada impede que os ensinamentos da teoria do dano direto e imediato também sejam adaptados à teoria da causalidade adequada. De fato, Flávio Tartuce, ao citar Caitlin Sampaio Mulholland, sugere que exista uma compatibilização entre as excludentes de responsabilidade e a teoria da causalidade adequada:

[...] vê-se daí que a teoria da causalidade adequada deve ser adotada com uma modificação em seus fundamentos originários. Ao invés de analisada do ponto de vista da probabilidade danosa, deve-se considerar também a possibilidade de interrupção do nexo de causalidade. Este artifício, muito caro aos adeptos da teoria do dano direto e imediato, deve ser transplantado para a teoria da causalidade adequada, sob pena de tornar-se absolutamente inviável. E isso tem sido feito pelos teóricos portugueses de tal forma que aproximam as bases de investigação do nexo de causalidade numa e noutra teoria (MULHOLLAND, 2009, p. 193 apud TARTUCE, 2018, p. 222).

Portanto, a teoria da causalidade adequada, na sua forma mitigada, mostra-se mais condizente com o ordenamento brasileiro, levando em conta não apenas o aspecto da causa em abstrato (probabilidade de gerar o dano), como também em concreto (interrupção do nexo causal).

Trazendo esse assunto para o contexto da pandemia de Covid-19, pode-se inferir que o nexo causal somente estará presente se o ato ilícito praticado pelo Estado (a não adoção das

²⁸ No mesmo sentido, posicionam-se a favor da teoria da causalidade adequada Sergio Cavalieri (2012, p. 52), Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenthal (2015, p. 470). Ainda, segundo o primeiro autor: “em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado” (CAVALIERI, 2012, p. 52).

medidas de prevenção e combate ao coronavírus, quando os órgãos internacionais e especialistas na área as indicavam, por exemplo) for a causa provável do dano e inexistir interrupção do nexo causal.

A respeito do assunto, no Recurso Especial nº 1.133.257, o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha aplicado a responsabilidade objetiva, entendeu que havia nexo causal entre a omissão do estado e município do Rio de Janeiro em não adotar as medidas de combate à epidemia da dengue, o que culminou no óbito da vítima contaminada. No caso em questão, não havia foco de contaminação na residência da autora, mas sim na vizinhança, bem como restou demonstrado que o Estado não tomou as providências razoáveis para evitar o dano. Não restou claro, entretanto, qual a teoria causal foi adotada.

Colhe-se a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO. [...] 3. In casu, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerando a responsabilidade subjetiva e demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro no combate à epidemia de dengue e a ocorrência do evento morte, em razão de estar a vítima acometida por dengue hemorrágica e, o dano moral advindo da mencionada omissão do agente estatal, fixou o pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária a contar da decisão e juros de mora desde o evento fatal, nos moldes delineados no acórdão às fls. 360/362. 4. A análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, conduz à conclusão de que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), revela-se irrisório, ante a evidente desproporcionalidade entre o quantum indenizatório e a lesão suportada pelo autor, em razão da morte de sua filha e considerada a omissão do Estado, consoante assentado pelo Tribunal local: "**Com efeito, na época em que a filha do recorrente veio a óbito a imprensa escrita e falada noticiou epidemia de dengue no Município do Rio de Janeiro e outros adjacentes. Contra o fato, a municipalidade alega ter procedido a eficiente programa de combate. Entretanto, todos os documentos por ela acostados aos autos se referem a exercícios posteriores ao do evento sub judice. Ademais, laudo realizado pela Coordenadoria de Controle de Vetores, dias após o óbito, constatou não haver qualquer foco na residência do apelante. Ao contrário, encontrou diversos focos no quarteirão, inclusive em uma igreja. Incontroversa, portanto, a omissão dos entes públicos na tomada de providências que seriam exigíveis, de forma razoável, para evitar a fatalidade.** (fls. 361) 5. Consectariamente, a constatação de irrisoriedade do quantum indenizatório impõe a sua majoração de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, razão pela qual a indenização a título de danos morais deve ser majorada para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). [...] (BRASIL, 2009b, grifo nosso).

Assim, com base nos fundamentos expostos no caso descrito, seria possível, ao menos teoricamente, sustentar que o Estado pode ser responsabilizado pela não implementação ou pela implementação insuficiente das medidas de prevenção e combate à pandemia, desde que, é claro, estejam presentes os requisitos necessários.

Feitos esses esclarecimentos, mostra-se necessário discorrer acerca das excludentes do nexo causal, as quais rompem completamente com a causalidade, inexistindo o dever de indenizar. Nesse caso, a obrigação de reparar não se configura por ausência de liame entre a conduta do agressor e os danos suportados pela vítima. Com efeito, o ato e a lesão podem ter ocorrido, mas um não guarda relação com o outro. Para ilustrar essa situação, colhe-se o exemplo elaborado por Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Se, por exemplo, durante a viagem de ônibus, marido e mulher discutem asperamente, e ele a agride fisicamente, causando sérios danos, não há como pretender responsabilizar, pelo evento, o transportador, porquanto nenhuma relação existe entre o dano e o contrato de transporte. A cláusula de incolumidade - que obriga o transportador a levar o transportado incólume ao destino - não abrange os fatos desconectados com a prestação do serviço de transporte (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 472).

Ademais, imprescindível destacar que a interrupção deve ser total, sob pena de caracterizar concausalidade e, conseqüentemente, como veremos logo a frente, haverá a obrigação de reparação, embora em patamar inferior.

Quanto às espécies de excludentes, a doutrina cita três categorias: i. caso fortuito ou força maior; ii. fato exclusivo da vítima; e, iii. fato exclusivo de terceiro.

Relativo ao caso fortuito ou força maior, não há diferença prática entre ambos os termos²⁹. O que realmente importa é que a circunstância seja “externa à conduta do agente, de caráter inevitável, a que se atribui a causa necessária ao dano” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 473). Com efeito, estipula o parágrafo único do art. 393 do Código Civil que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002).

Existem, portanto, dois elementos centrais nessa definição: a necessariedade e a inevitabilidade. No que diz respeito ao primeiro, o fato deve ser alheio à atividade praticada pelo agente, não sendo incluído em seu campo de atuação e influência, pois, se assim for, será

²⁹ Acerca do assunto, ensinam Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2021, p. 178) que “do ponto de vista prático, a diferença doutrinária entre caso fortuito ou de força maior não se reveste de qualquer serventia, tendo em vista que em ambas as hipóteses a disciplina jurídica aplicável é a mesma, o que torna a distinção verdadeiramente bizantina”.

considerado fortuito interno, o qual não exime a responsabilidade (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 176-177). A inevitabilidade, por sua vez, refere-se à impossibilidade absoluta de evitar as consequências danosas (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 475).

Cumprido ressaltar que a imprevisibilidade não constitui, obrigatoriamente, um requisito do caso fortuito ou força maior, pois eventos previsíveis também podem ser necessários e inevitáveis e vice-versa³⁰. Entretanto, deve-se admitir que, comumente, o evento, por ser imprevisível, acaba sendo também inevitável no caso concreto (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 180).

Trazendo esse aspecto para o contexto da pandemia de coronavírus, acredita-se que, a fim de se eximir da responsabilidade civil por omissão, o principal argumento do Estado - e talvez o mais convincente, diga-se de passagem -, seja exatamente o caso fortuito ou força maior. De fato, à primeira vista, seria possível argumentar que a pandemia apresenta-se como fato inevitável e imprevisível, cujas consequências ocorreriam independentemente de atitudes por parte do Estado.

Contudo, concordamos apenas em parte com tal assertiva. Realmente não se pode responsabilizar o Estado por todos e quaisquer danos advindos da pandemia, até porque, de início, seria quase que impossível conter integralmente o avanço do vírus em território nacional (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 81). Com efeito, embora já se tivesse certa noção acerca da Covid-19 e suas implicações à época que foi registrado o primeiro caso no Brasil, é de se admitir que o conhecimento que se possui atualmente, em meados de 2021, não é o mesmo que se tinha no início de 2020.

Quanto aos fatos acontecidos nesse primeiro momento, portanto, conclui-se que não seria injustificável alegar caso fortuito ou força maior, em que pese não possamos criar uma regra geral definitiva, pois cada caso deve ser analisado concretamente. Todavia, entende-se que, com o passar do tempo, mormente durante o início de 2021, tornou-se mais difícil defender a existência de tal excludente, diante de todas as evoluções técnicas e científicas que

³⁰ Quanto a fatos previsíveis que sejam inevitáveis, cita-se como exemplo o “furacão que, a despeito de previsto pelo sistema meteorológico e amplamente noticiado pela imprensa, acaba por devastar as cidades por onde passa, comprometendo, por vezes, inteiros setores econômicos da região, a impedir o adimplemento de diversos contratos celebrados pelos agentes que neles operam” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 180). Já sobre casos imprevisíveis, porém evitáveis, pode-se destacar “produtor de cacau tem a sua carga roubada durante o trajeto em direção à fábrica de chocolate adquirente do insumo; cuidando-se de obrigação fungível, o evento, posto imprevisível, necessário e irresistível, não exonera o devedor, que deverá providenciar cacau da mesma qualidade e quantidade contratadas para entregar ao comprador” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 180).

ocorreram³¹. Assim, no decurso desse período, não parece crível que o Estado ainda desconhecesse os efeitos do vírus ou não pudesse os evitar.

O que quer se mostrar é que, em última análise, a questão de caso fortuito ou força maior depende do contexto em que está inserida, inexistindo respostas definitivas:

Analizados os elementos do caso fortuito, extrai-se conclusão inafastável: **nenhum evento é considerado caso fortuito abstratamente**. Uma tempestade, um roubo, uma pandemia são casos fortuitos aptos a exonerar o agente do dever de indenizar? Depende. Há que se verificar, em primeiro lugar, se o fato realmente causou o dano cuja reparação se persegue; se ele era necessário, inevitável, irresistível para aquele agente concreto (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 180, grifo nosso)

A respeito do assunto, inclusive, está em trâmite no Senado o Projeto de Lei nº 2033/2020, que confere ao Estado responsabilidade objetiva pelos óbitos decorrentes da ausência de leitos em UTI, durante o período da pandemia. Segundo a proposta, os parentes do falecido teriam direito a indenização no importe de R\$ 60.000,00 e pensão determinada pela média das últimas doze remunerações da vítima, restando garantido um salário mínimo ao menos (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 81).

Embora seja compreensível a intenção do legislador, em propiciar à família da vítima reparo pelos danos causados, além de outros problemas, entendemos que não é possível presumir o nexo de causalidade, devendo este ser analisado caso a caso, como explicam Cícero Dantas Bisneto, Romualdo Baptista dos Santos e Carolina Amadori Cavet:

Sem adentrar na questão da tarifação do dano, que já foi numerosas vezes questionada, nota-se que o texto do projeto normativo padece de imprecisão, ao deixar de especificar a natureza da lesão a ser indenizada, além de indicar, de forma apriorística, e desconectada do caso concreto, os membros da família elegíveis a receber o montante indenizatório. Outro ponto que merece atenção é o estabelecimento de “pensão por lucros cessantes”, institutos oriundos da responsabilidade civil e do direito previdenciário. Para além disso, a proposta impõe indistintamente a reparação ao Estado, deixando de ressaltar as hipóteses em que o dano ocorreu como consequência inevitável da pandemia, sem que se possa estabelecer o nexo de causalidade entre a omissão estatal e a lesão suportada (BISNETO; SANTOS; CAVET, 2020, p. 82).

Portanto, a presença da excludente de caso fortuito ou força maior deve ser averiguada no caso em concreto, considerando as orientações científicas existentes quando da omissão,

³¹ Nesse ponto, é importante esclarecer que não se busca definir uma data exata de quando já não seria mais cabível a alegação de caso fortuito ou força maior. Pretende-se apenas estabelecer alguns parâmetros, os quais devem ser considerados de acordo com o caso concreto, como, por exemplo, o nível de conhecimento científico que estava vigente à época da omissão de determinado ato. Ademais, ressalta-se especificamente o início de 2021 (fevereiro, março e abril), pois foi o momento em que o Brasil atingiu o patamar mais alto de mortes, embora, infelizmente, estas tenham continuado na casa dos milhares nos meses seguintes.

bem como as possibilidades fáticas dos entes federados, de modo que não é possível criar uma regra a ser seguida sempre, mas apenas parâmetros de aferição.

Passando para a próxima excludente, relativa o fato exclusivo da vítima³², constata-se que este tem lugar quando o lesado acaba sendo o único e exclusivo causador do dano que sofreu, de modo que o agente será somente um aparente responsável, que servirá de mero instrumento para a ocorrência da lesão (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 477). É o que ocorre, por exemplo, no caso em que a vítima, querendo cometer suicídio, atira-se sobre um carro que passa na rodovia. Aqui se repete a observação já mencionada anteriormente: a vítima tem que ser a exclusiva responsável por seu dano, pois, se houver concorrência de condutas, não há que se falar em interrupção do nexo causal.

Aplicando tal entendimento ao contexto da pandemia de Covid-19, questiona-se: seria possível a alegação de que a vítima foi a única responsável por contrair a doença? Dito de outra forma, os danos sofridos pela pessoa lesada ocorreriam mesmo que as medidas fossem adotadas, por conta de exclusiva conduta sua? Novamente, em um primeiro momento, não é possível fornecer respostas categóricas.

Usemos de exemplo um caso, infelizmente muito comum durante a pandemia, em que um indivíduo infectado pelo coronavírus venha a falecer diante da ausência de leitos de UTI em hospital público. Seria discutível a forma que essa vítima contraiu a doença? Isto é, se ela estava cumprindo as determinações do Estado no que diz respeito à prevenção da doença, quanto a isolamento social, uso de máscara, vacinação etc. Entendemos que tais hipóteses não podem ser descartadas, em que pese não possam servir de carta branca para o Estado se eximir de toda e qualquer responsabilidade. Passemos a discorrer acerca de algumas situações.

Se a vítima cumpriu com todas as diretrizes de prevenção e combate ao coronavírus previstas pelo Estado, mesmo que estas sejam ineficientes ou até mesmo inexistentes, infere-se, pois, que não teriam motivos para sustentar fato exclusivo ou concorrente da vítima, pois esta sequer colaborou para o dano sofrido.

Já em caso de descumprimento, considera-se que existem duas possibilidades. Na hipótese de todas as medidas necessárias terem sido adotadas pelo ente público e a vítima tê-las desrespeitado, seria possível sustentar tanto a ausência de ato ilícito (todas as medidas

³² O fato exclusivo da vítima também é conhecido por “culpa exclusiva da vítima”. Há preferência pela utilização do primeiro termo para não ocorrerem confusões entre a culpa e o nexo causal. Com efeito, essas excludentes interrompem o nexo causal e nada tem a ver com o instituto da culpabilidade, tanto que são igualmente aplicáveis na responsabilidade objetiva.

foram tomadas) como o fato exclusivo da vítima (desrespeito às medidas causou a infecção pelo vírus). No caso oposto, em que as medidas foram ineficientes e ainda assim descumpridas, já seria defensável a argumentação de fato concorrente da vítima, o que será estudado também nesse capítulo.

Em síntese, entende-se que o principal aspecto da questão seja verificar a adoção das medidas por parte do Estado e o comportamento da vítima diante delas. Em caso de respeito às providências tomadas, não seria cabível a alegação de fato exclusivo da vítima. Havendo descumprimento, deve-se analisar se as medidas foram ou não adotadas. Na primeira situação, não há ato ilícito, nem nexos causal, ao passo que na segunda seria possível sustentar fato concorrente da vítima. Admite-se, entretanto, que o mais difícil diante de todas essas circunstâncias será a questão probatória, que ficará a cargo de Estado, por alegar fato impeditivo ao direito do lesado³³.

No que diz respeito ao fato exclusivo de terceiro³⁴, este ocorre quando pessoa estranha à relação original dá causa ao evento danoso (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 176). Em outras palavras, verifica-se quando a lesão não foi gerada pelo agente, mas por outra pessoa que não possui qualquer ligação com ele ou com a vítima (TARTUCE, 2018, p. 247). Nesse caso, para ser considerado excludente, o fato de terceiro precisa ser a causa única dos danos, bem como representar comportamento inteiramente estranho ao suposto responsável. Ainda, se o agente tinha condições de prever o fato de terceiro, porém não agiu para impedi-lo, não há que se falar em excludente de responsabilidade (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 483).

No mais, importante ressaltar que o termo terceiro deve ser interpretado de maneira restritiva, não podendo manter vínculo ou sofrer influência de qualquer forma sobre o agente ou a vítima (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 483). No contexto de pandemia, por exemplo, não poderia o Estado alegar que o ato de um secretário da saúde seria fato exclusivo de terceiro, posto que, conforme vimos anteriormente, o ente estatal responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos cidadãos. Diversamente, citando outra possibilidade, caso demonstre o Estado que a ausência de leitos de UTI tenha se dado em hospital privado, que não preste serviços públicos, seria sustentável o argumento de fato exclusivo de terceiro.

³³ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (BRASIL, 2015).

³⁴ O fato exclusivo de terceiro também é chamado de “culpa exclusiva de terceiro”. Como mencionamos anteriormente, preferimos utilizar o primeiro termo.

Feitos esses esclarecimentos acerca das excludentes do nexo de causalidade, passemos a analisar o fenômeno do concurso ou da concorrência de causas, também chamado de concausalidade, que ocorre quando mais de uma causa contribui para a existência do evento danoso. Em outras palavras, a concausa concorre para a produção do dano junto com a conduta que foi inicialmente imputada, alterando o processo causal já iniciado, isto é, interferindo na cadeia causal original (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 461).

Nesse contexto, estando presente o concurso de causas, a vítima ou terceiro podem ter concorrido para o dano, sendo também passíveis de responsabilização. Na primeira hipótese, a indenização será calculada considerando a parcela de envolvimento da vítima³⁵, ao passo que na segunda a responsabilidade entre os agentes será solidária³⁶. Ainda, nesse último caso, aquele que adimpliu inteiramente a reparação terá direito de regresso contra os demais coautores, os quais responderão proporcionalmente à intensidade de suas condutas individuais (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 462).

Com efeito, a regra entre os envolvidos no evento danoso é a solidariedade, sendo cabível o direito de regresso, conforme aponta Flávio Tartuce:

A regra, portanto, continua sendo a solidariedade entre todos os envolvidos com o evento danoso em casos de concausalidade dos agentes (coparticipação para o prejuízo). Melhor explicando, a responsabilidade perante a vítima ou credor, na chamada relação externa, é solidária, podendo ele demandar um, alguns ou todos os deveres, como bem entender (art. 275 do Código Civil). Sendo satisfeita patrimonialmente a vítima, os devedores, internamente e na via regressiva, podem demandar um ou outro de acordo com a sua contribuição causal para o evento danoso. Nesse sentido, reitere-se o teor do Enunciado n. 453 da V Jornada de Direito Civil (2011), segundo o qual, “na via regressiva, a indenização atribuída a cada agente será fixada proporcionalmente à sua contribuição para o evento danoso” (TARTUCE, 2018, p. 237).

Ademais, a fim de aferir a existência de concausalidade, é necessário verificar se existem múltiplas causas, todas adequadas à produção do dano, sem predominância de uma sobre as demais. Caso contrário, existindo apenas uma causa preponderante para a geração do dano, capaz de excluir as demais, não há que se falar em concausalidade. Em síntese, portanto, pode-se afirmar que, para que ocorra a concausalidade, entre duas ou mais causas, o

³⁵ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002).

³⁶ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação” (BRASIL, 2002).

dano deve ser a consequência de ambas, na forma de um amálgama finalístico (MARTINS-COSTA, 2013, p. 46).

Ainda, leciona Judith Martins-Costa (2013, p. 47) que existem cinco grandes grupos de hipóteses de concausalidade, que ocorrem quando: i. os fatos causadores do dano são concomitantes; ii. os fatos são sucessivos, porém sem rompimento causal pelo fato posterior quanto ao anterior; iii. o fato posterior se une às condições pré-existentes, inclusive de aspecto pessoal da vítima, sendo que nenhuma, por si só, é capaz de causar o dano; iv. a vítima concorre para a produção do dano, somando sua ação ou omissão a fato diverso de outrem; e, v. o dano decorre de apenas uma causa, mas a extensão do dano se vincula à forma de agir da vítima³⁷.

Entretanto, devem ser feitos alguns apontamentos acerca dessas definições. No que diz respeito à terceira hipótese, de predisposições patológicas da vítima, conforme aponta Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 75), os autores vêm admitindo que não se tratam de causas concorrentes para o mesmo dano, mas sim de duas causas para dois danos diversos. Assim, cita o exemplo de um indivíduo que já possuía 30% de incapacidade em um braço e, após um acidente, essa incapacidade passa a ser de 80%. Nesse caso, o agente responderá apenas pelos 50% de incapacidade causada pelo acidente, de modo que cada agente indenizará a inaptidão que gerou.

Trazendo outro exemplo relativo ao contexto atual, imaginemos uma pessoa que, infectada pelo coronavírus, acabe não recebendo o tratamento adequado em hospital público, ficando com sequelas respiratórias. Contudo, esse paciente já possuía comorbidade que dificultava sua respiração, de modo que o atendimento impróprio apenas a agravou. Nessa hipótese, seria necessária perícia para identificar a influência causal de cada fator na produção do dano final que ocasionou a incapacidade, o que geralmente é rejeitado pela jurisprudência e pela doutrina (SILVA, 2013, p. 75-76).

Com efeito, é importante ressaltar que, no ordenamento jurídico nacional especificamente, a posição majoritária é no sentido de inadmitir as predisposições patológicas,

³⁷ A autora cita um exemplo acerca de cada caso, que mencionaremos aqui para maior compreensão: i. a empresa que compra mudas de plantas cítricas para plantação e revenda, descobrindo, contudo, que são defeituosas; no entanto, ao final comprova-se que, além de defeituosas, as plantas não estavam sendo bem tratadas no viveiro da empresa; ii. o acidentado que chega ao hospital em estado gravíssimo, porém não é atendido com presteza; iii. um empregado que vem desenvolver cegueira durante contrato de trabalho, demonstrando-se que, embora tivesse predisposição para a doença, esta se desenvolveu pois a empregadora não forneceu os equipamentos necessários; iv. a empreiteira que danifica o muro divisório com outro prédio, porém essa parede também estava sendo prejudicada pela própria construção do condomínio; e, v. o paciente a quem foi ministrado certo medicamento com a recomendação de retorno ao consultório, porém este começa a passar mal e deixa também de retornar ao médico, agravando os danos em seu organismo (MARTINS-COSTA, 2013, p. 47-49).

cabendo ao agente indenizar o dano sofrido pela vítima em sua totalidade (SILVA, 2013, p. 76).

Outro aspecto interessante a se discutir é a possibilidade de causa concorrente entre conduta comissiva ou omissiva do agente e fato da natureza. Assim como leciona Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 76), somos pelo posicionamento de que caso fortuito ou força maior não se presta a minorar a responsabilidade, mas apenas excluí-la. De fato, havendo concorrência com fatos da natureza, em que estes não possam ser considerados como causa exclusiva do dano, o agente responde de forma integral pelo prejuízo causado.

E não podia ser diferente, uma vez que a própria legislação visa proteger a vítima na hipótese de concausalidade, estipulando o art. 945 do Código Civil que “se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Logo, mesmo que se admita a concausalidade com fatos naturais, quem indenizará completamente a vítima é o agente humano, de modo que esta não deverá suportar parte do dano sofrido³⁸.

Nesse sentido, entende-se que, em caso de sustentação por parte do Estado de caso fortuito ou força maior diante da pandemia de coronavírus, esta só poderá servir para excluir o nexos causal e não para minorar a indenização devida, posto que, em hipótese de concausalidade, o dano deverá ser reparado integralmente.

Feitos esses esclarecimentos, acreditamos que os exemplos citados anteriormente, quando tratamos das excludentes do nexos causal, podem também ser utilizados para compreensão da concorrência de causas no contexto da pandemia, desde que, é claro, o prejuízo em questão seja ocasionado por mais de um agente além do Estado, incluindo a própria vítima. Nesse último caso, chegou-se a mencionar a hipótese de insuficiência da implementação de medidas preventivas e o desrespeito da vítima com relação a estas, o que poderia resultar, no caso concreto, em concausalidade por omissão do Estado e ação do lesionado. Assim, a indenização será minorada considerando a conduta praticada pela vítima.

Ainda, se por algum acaso o dano seja gerado não só pelo ente estatal, mas também por um terceiro, não sendo fato exclusivo deste, ambos serão responsáveis pelo prejuízo, de forma solidária. Caso um dos agentes cumpra integralmente com o débito, terá direito de

³⁸ De forma diferente, conforme aponta Rafael Peteffi da Silva ao citar José de Aguiar Dias, já se decidiu pelo compartilhamento da responsabilidade entre o agente e o fato natural (DIAS, 1997, p. 692 apud SILVA, 2013, p. 77). Na hipótese em questão, um Acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tratando da responsabilidade civil do Estado por omissão, diante da ruína de edifício por habituais chuvas torrenciais, concluiu pela “culpa” da administração, “culpa” de terceiro e força maior. Dessa forma, os réus deveriam pagar 20% da indenização e os 80% restantes deveriam ser suportados pelas vítimas, posto que causados por força maior e, conseqüentemente, impossível a imputação à vítima ou aos réus.

regresso contra o coautor, que responderá de acordo com a intensidade de sua conduta individual.

Dito tudo isso, é importante ressaltar que, conforme já mencionado, o nexo causal, bem como suas excludentes e concausas, no aspecto da conduta omissiva, possui problemas mais graves e de maior dificuldade teórica do que em outros casos de responsabilidade civil. Com efeito, se já é tarefa árdua analisar o nexo causal na responsabilidade civil por ação do Estado, pior ainda quando o assunto é a responsabilidade por conduta omissiva, conforme esclarecem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal, citando Ludwig Enneccerus:

Como afirmar, com razoável segurança, que o dano está ligado à omissão do Estado? Nesse ponto, como em qualquer outro da responsabilidade civil, as respostas não podem ser apriorísticas e peremptórias, dependem sempre do caso concreto. ENNECCERUS, notável jurista alemão, certa vez desabafou: “A difícil questão de saber até onde vai o nexo causal não pode se resolver nunca, de maneira plenamente satisfatória, mediante regras abstratas, mas em casos de dúvida o juiz há de resolver segundo sua livre convicção, ponderando todas as circunstâncias, segundo lhe faculta o parágrafo 287 da LPC” (ENNECCERUS, 1954 apud FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1059).

De fato, a temática do nexo causal em casos de omissão do Estado não é pacífica na jurisprudência, sendo que na maior parte das situações predomina o subjetivismo e a casuística, o que provavelmente não será diferente quando o assunto for a responsabilidade estatal por omissões na pandemia (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 1060). Como a temática ainda é muito recente, os tribunais ainda não chegaram a analisá-la especificamente. Assim, a fim de se possuir algum parâmetro, entende-se que é necessário verificar, em cada caso, se há ou não nexo de causalidade, conforme as teorias apontadas - com maior destaque a para a causalidade adequada em sua forma mitigada -, bem como as excludentes e concausas discutidas.

Na sequência, será discutida a análise do resultado danoso como requisito da responsabilidade civil.

3.1.3 Dano

O dano é elemento central da responsabilidade civil, sem o qual não seria possível falarmos em indenização ou ressarcimento. Como bem revela Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 76-77), “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem

dano”. Com efeito, a obrigação de indenizar só se faz presente quando alguém pratica um ato ilícito e causa dano a outrem, conforme estipula o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), *causar dano a outrem*, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Portanto, não é suficiente o risco de dano ou a conduta ilícita. Mesmo que o ato seja culposo e até mesmo doloso, se não houver dano, inexistente dever de indenizar, uma vez que não há lesão a ser reparada. A lógica é simples: o objetivo da responsabilidade civil é reparar o prejuízo sofrido pela vítima e retorná-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito; se inexistiu qualquer prejuízo, não há o que ressarcir (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Assim, conforme explica o referido autor, se o motorista de um veículo atravessa em sinal vermelho, porém não atropela ninguém ou bate em outro automóvel, não há que se falar em responsabilidade civil. No mesmo sentido, se o prédio desmorona por ausência de conservação por parte do proprietário, mas não atinge pessoas ou bens, igualmente inexistente o dever de reparar (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Dessa forma, embora exista crescente corrente doutrinária que defenda a ocorrência de responsabilidade civil pela mera lesão a direitos³⁹, entendemos que não há obrigação de indenizar sem a presença de dano (TARTUCE, 2018, p. 267).

Mas o que seria o dano? Existem duas correntes que buscam conceituá-lo. Tradicionalmente, o dano é entendido pelo seu resultado naturalístico, como consequência negativa e ligado à ideia de prejuízo. A essa definição deu-se o nome de “teoria da diferença”, segundo a qual o dano seria o resultado da diferença entre o status da vítima antes do evento danoso e depois de sua ocorrência (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 73).

Embora tal conceituação abarcasse a maioria dos danos, com a ascensão do dano moral acabou por tornar-se insuficiente, passando a ser utilizada a definição do dano como lesão a interesse jurídico tutelado, de acordo com a subtração ou diminuição de um bem jurídico (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77). Assim, busca-se abranger não só o patrimônio, mas também bens imateriais, como a saúde, a honra, a vida etc. (GONÇALVES, 2021, 143).

Contudo, acreditamos que ambas as teorias possam ser conciliadas, sendo necessários tanto o prejuízo como a lesão jurídica a um bem tutelado para a constituição do dano,

³⁹ A respeito do assunto, Pablo Malheiros da Cunha Frota (2013, p. 210-211) trata da responsabilidade sem dano sob a nomenclatura de “responsabilidade pressuposta”, defendendo que a responsabilidade por danos seria pressuposta, uma vez que anterior à concretização do prejuízo, abrangendo “os danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela – de precaução, de prevenção (ex.: CDC, art. 84; CPC, art. 461) e (ou) de reparação”.

conforme apontam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Para que o dano venha a ser sancionado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, para que a legislação autorize aquele que sofreu a exigir do responsável uma indenização, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que a vítima demonstre que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse jurídico tutelado do qual seja ela o titular (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 230).

No caso de danos causados pelo Estado no contexto da pandemia, portanto, incumbe à vítima demonstrar o prejuízo sofrido, bem como o interesse jurídico violado, para que assim esteja presente o requisito dano. Por exemplo, se estivermos tratando de um caso de falecimento por ausência de leito em hospital público, tanto o prejuízo (morte), como o bem jurídico afetado (a vida), mostram-se presentes, de modo que existente o dano. Igualmente, se faltam máscaras aos profissionais da saúde em âmbito público e estes se contaminam com a doença, ficando com sequelas respiratórias, também restam demonstrados o prejuízo (sequelas) e o interesse jurídico violado (a saúde).

Superado esse ponto, passemos a discutir as divisões doutrinárias acerca do dano. Inicialmente, este se divide em material/patrimonial e moral/extrapatrimonial. O primeiro, como o próprio nome diz, refere-se à lesão causada aos bens integrantes do patrimônio da vítima, compreendido como o conjunto de relações jurídicas da vítima, apreciadas economicamente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Ainda, o dano material subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. De forma simples, afirma-se que o dano emergente é tudo que efetivamente se perdeu, ao passo que o lucro cessante representa aquilo que se razoavelmente deixou de lucrar. É o que prevê o art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL, 2002).

A quantificação do dano emergente não comporta grandes problemas, visto que basta verificar a diferença do valor do bem danificado antes do ato ilícito e depois dele. Em caso de acidente de trânsito, havendo perda total do veículo, o dano emergente será o valor deste; em se tratando de perda parcial, será o preço gasto para o conserto (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

O lucro cessante, por sua vez, merece maiores cuidados, por tratar-se de consequência futura de um fato já ocorrido. O taxista que deixou de trabalhar em razão de um acidente automobilístico, por exemplo, deve ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 80). Nesse sentido, a quantificação da reparação pode ser feita de duas formas: pela verificação de performances pretéritas, isto é, com base na média dos ganhos de determinado período; e, pela média de mercado, se não for possível analisar os lucros anteriores.

Trazendo esse assunto para a temática do presente trabalho, utilizemos o exemplo mencionado anteriormente, da ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual adequados a profissionais da saúde em hospital público. Digamos que o profissional demonstre que a infecção se deu por essa razão e que, por conta disso, deixou de atender pacientes em seu consultório particular. Nesse caso, poderá demandar a indenização por lucros cessantes, diante do que razoavelmente deixou de lucrar.

Quanto aos danos morais, segundo Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2021, p. 85-86), existem duas grandes correntes que o conceituam: a subjetiva e a objetiva. No primeiro caso, relaciona-se o dano moral a consequências negativas, que dizem respeito ao sofrimento causado à vítima, como dor, humilhação, desconforto etc., superando-se o que se conhece como “mero aborrecimento”. Já a segunda corrente compreende o dano moral como lesão a direito da personalidade, independentemente do impacto que tenha sido gerado à vítima.

Em que pese a teoria subjetiva seja compreensível, tendemos a nos posicionar a favor da objetiva, uma vez que, em diversas hipóteses o dano moral não está relacionado à reação psíquica da vítima, conforme explicam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

[...] aproximar o dano moral do desprazer, raiva e rancor que a lesão acarretou acaba por deslegitimar a pretensão da reparação por dano moral por indivíduos que são incompetentes para expressar tais manifestações, como o nascituro, crianças de tenra idade, pessoas portadoras de transtornos mentais ou em situação de inconsciência. Ou alguém duvida em sã consciência que um estupro sofrido por uma paciente hospitalar em estado comatoso não se configure dano extrapatrimonial, mesmo que incapaz de revelar sinais de dor, mágoa ou depressão? (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 292).

No mais, relativo ao arbitramento do dano moral, embora não seja um assunto pacífico, uma vez que o Código Civil de 2002 não trouxe critérios específicos nesse sentido, os magistrados brasileiros tendem a adotar alguns parâmetros: i. o grau de culpa ou dolo do

agente; ii. a capacidade econômica do ofensor e da vítima; iii. a intensidade do sofrimento da vítima; iv. o lucro auferido pelo agente; v. as condições pessoais do ofendido; e, vi. a dimensão do dano (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 180).

Relacionando tais aspectos ao tema do nosso trabalho, em todos os exemplos que citamos até o momento, a vítima ou seus herdeiros (em caso de falecimento)⁴⁰ podem pleitear danos morais, inclusive cumulados com danos materiais, conforme expõe a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 1992). Portanto, no caso do profissional da saúde que não pode atender em seu consultório particular, por conta da infecção, será possível também o pedido de danos morais.

Dito tudo isso, mostra-se também fundamental o estudo acerca um instituto autônomo no que diz respeito ao quesito dano: a perda de uma chance. Esta consiste na perda de uma situação jurídica determinada, seja de obter futura vantagem ou de evitar determinado prejuízo por conta da prática de ato ilícito (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 254). O que se indeniza, nesse caso, não é o resultado final, mas sim a própria chance arruinada, que pode ser individualizada como um bem jurídico específico, independente e passível de valoração.

Por exemplo, se um advogado acaba perdendo o prazo para interpor determinado recurso de apelação, de modo que a sentença se mantém improcedente em desfavor de seu cliente, este não terá direito à indenização pela perda do processo, mas sim pela perda da chance de vitória processual. Com efeito, veja-se que, mesmo que fosse interposto recurso tempestivo, ainda assim não teríamos certeza de que a vítima ganharia o processo; contudo, pode-se afirmar que ela perdeu essa chance.

Para que seja demonstrada a ocorrência do referido instituto, conforme explana Rafael Peteffi da Silva (2020, p. 84), são necessários alguns requisitos. De início, a chance perdida deve ser séria e real, posto que não se indeniza chance hipotética. Assim, devem existir elementos concretos que demonstrem que, caso o ato ilícito não tenha ocorrido, haveria a real chance de obter futura vantagem ou evitar certo prejuízo.

A quantificação da chance perdida, por sua vez, será sempre menor do que o valor do dano final, tanto no que diz respeito ao dano material como ao dano moral (SILVA, 2020, p. 90). No caso concreto, deve-se calcular quanto valeu a chance perdida em termos percentuais, com base no importe do próprio resultado final, se esse viesse a ocorrer. Ainda, deve haver a

⁴⁰ Conforme prevê o art. 943 do Código Civil: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança” (BRASIL, 2002).

perda definitiva da vantagem esperada, caso contrário ocorrerá apenas um aumento do risco, isto é, da possibilidade de suceder o dano (SILVA, 2020, p. 96).

Sintetizando todo o exposto, dispõe o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (BRASIL, 2011).

No que diz respeito à omissão do Estado diante da pandemia, acredita-se que um caso bem específico possa se encaixar no instituto da perda de uma chance. Chegou-se a mencionar anteriormente a hipótese de falecimento por ausência de leito de UTI, diante da insuficiência das medidas adotadas pelo Estado. Nessa situação, contudo, o ente público responderia pelo resultado morte ou pela chance perdida de sobrevivência da vítima? Questiona-se isso porque, mesmo com o atendimento adequado e com leitos disponíveis, ainda assim o paciente poderia vir a falecer, por conta de complicações da doença.

Com efeito, estudos mais recentes apontam que, de cada dez pacientes intubados com coronavírus no Brasil, oito deles falecem na UTI, chegando a taxa de mortalidade de 80% (O GLOBO, 2021a). Entretanto, as mesmas pesquisas indicam que essa letalidade não diz respeito somente à evolução da doença, mas também a omissões por parte do Estado, conforme expôs, em entrevista ao jornal O Globo, o professor de medicina e atuante nas linhas de frente do combate ao coronavírus, Leonardo Azevedo:

[...] morre-se mais com Covid nas UTIs brasileiras graças à longa espera nas filas de leitos, ao controle inadequado de comorbidades, como diabetes, e à falta de pessoal qualificado. Soma-se a isso o atraso na ida às emergências de pacientes que acreditam combater a doença com remédios como a ivermectina e a cloroquina, comprovadamente ineficazes contra a doença (O GLOBO, 2021a).

Portanto, na específica situação de ausência de leitos, na qual o paciente acaba por falecer na fila de espera, entendemos que deve ser analisado, no caso concreto, se o ato omissivo do Estado causou, efetivamente, a morte do paciente, hipótese em que deverá indenizar o resultado final, ou se a vítima apenas perdeu a chance de sobreviver, de modo que será reparada apenas a oportunidade arruinada.

Desde já, todavia, ressalta-se que, nessa última situação, a quantificação do dano provavelmente será de difícil cálculo, uma vez que se faz necessário demonstrar a porcentagem de chance de sobrevivência e os dados que possuímos até o momento dizem

respeito à realidade brasileira. O ideal, nesse caso, seria saber qual a probabilidade de sobrevivência de um paciente com coronavírus ao ser intubado em condições de atendimento adequado e profissionais treinados para tanto, a fim de que possamos utilizar como parâmetro para o cálculo da chance perdida.

4 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se avaliar a temática da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas no contexto da pandemia de Covid-19, a fim de inferir se seria possível responsabilizar o ente estatal pela não adoção das medidas necessárias de prevenção e combate à doença, causando eventuais danos a terceiros.

Inicialmente, analisaram-se os parâmetros gerais da responsabilidade civil do Estado, sendo explorada a evolução histórica da matéria, as teorias por trás de seus fundamentos (risco administrativo e integral), bem como os elementos presentes no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Nessa primeira parte, portanto, conclui-se pela aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, conforme o dispositivo constitucional e com base na fundamentação da teoria do risco administrativo, admitidas as excludentes de causalidade.

Na sequência, passou-se a averiguar os requisitos da responsabilidade civil estatal por conduta omissiva, dando maior enfoque para a grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade de culpa para caracterização do dever de indenizar. Assim, foram estudadas as teorias subjetiva e objetiva no âmbito da responsabilidade do Estado por omissão, a fim de identificar se esta prescinde de culpa. A resposta, nesse caso, foi positiva, uma vez que, dentre outros motivos, o artigo constitucional não fez qualquer diferenciação entre responsabilidade por ato comissivo e omissivo.

Por conseguinte, ao concluir-se pela aplicabilidade da responsabilidade objetiva aos casos de conduta omissiva por parte do ente estatal, seguiu-se à exposição de algumas decisões paradigmáticas dos tribunais superiores, mormente no que diz respeito a danos causados a integridade física de detentos e a alunos em estabelecimento de ensino público.

Encerrado o primeiro capítulo, já na segunda seção do presente estudo, objetivou-se examinar a aplicação dos elementos da responsabilidade objetiva no contexto da pandemia de coronavírus. De início, fez-se um breve resumo sobre a situação pandêmica vivenciada pela população mundial, com efeitos devastadores também sobre a sociedade brasileira, passando-se, em seguida, à análise de cada um dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil por omissão estatal, quais sejam, o ato ilícito, o nexo causal e o dano.

Em cada subitem, foram ressaltados os principais aspectos de cada elemento, relacionando-os com casos concretos que possam vir a ensejar a responsabilidade estatal diante da pandemia de Covid-19. Quanto ao ato ilícito, atingiu-se a conclusão de que este restará presente quando o Estado não adotar ou adotar de forma insuficiente as medidas de

prevenção e combate à doença, o que pode ser mensurado de acordo com as análises técnicas elaboradas por especialistas e cientistas da área.

Ao tratar-se do nexo causal, por sua vez, optou-se pela adoção da teoria da causalidade adequada mitigada, sendo cabíveis tanto excludentes como concausas. Nesse contexto, destacou-se que a pandemia, por si só e *a priori*, não constitui caso fortuito ou força maior, sendo necessária a averiguação do caso em concreto. Ainda, outros apontamentos foram feitos acerca do fato exclusivo da vítima e de terceiro, bem como das hipóteses de concausalidade, chegando-se a idêntica conclusão de que a análise deve ser feita caso a caso, conforme os parâmetros indicados.

Ainda, no que diz respeito ao dano, salientou-se a importância de tal requisito para a caracterização de qualquer tipo de responsabilidade civil, inclusive estatal, à medida que o objetivo do instituto é reparar a lesão sofrida pela vítima. Após alguns conceitos acerca de dano material e moral, realizou-se uma investigação breve acerca da teoria da perda de uma chance diante de omissões na pandemia, inferindo-se sua possível aplicação, também a ser averiguada na situação concreta.

No decorrer da pesquisa, pretendeu-se responder ao questionamento: o Estado pode ser responsabilizado? Como resposta, constatou-se que é possível, desde que presentes os elementos que constituem a responsabilidade civil do Estado, isto é, ato ilícito, nexo de causalidade e dano. De fato, embora não se possam imputar todos os prejuízos da pandemia ao ente estatal, há certos casos que, por possuírem todos os requisitos mencionados, ensejam a obrigação de indenizar do Estado.

Assim, ressalta-se que não existem, *a priori*, excludentes que impeçam a responsabilização estatal, até porque estas devem ser verificadas caso a caso e conforme conceitos e parâmetros discutidos ao longo do trabalho. Igualmente, não se pode afirmar que o Estado deve indenizar todo e qualquer prejuízo ocorrido no período de pandemia, pois isso também precisa ser analisado na situação específica, com base nos requisitos da responsabilidade civil por omissão estatal.

Portanto, o objetivo não é exigir que o Estado sirva como um segurador universal, mas apenas que assuma as consequências danosas causadas por suas condutas omissivas durante a pandemia de Covid-19. Conforme já mencionado anteriormente, as omissões devem ser tratadas com a mesma seriedade que tratamos os atos comissivos, pois, de fato, várias delas podem levar até mesmo à morte da vítima, como comumente ocorreu, infelizmente, no decorrer da pandemia.

No mais, importante reiterar que a presente pesquisa não possuiu a pretensão de esgotar a temática, mas apenas de fornecer alguns parâmetros para a responsabilização estatal, bem como fomentar o debate acerca do assunto. Com efeito, ainda há muito a se tratar sobre a responsabilidade do Estado por omissão diante da pandemia e, certamente, em um futuro breve, devem surgir mais decisões e trabalhos a respeito da matéria.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. **Associação Médica Brasileira diz que uso de cloroquina e outros remédios sem eficácia contra Covid-19 deve ser banido.** 2021.

Disponível em: <https://amb.org.br/noticias/associacao-medica-brasileira-diz-que-uso-de-cloroquina-e-outros-remedios-sem-eficacia-contr-covid-19-deve-ser-banido/>. Acesso em 19 jun. 2021.

BISNETO, Cícero Dantas; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado e pandemia da COVID-19. **Revista Iberc**, [S.L.], v. 3, n. 2, p. 71-92, 10 jul. 2020. Disponível em:

<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/111>. Acesso em 21 jun. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 444, V Jornada de Direito Civil.

Brasília, DF de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2011. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362>. Acesso em 18 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

Acesso em 24 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**.

Rio de Janeiro, RJ. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 24 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

Acesso em 24 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,

DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em 01 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de outubro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da**

União. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

Acesso em 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 29 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou

eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm. Acesso em 4 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 7 jul. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 14 mai. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em 21 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Covid-19 no Brasil**. 2021a. Disponível em: https://qsprod.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Acesso em 19 jun. 2021.

BRASIL. **Súmula nº 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Brasília, DF, 17 mar. 1992. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2006_3_capSumula37.pdf. Acesso em 18 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.133.257. Recorrente: Ozinaldo Félix de Araujo. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 27 de outubro de 2009b. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2 fev. 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900649079&dt_publicacao=02/02/2010. Acesso em 27 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.325.523. Agravante: Município de São José do Rio Preto. Agravado: Rodrigo Antonio Pereira da Silveira. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário da Justiça**. Brasília, 5 jun. 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=11777872&tipo_documento=documento&num_registro=201001203854&data=20100902&formato=PDF. Acesso em 28 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 494.206. Recorrente: Associação dos Amigos do Hospital Mário Penna. Recorrido: Maria Carmelita Trindade. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário da Justiça**. Brasília, 18 dez. 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201706956&dt_publicacao=18/12/2006. Acesso em 28 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 6 de maio de 2020c. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 21 de maio de 2020d. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 299.125. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Vicente Ferreira dos Santos. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 out. 2009a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho119786/false>. Acesso em 28 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia:** não é verdadeira a afirmação, em redes sociais, de que a suprema corte proibiu o governo federal de atuar no enfrentamento da covid-19. 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em 19 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.615. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrida: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**. Brasília, 02 ago. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117973/false>. Acesso em 28 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608.880. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorrido: Maria Regina Straliootto Lebttag e outro. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432834/false>. Acesso em 28 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: VJ de Q. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352983/false>. Acesso em 28 mai. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 559 p.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1273 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1433 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 614 p.

CNN BRASIL. OMS: **Hidroxicloroquina não funciona contra Covid-19 e pode causar efeito adverso**. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2021/03/02/oms-cloroquina-nao-funciona-contr-a-covid-19-e-pode-causar-efeitos-adversos>. Acesso em 19 jun. 2021.

COCHRANE. **A cloroquina ou a hidroxicloroquina são úteis para tratar pessoas com COVID-19, ou para prevenir a infecção em pessoas que foram expostas ao vírus?** 2021. Disponível em: https://www.cochrane.org/pt/CD013587/INFECTN_cloroquina-ou-hidroxicloroquina-sao-uteis-para-tratar-pessoas-com-covid-19-ou-para-prevenir-infeccao. Acesso em 19 jun. 2021.

COSTA, Jonathas. Correio do Povo. **Retrospectiva 2020: A pandemia: em 2020, o mundo foi confrontado com um dos maiores desafios dos últimos 100 anos**. 2020. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/especial/retrospectiva-2020-a-pandemia-1.546071>. Acesso em 19 jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020. 1968 p.

FARENA, Duciran van Marsen. Direito à saúde, princípio da precaução e a pandemia de Covid-19. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al (org.). **Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do ministério público da união**. Brasília: Esmpu, 2020. p. 131-150. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em 20 jun. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 1276 p.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. 2013. 274 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf;sequence=1>. Acesso em 17 jul. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Entenda a CPI da Covid e seus poderes e veja a lista de senadores que compõem a comissão: além de apurar ações e omissões do governo bolsonaro, comissão trata de repasses de verbas federais para estados e municípios**. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/entenda-como-funciona-uma-cpi-e-os-poderes-da-comissao-que-investigara-aco-es-na-pandemia-da-covid.shtml>. Acesso em 19 jun. 2021.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, 10 abr. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45692/45070>. Acesso em 22 mai. 2021.

GARCIA, Mariana. '**Não existe mais grupo de risco para a Covid-19**': entenda por que cientistas defendem alerta amplo, sobretudo para os mais jovens. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/17/nao-existe-mais-grupo-de-risco-para-a-covid-19-entenda-por-que-cientistas-defendem-alerta-amplo-sobretudo-para-os-mais-jovens.ghtml>. Acesso em 19 jun. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 222 p.

LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos dos seus agentes. **O Alferes**, Belo Horizonte, v. 7, n. 22, p. 69-99, jul/set. 1989. Trimestral. Disponível em: <https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/index.php/alferes/issue/view/58>. Acesso em 22 mai. 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1396 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Provocações canelenses acerca da concausalidade. **Conversas Sobre Arbitragem**: cadernos para debate n. 5. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2013, p. 45-59.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 444 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 975 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1150 p.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. **5 Perguntas e respostas sobre grupos de risco da Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/84-grupos-de-risco-para-covid-19>. Acesso em 19 jun. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 413 p.

O GLOBO. **De cada dez pacientes intubados com Covid-19 no Brasil, oito deles morrem na UTI**. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/de-cada-dez-pacientes-intubados-com-covid-19-no-brasil-oito-deles-morrem-na-uti-24945459>. Acesso em 18 jul. 2021.

O GLOBO. **Linha do tempo mostra os principais fatos da pandemia no Brasil:** primeiro caso da covid-19 no país foi registrado há um ano. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/linha-do-tempo-mostra-os-principais-fatos-da-pandemia-no-brasil-24897725>. Acesso em 19 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Organização Mundial da Saúde. **Folha informativa sobre COVID-19.** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 19 jun. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 402 p.

PINTO, Helena Elias. Critérios de imputação da responsabilidade civil por omissão estatal. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2016, Brasília. Anais. Florianópolis: **CONPEDI**, 2016. p. 137-155. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/y0ii48h0/t816a7z4/b65tYnY1jv6bMtwl.pdf>. Acesso em 22 mai. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 939 p.

SANAR SAÚDE. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil.** 2020. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em 19 jun. 2021.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 18, n. 6, p. 169-214, mar. 2019. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/568>. Acesso em 19 jun. 2021.

SILVA, Rafael Peteffi da. Consolidação dos requisitos de aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito brasileiro. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). **Novos danos na pós modernidade.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. Cap. 3. p. 77-104.

SILVA, Rafael Peteffi da. Pontos para debate sobre concausalidade e quantificação de danos. **Conversas Sobre Arbitragem:** cadernos para debate n. 5. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2013, p. 65-78.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Método, 2018. 1115 p.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil:** responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 578 p.