

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 43 | JANEIRO / ABRIL 2021

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



**Newton**

# EM BUSCA DE UMA RESPONSABILIDADE RAZOÁVEL, SOLIDÁRIA E PROPORCIONAL DO ESTADO EM TEMPOS DE COVID-19

## IN SEARCH OF A REASONABLE, SOLIDARY AND PROPORTIONAL STATE LIABILITY IN COVID-19 TIMES

Eugênio Facchini Neto<sup>1</sup>

**RESUMO:** A enorme ameaça representada pela pandemia da COVID-19 exigiu do governo a adoção de inúmeras medidas para enfrentar os riscos à saúde dos brasileiros, alocando aparelhos, medicamentos e pessoal técnico. Para tentar diminuir o ritmo do crescimento da doença e, com isso, evitar o colapso do sistema de saúde, outras medidas se fizeram necessárias, como a proibição de funcionamento de inúmeros estabelecimentos, industriais, comerciais e de prestação de serviços. Essas medidas acarretaram prejuízos econômicos a milhões de brasileiros, cujo impacto o governo tentou reduzir com outras medidas de apoio financeiro emergencial. Apesar de todos os esforços, danos econômicos inevitavelmente ocorreram, da mesma forma que em determinados momentos, muitos brasileiros faleceram sem terem tido a oportunidade de acesso ao tratamento adequado. Este artigo analisa se esses danos – tanto os econômicos, quanto os danos à saúde – podem ser indenizados, a que título e sob que condições. Como hipótese de trabalho, sugere-se que, salvo exceções, os danos econômicos não devem ser indenizados, ao passo que os danos à saúde, na hipótese focada no texto, podem vir a ser indenizados, mas apenas proporcionalmente.

**Palavras-chaves:** covid-19; responsabilidade civil do estado.

**ABSTRACT:** The enormous threat posed by the COVID-19 pandemic required the government to adopt numerous measures to address the health risks of Brazilians, allocating devices, medicines and technical personnel. In order to try to slow down the growth rate of the disease and, thus, avoid the collapse of the health system, other measures were necessary, such as the ban on the operation of numerous industrial and commercial establishments. These measures have caused economic losses to millions of Brazilians, whose impact the government has tried to reduce with other measures of emergency financial support. Despite all efforts, economic damage inevitably occurred, just as at certain times, many Brazilians died without having the opportunity to access adequate treatment. This article analyzes whether these damages – both economic and health damages – can be compensated, under what title and under what conditions. As a working hypothesis, it is suggested that, with exceptions, economic damages should not be compensated, while health damages, in the hypothesis focused on the text, may be compensated, but only proportionally.

**Keywords:** covid-19; state civil liability in tort.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze/Itália. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor Titular dos Cursos de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito da PUC/RS. Professor e ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será tristemente inesquecível para todos. Será o ano em que as rotinas de bilhões de pessoas foram alteradas. Infindáveis horas de confinamento social, paralisia temporária de boa parte das atividades econômicas. Ano de angústia, perplexidade, medo, insegurança, dúvidas. Essas as sensações que tomaram conta de nossos espíritos especialmente durante os momentos iniciais desta pandemia. Mas essas sensações negativas também foram acompanhadas, em um momento posterior, por sentimentos mais leves, de esperança na proteção de uma vacina, de orgulho do engenho humano e da capacidade da ciência de, em tão pouco tempo, avançar tão significativamente na identificação e conhecimento do vírus, suas formas de propagação e no desenvolvimento de tecnologias tendentes ao desenvolvimento de uma vacina. Sentimentos positivos também vieram ao percebermos que, forçados a mudar hábitos e rotinas, há outras formas, além daquelas a que estávamos acostumados, de trabalhar, de lecionar, de se comunicar. Plataformas digitais permitiram que se trabalhasse em casa, que se lecionasse praticamente sem perda de qualidade, que se assistissem palestras e conferências originadas dos locais mais remotos, sem custos, que se realizassem reuniões de trabalho, sem perdas de tempo com deslocamento, etc. Algumas mudanças na forma de trabalhar e de se comunicar permanecerão conosco, mesmo quando não mais for uma questão de necessidade. Novas formas de comércio e de prestação de serviços surgiram. Enfim, a pandemia também foi sinônimo de oportunidade para alguns.

Para outros setores de atividade e para uma infinidade de pessoas, porém, o ano só deixou marcas negativas. Incontáveis negócios foram fechados. Milhões de empregos se perderam, muitos dos quais de forma irreversível. E milhões de pessoas morreram, em escala global, sem contar os afetados pela doença que ficarão com sequelas. Só no Brasil, no momento que escrevo essas linhas, aproxima-se da marca dos cento e trinta mil cidadãos mortos, o que afeta um número muito maior de pessoas, quando se incluem os familiares, amigos, dependentes econômicos.

Pode o Estado (em sua ampla acepção) ser considerado responsável civilmente pelos danos econômicos sofridos por milhares de agentes econômicos, que tiveram que fechar suas atividades empresariais em razão de determinações governamentais? Podem as pessoas que perderam seus empregos ou foram compelidos a pararem de trabalhar autonomamente pretender alguma reparação econômica do Estado, em razão das medidas restritivas adotadas pelo governo? Podem os familiares das pessoas faleceram em razão da COVID-19 pretender alguma compensação do Estado?

A resposta às primeiras indagações tende a ser negativa, à luz de entendimentos jurídicos consolidados, ainda que possa haver exceções pontuais. As razões para a negativa podem variar, de acordo com o sistema jurídico.

A resposta à última pergunta, porém, pode oferecer mais nuances, uma vez que aqui as deficiências e carências do aparato estatal podem explicar parte dos óbitos.

Essas são as indagações e as hipóteses de solução que serão trabalhadas nesse estudo, no qual se utilizou o método dialético, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, tanto nacional quanto estrangeira, com abordagem qualitativa.

## 2 PARALISAÇÃO OU REDUÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS, POR DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL, E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Observando as recomendações dos especialistas e das autoridades sanitárias do mundo inteiro, especialmente a OMS, governos de todo o mundo determinaram o fechamento

temporário de algumas atividades econômicas, para evitar a aglomeração de pessoas e, com isso, tentar achatar a curva de crescimento da pandemia, já que o vírus é transmitido substancialmente pelo contato pessoal entre pessoas, pelas vias aéreas. Trata-se de uma orientação científica, não ideológica, razão pela qual governos de qualquer natureza deveriam seguir, e substancialmente seguiram, ainda que com comprometimento variável.

No Brasil, em razão da postura inicialmente adotada pelo Presidente da República, que no tristemente famoso pronunciamento à nação em 24 de março, minimizou a importância da doença, criticou medidas de confinamento e concitou a todos a continuar trabalhando, frequentando igrejas e escolas<sup>2</sup>, o Supremo Tribunal Federal, acionado<sup>3</sup>, reconheceu a competência e autonomia de Estados e Prefeituras para adotar as medidas que se revelassem necessárias ou úteis para o enfrentamento da grave pandemia, de acordo com as peculiaridades locais e regionais. Assim, devidamente autorizados, governadores e prefeitos adotaram medidas – algumas drásticas – no sentido de restringir, em momentos diversos, a diminuição ou a cessação completa de determinadas atividades econômicas. Tais medidas, como esperado, não evitaram o avanço da pandemia, mas certamente diminuíram seu ritmo de crescimento, dando tempo, com isso, para a preparação dos serviços públicos de saúde a fim de mais bem poderem enfrentar a crise sanitária, salvando vidas. Tais medidas foram adotadas em observância das recomendações científicas – a única bússola que deve orientar governantes nesses períodos. Todavia, como qualquer remédio potente usado para debelar patologias ameaçadoras, acarretaram efeitos colaterais igualmente impactantes.

A primeira pergunta que formulamos acima envolve os ingentes danos econômicos que milhões de agentes econômicos brasileiros sofreram, em razão dessas determinações governamentais que impuseram a suspensão de determinadas atividades econômicas, durante períodos mais agudos de aceleração da pandemia. Empresários tiveram que fechar suas portas e trabalhadores ficaram sem poder trabalhar, ambos sofrendo prejuízos econômicos. Seriam os entes governamentais – Estados e Municípios – responsáveis por tais danos?

Subsumida a questão na moldura dos pressupostos da responsabilidade civil estatal, teríamos que há danos que foram consequências diretas (nexo causal) das ações estatais. Conduta + dano + nexo causal = responsabilidade civil, segundo o esquema tradicional da responsabilidade civil do Estado, que dispensa a presença da culpa.

A questão, contudo, não é tão simples.

2 “O vírus chegou, está sendo enfrentado por nós e brevemente passará. Nossa vida tem que continuar. Os empregos devem ser mantidos. O sustento das famílias deve ser preservado. Devemos, sim, voltar à normalidade. Algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, como proibição de transporte, fechamento de comércio e confinamento em massa. (...)” – disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/24/leia-o-pronunciamento-do-presidente-jair-bolsonaro-na-integra.htm?cmpid>, acesso em 06/09/2020. Posteriormente, mesmo após todas as pesquisas terem evidenciado a ausência de eficácia da cloroquina e da hidroxicloroquina, o Presidente continuou a defender enfaticamente sua utilização como uma forma de antídoto ao COVID-19, postura anticientífica que mantém até hoje. O Presidente Bolsonaro adotou uma postura substancialmente negacionista. Especialmente nos meses iniciais, deliberadamente provocou aglomerações urbanas e se recusou a usar máscara, praticamente incentivando a população a fazer o mesmo e a continuar com a rotina normal de suas vidas, contrariando frontalmente as recomendações de todos os órgãos sanitários mundiais e de todos os especialistas na área. Em razão dessa sua postura, seria possível, inclusive, cogitar-se de danos sociais, em razão da natural influência que um líder como o Presidente da República tem sobre a população mais desinformada e intelectualmente mais vulnerável da nação. Fala-se, quanto a isso, em causalidade psíquica, citando-se acórdão da Corte de Cassação italiana, de 2015, por ocasião do julgamento de caso envolvendo o terremoto de L'Aquila (DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p.71-92, maio/ago. 2020, p. 85). Mas esse ponto, por limitação de espaço, não será aqui abordado.

3 O governo federal havia editado a Medida Provisória 926/2020, que, entre outras providências, procurou restringir a liberdade de prefeitos e governadores para enfrentar a COVID-19. O PDT, então, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, questionando a validade da M.P. O STF, em 15 de abril, apreciou liminarmente a questão e entendeu que o governo federal somente pode intervir sobre serviços e atividades de interesse nacional, sendo que fora disso, prefeitos e governadores têm autonomia para regulamentarem a situação em seus respectivos territórios, podendo, inclusive, impor medidas de isolamento social, paralisação de atividades econômicas, etc.

Afirma-se, por exemplo, que, como regra, não haverá possibilidade de se responsabilizar o ente público que tiver ordenado medidas que afetem direitos e comprimam liberdades dos cidadãos nesse contexto, pois tais medidas – como isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, testes e tratamentos, dentre outras (art. 3º da Lei 13.979/2020) – “observam, nestes termos, os limites fixados na norma (...). O mesmo se diga em relação à suspensão e interdição de atividades, objeto de normas municipais e estaduais sob a mesma justificativa.”<sup>4</sup>

Na verdade, vislumbram-se três tipos de argumentos para rejeitar a hipótese de uma responsabilidade civil do Estado pelos danos econômicos: o primeiro ligado à inadequação da responsabilidade civil para o enfrentamento dessa situação, que exigiria instrumentos ligados à justiça distributiva, não à justiça retributiva; o segundo ligado à distinção entre atos danosos lícitos e ilícitos; o terceiro ligado à concepção de danos puramente econômicos, nem sempre tuteláveis, especialmente em sede de direito comparado. Vejamos separadamente cada um desses argumentos.

### **2.1. A inadequação da responsabilidade civil para eliminar os danos causados pela paralisação das atividades econômicas**

Leva-se em conta, inicialmente, que uma série de medidas governamentais (decretos e medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei pelo Congresso Nacional, algumas com importantes alterações) vem sendo adotada desde o início da pandemia, para o enfrentamento da crise, tanto na área da saúde, quanto em relação aos efeitos econômicos dela decorrentes. Dentre essas últimas, refere-se a permissão para o atraso no recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e do Simples Nacional (esta última implica uma renúncia temporária de R\$ 22,2 bilhões da União), para reforçar o caixa das empresas, e abertura de linhas de crédito subsidiado, em valores razoáveis - R\$ 24 bilhões para linha de crédito pessoal (com o intuito de ajudar trabalhadores autônomos) e R\$ 48 bilhões para empresas -; socorro à aviação civil; liberação de R\$ 5 bilhões pelo Programa de Geração de Renda (Proger), mantido com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a fim de se conceder empréstimos voltados ao capital de giro das micro e pequenas empresas. Além disso, o Conselho Monetário Nacional (CMN) aprovou medidas para facilitar a negociação de dívidas bancárias ao dispensar os bancos de aumentarem o provisionamento, caso essa repactuação ocorresse nos seis meses à adoção da medida. Outras medidas envolveram permissão excepcional de redução de jornadas de trabalho e respectivos salários, em até 50%; antecipações de férias individuais, decretação de férias coletivas de maneira mais rápida e regras para facilitar o teletrabalho; antecipação das duas parcelas do 13º a aposentados e pensionistas do INSS para abril e maio (46 bilhões de reais); antecipação do pagamento do abono salarial para junho (12,8 bilhões de reais); transferência de valores não sacados do PIS/Pasep para o FGTS, para permitir novos saques (21,5 bilhões de reais); redução de 50% nas contribuições do Sistema S (SENAC, SENAI, SESI, SESC) por três meses (2,2 bilhões de reais); reforço de 3,1 bilhões de reais ao programa Bolsa Família; antecipação de 25% do que teriam direito os trabalhadores mensalmente caso requeressem o benefício do seguro-desemprego, para pessoas que recebem até 2 salários mínimos e tiverem redução de salário

4 MIRAGEM, BRUNO. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 10 jul. 2020.

e jornada (10 bilhões de reais); abono emergencial de R\$600,00 para dezenas de milhões das pessoas mais diretamente atingidas pelos efeitos econômicos da pandemia, por 5 meses, com prorrogação por mais quatro, pela metade do valor (estas últimas medidas beneficiam diretamente a população de baixa renda, mas como se trata de dezenas de milhões de pessoas, elas representam uma importante injeção de dinheiro na economia do varejo, permitindo que certos setores da economia permaneçam relativamente aquecidos)<sup>5</sup>. Não se desconhecem as reportagens que afirmam que muitas das medidas não se concretizaram, não surtiram os efeitos esperados ou foram tímidas. Não emitirei opinião sobre tema complexo sobre o qual não tenho domínio. Para efeitos do raciocínio aqui exposto, aceita-se o dado incontestável que o governo agiu, adotando medidas econômicas que implicaram transferência de substanciais recursos orçamentários para a sociedade civil – quer para empresários, quer para trabalhadores.

Não há dúvidas que tais medidas, além de inúmeras outras que foram adotadas na área financeira, serviram para amortecer as perdas do setor produtivo, ao mesmo tempo que representam ingente assunção de encargos e implementação de renúncias que não estavam previstos no orçamento, acarretando enorme déficit orçamentário.

Poder-se-ia dizer, portanto, que o Governo também sofreu efeitos econômicos e deu sua contribuição para a grave crise econômica e que, portanto, não se poderia pensar em invocar o mecanismo da responsabilidade civil – pensado para uma justiça comutativa – quando o governo já teria feito a sua parte, usando ferramentas da justiça distributiva, melhor adaptadas para crises dessa natureza.

Todavia, pode-se contraargumentar de que tais medidas – necessárias e implementadas por quase todos os governos democráticos do mundo, justificando sua própria existência de governar no interesse dos governados – amenizaram a crise e reduziram os impactos econômicos, mas não os eliminaram. E se poderia pensar, então, que residualmente haveria espaço para se pensar em responsabilizar o Estado pelos prejuízos decorrentes da implementação de medidas de contenção e restrição de atividades econômicas. Nesse caso, não seria o governo federal o responsável, mas sim os governos estaduais e municipais, que foram os entes públicos que, respaldados pelo Supremo Tribunal Federal, adotaram tais medidas e diretamente causaram os alegados danos.

Nesse caso, uma segunda linha de argumentação poderia ser invocada.

## **2.2. A distinção entre danos decorrentes de atos ilícitos e danos oriundos de atos lícitos**

A partir da Constituição de 1946 (seguida por todas as posteriores), como se sabe, o direito brasileiro acolheu a teoria da responsabilidade objetiva para fundamentar a responsabilidade estatal<sup>6</sup>, prescindindo-se da análise da culpa de qualquer agente público. Costuma-se dizer que seu fundamento repousaria no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (princípio da isonomia). Concordamos, porém, com a corrente doutrinária (Celso Antonio Bandeira de Mello, Yussef S. Cahali, Diógenes Gasparini e outros) que entende possível e adequado distinguir entre danos decorrentes de atos ilícitos (regidos pelo princípio da legalidade) e danos decorrentes de atos lícitos (regidos pelo princípio da isonomia).

5 Informações disponíveis em <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/03/quais-medidas-ja-foram-tomadas-pelo-governo-brasileiro-em-reacao-impacto-economico-do-coronavirus.html>; <https://www.camara.leg.br/noticias/646385-governo-anuncia-medidas-de-combate-a-pandemia-de-coronavirus/>; <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/veja-as-medidas-do-governo-para-minimizar-os-efeitos-da-crise-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 06 set. 2020.

6 Não se trata de orientação muito difusa no direito comparado. Na Itália, segundo Alpa, na ausência de norma específica, tanto a Corte di Cassazione quanto o Consiglio di Stato exigem a prova da culpa de um agente público, não bastando a simples violação da lei. (ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017, p. 382).

Em relação aos danos decorrentes de atos ilícitos, por ter violado o princípio da legalidade, deve o ente público indenizar os danos causados, quaisquer que sejam, desde que certos.

Relativamente, porém, à responsabilidade estatal por atos lícitos no direito brasileiro, tem-se por assentado que o fundamento dessa responsabilidade é o princípio da isonomia, ou da igualdade dos ônus e encargos sociais. Ou seja, considerando que toda e qualquer atividade estatal, por essência, deve se dirigir a atender interesses públicos, caso essa atividade, feita no interesse da ampla comunidade, venha a causar danos a algumas pessoas, essas devem ser indenizadas, pois seria injusto que todos se beneficiassem com a obra/atividade pública e apenas alguns sofressem prejuízos. Nesse sentido, aliás, é pacífica a doutrina<sup>7</sup> e a jurisprudência, inclusive do STF (exemplificativamente, RE nº113.587, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/02/1992):

(...) A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Mas, para que isso ocorra, é necessário que tais danos sejam especiais e anormais<sup>8</sup>. Para Di Pietro<sup>9</sup>,

somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Essa orientação origina-se do direito administrativo francês<sup>10</sup>, onde se invoca o princípio da *égalité devant les charges publiques*, sempre que alguém sofra um dano, decorrente de atividade realizada no interesse público, sob condição de que se trate de um dano *anormal e especial*<sup>11</sup>.

Danos *especiais* são aqueles que recaem apenas sobre um ou alguns poucos membros da comunidade, não atingindo a todos os que se encontram na mesma situação (v.g., obras públicas de vulto que impeçam o exercício do comércio numa determinada rua, durante longo tempo: a obra interessa a todos os municípios, mas sua realização acarretou prejuízos especiais àqueles específicos comerciantes do quarteirão afetado). Já danos *anormais*<sup>12</sup> seriam aqueles que não representam meros incômodos inerentes à vida de relação e, portanto, não indenizáveis (como seria o mesmo caso desses comerciantes, mas que tivessem prejudicadas suas atividades por apenas um ou poucos dias).

7 Por todos, RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.367-368; BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p.238.

8 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.67. A mesma ideia também é acolhida amplamente no direito comparado, segundo BELRHALLI, Hafida. La responsabilité de la puissance publique en droit compare – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016, p. 544; mas não na Inglaterra.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

10 Tal fundamento não é aceito em alguns outros ordenamentos, por exemplo, na Inglaterra (VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 517).

11 FAIRGRIEVE, Duncan. *State Liability in Tort*. A Comparative law Study. New York: Oxford University Press, 2004, p. 144; 148-149.

12 Sobre a distinção entre danos normais, não indenizáveis, e danos anormais, remetemos a LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015.

No caso dos prejuízos econômicos sofridos por empresários que não puderam manter suas atividades econômicas e por empregados que perderam empregos ou que não puderam se dedicar, como autônomos, a atividades econômicas durante o período de isolamento social, os danos certamente podem se qualificar como anormais, tanto que muitas vezes isso representou o encerramento definitivo de algumas atividades. Todavia, não podem ser considerados especiais, pois não se exigiu somente deles tais sacrifícios, para que todos sse beneficiassem. Inteiros setores da atividade econômica de uma certa região foram atingidos. Toda uma comunidade (ainda que local ou regional) sofreu os impactos da pandemia.<sup>13</sup>

Especialmente no direito comparado, ainda que superassem os argumentos acima expostos, haveria um terceiro obstáculo a ser considerado: o da reparabilidade ou não dos danos puramente econômicos. É o que se aborda na sequência.

### **2.3. A controvérsia sobre a indenizabilidade ou não de danos puramente econômicos.**

Historicamente, danos materiais foram os primeiros – e praticamente únicos - a serem reconhecidos como geradores de uma responsabilidade civil, muito embora algumas espécies do que hoje é conhecido como danos à pessoa tivessem sido reconhecidas pelo direito romano (*actio de os fractum*, *actio iniuriarum*, por exemplo). Somente mais recentemente outros interesses extrapatrimoniais da pessoa passaram a ser mais difusamente protegidos pela responsabilidade civil.

Nas últimas décadas, porém, percebe-se uma ampla discussão acadêmica e forense sobre o polêmico tema dos *pure economic losses* ou danos puramente econômicos, que não envolvem danos a coisas, nem a pessoas: trata-se de danos que acarretam prejuízos puramente financeiros – perdas de dinheiro, perdas de oportunidade de lucro, aumento de despesas. Nem sempre se admite a reparabilidade desse tipo de dano, havendo grande resistência em muitos sistemas jurídicos como o alemão e o anglo-americano.

Os danos puramente econômicos que se têm em mira não se confundem com os chamados danos consequenciais, ou seja, consequências da lesão à propriedade ou à integridade psicofísica de alguém. Esses são costumeiramente tidos como reparáveis em praticamente todos os sistemas jurídicos. Seria o caso, relativamente comum na casuística de todos os países, de um taxista que tem seu carro abalroado por outrem, ou que é atropelado e tem que se afastar temporariamente do trabalho. O dano atingiu diretamente bem de propriedade do taxista ou a sua integridade corporal. O fato de o veículo ter ficado parado, para conserto, ou que o taxista ficasse impossibilitado de trabalhar, fez com que o taxista sofresse danos que vão além do simples valor do reparo ou das despesas médico-hospitalares – refere-se aos lucros cessantes.

Os danos sofridos pelos empresários que não puderam abrir seus estabelecimentos em certos momentos da pandemia, em razão de determinação de autoridades públicas, configuram danos puramente econômicos, pois não houve qualquer dano à sua propriedade, nem à sua integridade psicofísica.

A distinção de *pure economic loss* e de danos patrimoniais físicos não é facilmente percebida em ambientes jurídicos como o brasileiro, filiados à tradição francesa, que não identifica duas classes diversas de dano patrimonial - danos físicos à propriedade, de um

---

13 Segundo Gilmar Mendes “dano especial é aquele que onera, de modo particular, o direito do indivíduo, pois um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade, não pode ser acobertado pela responsabilidade objetiva do Estado” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020) (série IDP).



lado, e simples perda de dinheiro, de outro lado. No país fundador do modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, a França, seguido por inúmeros outros países (inclusive o Brasil), não há uma definição legal do que consiste o dano indenizável. Naquele país, os autores<sup>14</sup> costumam referir que as diversas distinções entre danos à propriedade ou à pessoa, danos morais, puramente econômicos, pecuniários, não pecuniários, passados ou futuros, etc, teriam apenas valor descritivo, pois o regime francês não prevê regimes jurídicos distintos ou consequências diversas para tais danos. Para que um dano fosse indenizável, bastaria que fosse *certo, pessoal, direto e legítimo*.

A doutrina especializada costuma indicar quatro espécies de danos puramente econômicos como sendo os mais comuns: a) danos em ricochete; b) danos decorrentes de transferências contratuais ou legais; c) danos decorrentes de fechamento de mercados, de vias de acesso, de infraestruturas públicas, ou danos ao meio ambiente; d) danos decorrentes de falhas de serviços profissionais. Uma breve referência sobre cada um deles permitirá sua melhor compreensão.

a) Os danos em ricochete também são chamados de danos econômicos relacionais (que não se confundem com os consequenciais). Ocorrem quando a lesão a bens materiais de uma pessoa ou à integridade psicofísica de alguém acarreta simultaneamente um prejuízo puramente econômico a terceiros.

Um bom exemplo da primeira hipótese (lesão a bens de uma pessoa, com repercussão econômica para terceiros) foi julgado na França, em 1975, quando se acolheu pleito indenizatório movido por empregados de um cabeleireiro por não terem podido trabalhar durante o período em que o estabelecimento ficou fechado para reformas, em razão de um veículo desgovernado ter adentrado no mesmo. Responsabilizou-se o proprietário do veículo pela perda do salário e gorjetas que habitualmente eles recebiam de seus clientes.<sup>15</sup>

Famoso exemplo da segunda hipótese ocorreu na Itália, envolvendo conhecido time de futebol. Em 1971, a Corte de Cassação (*Torino Calcio SPA v. Romero*, conhecido mais simplesmente como *caso Meroni*<sup>16</sup>), reconheceu a viabilidade de uma pretensão indenizatória avançada por clube futebolístico de Torino, em face do responsável por acidente automobilístico que vitimou o principal jogador do seu time (Meroni), artilheiro do campeonato. Na época, o *Torino* liderava com folga o campeonato italiano da primeira divisão. Com a morte de Meroni, o time caiu notavelmente de rendimento e veio a ficar entre os últimos colocados. Com tal resultado o time perdeu bonificações e premiações atribuíveis aos primeiros colocados do campeonato, alguns patrocínios para a temporada seguinte, além da perda do valor do passe do jogador, caso fosse vendido, típicos danos puramente econômicos.

O acolhimento de tais danos, porém, não é universal. Ao contrário. A Alemanha e os países de *Common Law*, como regra, não admitem a reparação de danos sofridos por terceiros, que não os familiares, em razão da morte ou lesão de pessoas por ato imputável a alguém. É o que ocorre também no Brasil, onde o artigo 948, II, do Código Civil, prevê a concessão de pensão alimentícia apenas aos dependentes do falecido.

14 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*. 2e. Éd. Paris : L.G.D.J., 1998, p. 19, § 251 a 251-3; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2010, §1502, p. 505; GALAND-CARVAL, Suzanne. France. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001, p. 80; VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy ; LAROUCHE, Pierre ; VON BAR, Christian ; VINEY, Geneviève. *Tort Law: Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 282.

15 BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 394. Sobre esses dois casos, v. também GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Vol. II – Instituti Giuridici. Torino: G. Giappichelli Ed., 1998, p. 310.

16 ITALIA. Corte di Cassazione. *Caso Meroni*. 16 de janeiro de 1971.

b) A segunda espécie refere-se a danos decorrentes de transferências contratuais ou legais. Trata-se da hipótese em que *A* causa dano à integridade psicofísica de *B* ou danifica sua propriedade. Todavia, por disposição contratual ou legal, o dano sofrido por *B* é transferido a *C*. Questiona-se, então, se *C* pode agir contra *A*, buscando ressarcir-se dos danos puramente econômicos que sofreu.

O caso de transferência contratual é relativamente comum, como ocorre com o seguro de danos, em que o dano material sofrido diretamente pelo segurado em razão do sinistro é transferido contratualmente para a seguradora, que se sub-roga nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Mais controvertidos e menos usuais se mostram os casos de transferências legais do dano. Suponha-se a seguinte situação: um caminhão desgovernado, da empresa *A*, colide contra a estrutura de um galpão de fábrica da empresa *B*, cujo teto vem a cair sobre 30 empregados que ali estavam. Em razão das suas lesões, ficam eles sem poder trabalhar durante algumas semanas. Pelas leis brasileiras, nos primeiros 15 dias de afastamento, seu empregador continuará obrigado a pagar seus salários. A lei, portanto, transfere parte dos danos sofridos pelos empregados para seu empregador. Trata-se de dano puramente econômico (pois não atinge bens da propriedade do empregador, nem sua integridade psicofísica), cogitando-se da possibilidade do empregador agir contra o responsável pela lesão a seus empregados, para ressarcir-se do prejuízo sofrido.

c) Hipótese mais próxima da dos tipos de danos puramente econômicos sofridos por empresários, em razão de determinações governamentais impondo o fechamento de seus estabelecimentos é aquela dos *danos decorrentes de fechamento de vias de acesso, de mercados, de infraestruturas públicas e de danos ao meio ambiente*.

Trata-se de uma das mais controvertidas espécies de danos puramente econômicos, especialmente diante da indeterminação do número de potenciais lesados. Alguns exemplos serão úteis para indicar a magnitude do problema.

(i) Começemos pelas situações de *fechamento de via de acesso*, como estradas ou pontes. O dano primário afeta bens públicos, mas acaba afetando atividades econômicas que deles dependam<sup>17</sup>. Suponha-se uma ilha turística cuja única ligação ao continente é representada por uma ponte, cuja estrutura é afetada pelo choque de uma embarcação contra um dos seus pilares, acarretando a necessidade de sua interdição durante os meses de veraneio, para reparos. Não é difícil perceber a ocorrência de danos puramente econômicos que teriam hotéis, restaurantes, lojas, prestadores de serviços, etc, em razão do súbito desaparecimento de turistas. Caso semelhante a esse foi julgado, com êxito negativo, pela *Supreme Court of New Jersey*, em 1945 (caso *Rickards v. Sun Oil Co.*)<sup>18</sup>.

(ii) Um exemplo de danos decorrentes de fechamento de mercado envolveria, hipoteticamente, um pecuarista que negligentemente deixasse escapar de seu rebanho algumas reses infectadas com doença altamente contagiosa, vindo a contaminar parte dos rebanhos adjacentes. Os proprietários dessas reses que foram contaminadas teriam regular direito à indenização (dano à propriedade). Mas pense-se na hipótese de uma agência sanitária governamental ter determinado o fechamento temporário do mercado de carne na região, para evitar a propagação da doença.

17 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 18, DE MOT, Jef. *Pure Economic Loss. Encyclopedia of Law and Economics*, v. 1, 2ª ed., 2009, p. 2. Também nesse sentido: LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007, p. 267.

18 Uma análise econômica deste caso encontra-se em LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 251 et seq.

Isso acarretaria danos puramente econômicos a todos os operadores econômicos que atuassem na área (abatedouros, frigoríficos, freteiros, os demais criadores que não puderam vender seus produtos, etc), que provavelmente não seriam indenizados.

(iii) Costuma-se, também, referir a hipótese de *fechamento de uma infraestrutura pública*, com potencial causação de danos puramente econômicos a quem delas costume se utilizar. Imagine-se um porto que venha a ser temporariamente fechado, até recolhimento de material químico negligentemente derramado de um navio. Diante disso, os demais navios deverão fazer percurso mais longo para alcançar outro porto para carregar/descarregar mercadorias ou pessoas. Os danos sofridos pelos donos desses navios seriam puramente econômicos. As pessoas que trabalhavam no setor de carregamento/descarregamento de mercadorias igualmente sofreriam danos puramente econômicos, ao ficarem temporariamente sem trabalho, mas dificilmente seriam indenizados.

(iv) Há, também, a hipótese de danos puramente econômicos derivados de *danos ao meio ambiente*. Sabidamente o dano ambiental pode acarretar muitos prejuízos a pessoas indeterminadas. Sirva de exemplo o vazamento de petróleo da BP – British Petroleum -, no Golfo do México, em 2010, que acarretou prejuízos enormes a empresas que tiveram que alterar suas rotas de navegação, indústria pesqueira e pescadores autônomos, estabelecimentos comerciais costeiros, etc. Para fazer frente a esses danos puramente econômicos, a British Petroleum teve de criar um fundo (*trust*) de 20 bilhões de dólares para fazer frente a tais prejuízos econômicos<sup>19</sup>.

d) Outra espécie de danos puramente econômicos, relativamente à qual há mais receptividade no direito comparado, são os *danos decorrentes de falhas de serviços profissionais*. Os exemplos mais comuns dizem respeito a atuações de auditores contábeis ou empresas de auditoria. Imagine-se o caso de uma empresa que pretenda abrir seu capital mediante uma I.P.O. - oferta pública inicial -, oferecendo suas ações ao público em geral, em uma determinada bolsa de valores. Para tanto, contrata uma auditoria independente para avaliar sua situação financeira. Suponha-se que o auditor responsável, de forma dolosa ou negligente, indique uma próspera situação financeira (quando na verdade a empresa estava deficitária). Confiando na auditoria, alguém compra volume razoável de ações, que logo perdem 50% de seu valor, ao se tornar pública a real situação da empresa. Esse hipotético investidor sofre grande dano puramente econômico.

Diante das polêmicas que rodeiam o tema, é imprescindível que se analisem os argumentos daqueles que se opõem à reparabilidade de tais danos. É o que se fará a seguir.

Gordley e Von Mehren informam que a recusa a indenizar *pure economic loss* teria surgido primeiro na Alemanha, no final do século XIX e início do século XX, e de lá se expandido para a Inglaterra e Estados Unidos. Citam os autores acórdãos do *Reichsgericht* de 1901 e 1904 sustentando que o §823 do BGB não oferecia proteção para danos puramente econômicos<sup>20</sup>. Na Inglaterra, em caso de *pure economic damages*, tradicionalmente há uma aversão à sua reparabilidade<sup>21</sup>. Trata-se da denominada *the economic loss rule* ou regra de

19 PALMER, Vernon. A Comparative Law Sketch of Pure Economic Loss. In: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. *Comparative Tort Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 305.

20 GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 308;310.

21 PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 75. Também nesse sentido: POMAR, Fernando Gómez; GARCÍA Juan Antonio Ruiz. *La Noción de Daño Puramente Económico: una Visión Crítica desde el Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: InDret, 2002, p. 2, e MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations – Vol. II – The Law of Torts: a Comparative Introduction*. 3rd. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 45-46.

exclusão (*the exclusionary rule*)<sup>22</sup>.

O principal argumento contrário à reparação dos danos puramente econômicos é o chamado *floodgate argument* (argumento da abertura das comportas). Alega-se que o reconhecimento de danos puramente econômicos poderia vir a inundar as cortes de justiça de potenciais ações, já que apresentam consequências potencialmente ilimitadas, indeterminadas, não controláveis e número imprevisível de vítimas. Portanto, permitir indenizações por *pure economic loss* acarretaria responsabilidades potencialmente incomensuráveis<sup>23</sup>.

Especialistas dividem as abordagens dos países sobre a questão dos danos puramente econômicos em três modelos distintos: abordagem liberal, abordagem conservadora e abordagem pragmática.

O sistema liberal abrange países como França, Itália, Espanha, Bélgica, Grécia, Croácia, Japão e Holanda. Nesses países, inexistem listas de interesses protegidos especificados em lei. A noção de danos indenizáveis é ampla e potencialmente abrange também os danos puramente econômicos. Todavia, apesar do dado normativo, doutrina e jurisprudência controvertem a respeito do tema<sup>24</sup>. Teoricamente o Brasil enquadrar-se-ia nesse sistema.

Alemanha, Áustria, Portugal<sup>25</sup>, Finlândia, Suécia, Dinamarca, Polônia, adotariam uma *abordagem conservadora*. Os sistemas conservadores protegem, por meio de responsabilidade civil, direitos absolutos (propriedade, integridade psicofísica, direitos da personalidade sendo os principais), restando excluídos como regra geral, portanto, os *pure economic losses*. Dessa forma, indenizações a esse título são exceções, concedidas em casos de responsabilidade contratual ou quando houver expressa previsão legal<sup>26</sup>.

Já a *abordagem pragmática* seria adotada na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Escócia, Holanda, Israel, África do Sul. Nesses países, não há uma vedação legal à reparabilidade de danos puramente econômicos, conceitualmente falando. A abordagem é feita caso a caso, concretamente, deixando-se o seu acolhimento à prudência dos juízes<sup>27</sup>, mas que em geral mostram-se refratários à sua aceitação.

Apesar das diferenças conceituais, há também concordâncias práticas na experiência comparada. Isso porque, de uma forma ou de outra, todos os sistemas jurídicos admitem a reparabilidade dos danos puramente econômicos, quando se trata de: a) Danos econômicos previstos em norma legal (norma de proteção – *Schutzgesetz*); b) Danos consequenciais; c) Danos intencionais; d) Danos causados por negligência profissional (advogados, auditores, bancos, etc) que atinjam pessoas que não são seus clientes diretos; e) Danos decorrentes de transferências contratuais ou legais.

A situação debatida neste artigo, como se vê, não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses.

22 GERVEN, Walter van; LEVER, Jeremy; LAROCHE, Pierre. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*. Portland/Oregon: Hart Publishing, 2000, p.169;177.

23 FELDTUSEN, Bruce. Liability for Pure Economic Loss: Yes, but Why? *Western Australian Law Review*, v. 28, 1999, p. 87; GRIFFIN, Joshua. Pure Economic Loss: Out of Negligence and into the Unknown. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, v. 3, 2014, p. 45; PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 90.

24 KOZIOL, Helmut. Recovery for Economic Loss in the European Union. *Arizona Law Review*, v. 48, 2006, p. 874; WISSINK, Mark H.; VAN BOOM, Willem H. The Netherlands. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001, p. 147; LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007, p. 285.

25 PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João Sarmento. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: MORAIS ANTUNES, Ana Filipa; TAVEIRA DA FONSECA, Ana Maria; PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando. *Novas Tendências da Responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 150-151.

26 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 125.

27 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 44-45.

Todavia, se a regra é a ausência de responsabilidade<sup>28</sup>, pelas diversas razões enunciadas até agora, não se descarta a possibilidade de sucesso em ação indenizatória contra o ente federativo – especialmente municipal – que, ao adotar medidas restritivas da liberdade econômica, aja com desvio de finalidade ou excesso de poder, ou quando adote medidas claramente desarrazoadas, por intempestivas, exageradas, desproporcionais, em relação a algum caso concreto. É o que se passa a examinar.

#### **2.4. Danos patrimoniais decorrentes de intempestiva, desproporcional ou desarrazoada interdição de atividades empresariais**

Bruno Burini<sup>29</sup> entende que poderá haver responsabilidade do ente público por danos decorrentes de alguma medida que venha a ser considerada inconstitucional nesse contexto ainda incerto de repartição de competências. Já Bruno Miragem<sup>30</sup> pondera que as medidas adotadas no contexto da pandemia, restringindo determinadas atividades, “configuram exercício regular de competência legislativa ou regulamentar do Estado”, razão pela qual “não se cogita de responsabilização, uma vez que atua como conformador do próprio Direito”, embora ressalve hipóteses de atividade ilegal ou inconstitucional, desvio de finalidade, excesso de poder ou medidas desproporcionais em vista da finalidade a ser atendida<sup>31</sup>.

Assim, se algum prefeito determinar medidas de fechamento de determinada atividade econômica por perseguição política – v.g., determinando o fechamento de uma unidade frigorífica do município, alegadamente para controlar a disseminação da doença mas, na verdade, visando apenas prejudicar empresário ligado a partidos de oposição, sem que houvesse dados científicos que sugerissem ou recomendassem tal fechamento – parece-nos inequívoco que poderá ser manejada uma ação de reparação de danos derivados de ato praticado com desvio de finalidade.

O mesmo ocorreria se eventualmente o fechamento fosse ordenado sem que houvesse qualquer justificativa científica para tanto, nem recomendações da autoridade sanitária, diante dos dados concretos que indicassem estar a situação sob controle, por uma decisão baseada apenas no intuicionismo do governante local.

Também se poderia pensar em responsabilização civil no caso de governos que mantivessem o fechamento da economia após já ter sido debelado o ritmo de crescimento da pandemia, ou que tomassem medidas de restrição exageradas e claramente desnecessárias, por não seguir o governo local qualquer orientação científica e técnica a respeito.

Essas situações, porém, deverão ser muito raras, diante da difusão e acessibilidade

28 Essa vem sendo a solução adotada também em outros países, como se vê de recente decisão do Landgericht de Heilbronn (em 29.4.2020), Alemanha, no qual aquele órgão de primeira instância decidiu que o fechamento de um salão de beleza, em razão da pandemia, não gera o direito a uma indenização. O estabelecimento havia invocado a Lei de Proteção contra Infecções (Infektionsschutzgesetz), que prevê a possibilidade de concessão de indenização às pessoas afetadas pelas restrições às atividades econômicas. O órgão judiciário, porém, ponderou que “a atividade profissional da autora não foi paralisada em decorrência da infecção, suspeita ou ameaça de infecção da autora individualmente considerada, ou seja, de uma ameaça concreta, mas sim em consequência de medida governamental geral e abstrata, válida para toda a população” – segundo FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. Revista Migalhas: German Report. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniaisde-empresa-fechada-por-cao-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10 set. 2020.

29 BURINI, Bruno. A covid-19 e a responsabilidade civil do Estado. In: *Migalhas de Peso*, 20/05/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327194/a-covid-19-e-a-responsabilidade-civil-do-est>. Acesso em: 15 jul. 2020.

30 MIRAGEM, Bruno. Fato do príncipe, responsabilidade civil e pandemia. Publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil*, em 23/06/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329441/fato-do-principe-responsabilidade-civil-e-pandemia>. Acesso em: 23 jun. 2020.

31 MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *JusBrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 10 jul. 2020.

do conhecimento científico a respeito de como enfrentar a pandemia, além do fato de que normalmente quem fixa as normas mais genéricas é o governo estadual, que quase sempre dispõe de um assessoramento técnico mais razoável e esclarecido.

Analisada eventual responsabilidade estatal por prejuízos sofridos por operadores econômicos, passa-se a analisar a responsabilidade de entes públicos pelos danos à saúde dos cidadãos que contraíram COVID-19 e vieram a falecer ou sofreram sequelas.

### 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS À SAÚDE

Os espaços de omissão lícita do Estado estão cada vez mais reduzidos<sup>32</sup>, pois modernamente espera-se que ele não apenas se abstenha de violar os direitos fundamentais de seus cidadãos – vida e integridade física em primeiro lugar – mas que concorra ativamente para a sua proteção<sup>33</sup>. Esses direitos, inclusive, foram ampliados, passando a abranger também o direito à saúde. Em momentos como esse, de grave risco à saúde de pessoas em todo o mundo, não se pensa mais que se trata apenas de um problema individual – cada um que cuide de si, como foi a solução adotada nos séculos precedentes. Trata-se de um problema que afeta diretamente os gestores públicos: cabe ao Estado, em sentido amplo, cuidar da saúde dos seus cidadãos, protegendo-a, na medida do possível, inclusive de inimigos invisíveis e insidiosos como vírus.

Evidentemente que ninguém pensaria em responsabilizar o Estado, em sentido amplo, por ter contraído COVID-19, com todas as potenciais consequências disso derivadas. Mas eventuais falhas no tratamento da doença poderão acarretar tal responsabilização.

No contexto da atual pandemia, diante da grandeza, imprevisibilidade e rapidez com que a crise se alastrou, mesmo países desenvolvidos, como a Itália, tiveram problemas em atender todos os pacientes contaminados, em momentos de pico, quando um grande número de pacientes necessitava dos mesmos serviços simultaneamente, sem que fosse possível atender a todos de forma adequada e eficiente. Como as principais características da doença são as mesmas e exigem o mesmo tratamento na fase aguda – especialmente o uso de sofisticados respiradores –, dependendo do número de pacientes simultâneos a serem tratados, não houve recursos suficientes para todos. Tal circunstância levou à necessidade de, por vezes, se efetuar escolhas trágicas entre quem iria receber tratamento imediato e quem teria de esperar (se conseguisse). Como alguns pacientes morrem sem ter tido a oportunidade do tratamento, diante da referida escassez, a pergunta que se faz é se haverá responsabilidade civil do Estado nessa situação.

Discorrendo sobre eventual responsabilidade estatal por danos à saúde no contexto da pandemia, salienta Miragem<sup>34</sup> que “em termos gerais, a pandemia é causa extraordinária (caso fortuito ou de força maior), que afasta a responsabilidade do Estado pelo dano, segundo os esforços que lhe são exigíveis, em vista da impossibilidade concreta de evitar seu resultado.” Mas em seguida pondera que “quando demonstrada omissão específica em relação à

32 Braga Netto sinaliza duas tendências recentes da responsabilidade civil do Estado: “a) a progressiva ampliação dos danos indenizáveis pelo Estado; b) a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima”. Relativamente ao item b), pondera que a compreensão dos novos papéis do Estado leva à constatação de que “hoje não se permitem omissões que no passado talvez se permitissem. Em outras palavras: exige-se cada vez mais do Estado que aja. Não qualquer agir, mas um agir cauteloso, eficaz, proporcional” (BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p.239).

33 No espaço jurídico europeu, veja-se, por exemplo, a jurisprudência consolidada da Corte Europeia dos Direitos do Homem – CEDH –, no sentido de considerar que as autoridades públicas devem adotar as medidas “adequadas ao nível de risco, a fim de proteger os direitos fundamentais, como o direito à vida”, sob pena de responsabilidade – casos R.Ş. c. *Lettonie*, de 8.03.18, § 80; *Sinim c. Turquie*, de 6.6.17, § 58; *Cevrioğlu c. Turquie*, 4.10.16, § 51; *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie*, 2.2.16; *Prilutskiy c. Ukraine*, 26.2.15, § 31; *Oruk c. Turquie*, 4.2.14, § 52; *Vilnes et autres c. Norvège*, 5.12.13, § 220; *Mosendz c. Ukraine*, 17.1.13, § 90; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28.2.12, § 158; *Boudaïeva c. Russie*, 20.3.08, § 132.

34 MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasil.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10/07/2020.

providência que era possível ter sido adotada para evitar o dano (p.ex. a situação em que o serviço poderia ter sido prestado adequadamente, mas não o foi por desídia ou erro no atendimento ao paciente)”, então sim, seria possível se cogitar da responsabilidade estatal.

De fato, no campo da responsabilidade civil extracontratual, em lição aplicável também à responsabilidade do Estado, tem-se que, independentemente de previsão normativa expressa, o nexo de causalidade é rompido e, com isso, fica afastada a responsabilidade civil<sup>35</sup>, quando ocorrer (1) caso fortuito ou força maior<sup>36</sup>, (2) culpa (fato) exclusiva da vítima ou (3) culpa (fato) exclusiva de terceiro. No caso, o COVID-19 configuraria uma situação extraordinária, inevitável e grave, por cujas consequências não se responsabilizaria o Estado.

Todavia, acreditamos que as soluções deverão ser mais articuladas, pois não só no caso de desídia, erro ou omissões específicas, pode-se pensar em responsabilização do Estado. Oliveira<sup>37</sup> formula o exemplo de alguém que tenha sido internado por um problema qualquer, mas que não pode ser atendido adequadamente (vindo a sofrer danos) em razão de eventual superlotação momentânea que estivesse exigindo atenção imediata e intensa dos médicos e enfermeiros aos graves pacientes com COVID-19. Nessa hipótese, diz ele, esse paciente – ou seus familiares, no caso de óbito – poderiam vir a responsabilizar o Estado, que não teria direito de regresso contra o médico. Essa solução, acreditamos, deve ser adotada também para o caso de paciente de COVID-19 que tenha sido preterido em seu atendimento, pelas mesmas razões de superlotação ou de falta de aparelhos e equipamentos suficientes ou necessários.

O fundamento de tal responsabilização seria, a nosso sentir, uma leitura solidarista da responsabilidade do Estado. Essa possibilidade hermenêutica não passou despercebida ao grande tratadista da responsabilidade civil brasileiro, que já em meados do século passado dizia que “a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas”<sup>38</sup>. Mais modernamente, Bodin de Moraes<sup>39</sup> referiu que “o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada”. Na esfera administrativa, o clássico Hely Lopes Meireles<sup>40</sup>, ao abordar o fundamento da responsabilidade do Estado como sendo a igualdade de todos perante ônus e encargos sociais, afirmou que “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”.<sup>41</sup>

Na jurisprudência pátria, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 262.651/

35 Por todos, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 233: “A responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal”.

36 Para uma excelente análise dogmática das noções de força maior e caso fortuito no contexto da pandemia, remete-se ao artigo de SILVA, Rafael Peteffi da. *Caso Fortuito ou de Força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do Coronavírus*. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020.

37 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. *Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020*. Disponível em 14/04/2020 em <https://civileimobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

38 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641.

39 BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-206.

40 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.585.

41 Aliás, não só na responsabilidade estatal, mas na própria responsabilidade civil comum, invoca-se a influência dos valores constitucionais. É o caso, por exemplo, de Netto Lôbo, quando aborda as hipóteses de responsabilidade objetiva previstos na Constituição e afirma que elas “são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social” (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23).

SP, em 16/11/2005, afirmou que “o dever de indenizar a vítima advém (...) de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”.

Na Itália, no atual contexto da COVID-19, Ponzanelli<sup>42</sup> entende que aquelas pessoas que não puderam ser atendidas pelo serviço de saúde, em razão da superlotação dos hospitais com casos de COVID-19, vindo a sofrer danos à saúde ou até morrer, deveriam ser indenizados por uma questão de solidariedade social.

Aliás, nessa mesma linha, Freitas<sup>43</sup> refere o dever do Estado moderno de atender os “interesses existenciais legítimos dos cidadãos”, salvaguardando eficazmente os “direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos”. Em outro artigo, o mesmo jurista havia já referido que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. (...) A responsabilidade é proporcional, seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público”<sup>44</sup>.

Essa ideia de proporcionalidade é valiosa, repercutindo especialmente na avaliação dos danos. Como a causa originária dos males ligados ao COVID-19 é o próprio vírus, elemento externo, imprevisto e inevitável, não é possível se imputar ao Estado toda a responsabilidade por eventuais danos sofridos por seus cidadãos. Assim, em tal contexto, deve-se precisar que a responsabilidade do Estado é objetiva e proporcional, devendo o Estado assumir *a parte que lhe toca nesse latifúndio*, informado pelo princípio da solidariedade social. Na formulação de Braga Netto<sup>45</sup>, “o Estado poderá ser civilmente responsável se não tiver atuado, com proporcionalidade e eficiência, para garantir os direitos fundamentais do cidadão em determinado caso concreto”.

A ideia de uma responsabilidade proporcional vem ganhando espaço internacionalmente. Bergkamp<sup>46</sup> defendeu a responsabilização civil do governo holandês, por entender que não agiu de forma célere, no início da crise, para reduzir sua disseminação e impacto. E invoca, em sustento de sua tese, decisão recente (20.12.19) da *Hoge Raad*, a Suprema Corte daquele país, no caso conhecido como *Urgenda*<sup>47</sup>, que decidiu tema pertinente aos riscos associados às mudanças climáticas. Naquela ocasião, a corte flexibilizou a análise do pressuposto do nexo de causalidade, ao introduzir o conceito de responsabilidade parcial, relacionando-a à causalidade proporcional. Se tal responsabilização é possível em relação a riscos ao meio ambiente, aduz o autor, com muito mais razão o mesmo critério seria aplicável quando se está diante de riscos mais concretos e iminentes à vida e à saúde.<sup>48</sup>

42 PONZANELLI, Giulio. La sanatoria responsabilità e i possibili contenziosi da COVID. *Danno e responsabilità*, 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziavivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>. Acesso em: 14 jul. 2020.

43 FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.170-197, p.196-197.

44 FREITAS, Juarez. A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 381-401, p. 381.

45 BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p. 242.

46 BERGKAMP, Lucas. State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343–349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

47 A decisão é acessível em <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>.

48 Para uma visão contrária à responsabilização do governo holandês, por entender que ele agiu de forma adequada (embora o início criticável), v. CAVALLANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. *The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective*. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>. Acesso em: 15 jul. 2020.



Também se pode invocar, a sustento desta tese, a doutrina da responsabilidade proporcional proposta por Marco Capecchi<sup>49</sup>. Este autor genovês, tratando do nexos causal, relembra que as teorias sobre a responsabilidade civil se originaram daquelas elaboradas em sede penal, sendo que estas, quando concebidas, inspiraram-se nas discussões havidas a respeito da causalidade em outras ciências, da física à filosofia. Todavia, enquanto as teorias civilistas permaneceram praticamente inalteradas desde suas concepções, o pensamento sobre a causalidade evoluiu nas demais ciências. A ideia de que seria possível afirmar-se, com certeza, as causas de um evento, já teria sido abandonada pelas ciências não jurídicas. Partindo-se da constatação de que o conhecimento humano é limitado, o máximo que se pode afirmar seria a existência de uma probabilidade estatística vinculando determinado evento a uma certa consequência. Em razão disso, prega ele o abandono da lógica do tudo ou nada, *all or nothing*, normalmente usada nas causas envolvendo a responsabilidade civil, em favor da lógica da proporcionalidade. Ou seja, enquanto aquela constringe o juiz a oscilar de uma posição extrema (reconhecer a subsistência do nexos causal e, portanto, conceder uma indenização integral) a outra (negar o nexos causal e, portanto, a reparação), a segunda favorece uma concepção proporcional, na qual o lesante responde em medida proporcional ao aumento do risco de ocorrência do evento que constitui a lesão sofrida pela vítima. Capecchi (p. 267 e 304) defende uma responsabilidade proporcional “na qual o lesante tenha que assumir o custo do dano na medida proporcional ao aporte causal da conduta que lhe pode ser imputada”<sup>50</sup>.

Ele critica não só o posicionamento que somente admite o acolhimento de uma pretensão diante de prova cabal da presença do nexos causal entre a conduta e o dano, mas também a invocação do critério do *più probabile che non*, que se aplica também na Itália, a partir de uma importação da tradicional teoria do *more probable than not*, de cotidiana aplicação na jurisprudência anglo-americana. Ambos os posicionamentos poderiam ser injustos, em determinados casos. Na primeira hipótese, injusto para com o autor, que poderá nada receber por não ter logrado fazer uma prova cabal que, por vezes, é impossível. No segundo caso, pode ser injusta para com o demandado, que poderá vir a ter de reparar todo o dano, quando talvez não tenha sido ele o efetivo responsável. A lógica do tudo ou nada, assim, revela-se injusta e nem sempre razoável, ao passo que a lógica da probabilidade permite alcançar resultados mais adequados.<sup>51</sup>

Concordamos com tal posição e entendemos que a doutrina é aplicável ao caso, embora não tenha sido pensada para situações como essa. Mas a lógica é a mesma: a morte de pacientes por COVID-19, por não terem podido receber atendimento adequado, em razão de excesso de procura dos mesmos serviços ao mesmo tempo, não teve como causa principal a omissão do Estado, mas sim a contração da doença. Todavia, a impossibilidade

49 CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012.

50 Sobre a responsabilidade proporcional na Espanha, veja-se MARTÍN-CASALS, Miquel. Proportional liability in Spain: a bridge too far? In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.) *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 43 s.

51 Capecchi formula um exemplo bastante elucidativo: suponha-se que um empresário pretenda colocar no mercado um produto útil, mas contendo elementos nocivos (imagine-se que aumente em 5% a chance de alguém desenvolver câncer). Se este empresário, temeroso das consequências, consultasse um advogado, este lhe diria que, à luz das teorias sobre o nexos causal em vigor na Itália (e também na maioria dos países, inclusive o Brasil), o empresário não teria do que temer, já que não se conseguiria provar que eventual câncer desenvolvido por um consumidor do produto fosse originado do mesmo (ou por não atingir o limite do “mais provável do que não”). O autor, então, prossegue: suponha-se que o produto tenha sido consumido por 10.000 usuários e que 500 deles tenham desenvolvido câncer. Por esta lógica, nenhum deles teria obtido qualquer indenização, o que seria potencialmente injusto para com aqueles que desenvolveram a doença em razão do produto. Mas se eles tivessem ganho de causa integral, seria igualmente injusto para com o empresário, pois alguns deles certamente desenvolveram câncer em razão de outros fatores que não o consumo do produto. Mais justo, portanto, seria que o empresário fosse responsabilizado proporcionalmente ao aumento do risco de desenvolvimento da doença, ou seja, no caso, 5% do dano arbitrado pelo juízo – nesses termos, CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 259-260.

de atender a todos os pacientes, contribuiu causalmente para o desenlace, ao menos em parte. Além disso, jamais se saberá, com certeza, se teriam sobrevivido aqueles pacientes que não puderam se utilizar de ventiladores e outros equipamentos de suporte, necessários para o tratamento da doença, e morreram. Isto porque muitos são os pacientes que, ainda quando devidamente tratados, mesmo assim falecem. De qualquer sorte, a conhecida teoria da perda de uma chance, de aplicação rotineira no Brasil, também parece que possa ser invocada a essas situações.

Não iríamos ao ponto, porém, de endossar o Projeto de Lei (n. 2.033/2020), que se encontra tramitando no Senado, que atribui genericamente responsabilidade objetiva ao Estado, prevendo indenização aos familiares de paciente que vier a falecer por falta de leitos em UTI no valor prefixado de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além de pensionamento, apurado pela média das últimas doze remunerações do paciente. O P.L. amplia a ideia de solidariedade social, dispensando qualquer análise da questão da causalidade, ainda que proporcional.<sup>52</sup>

Por outro lado, não se têm dúvidas de que o Estado responderá integralmente pelos danos à saúde, ou pela perda de vidas, dos profissionais da saúde que atuaram em hospitais públicos sem que lhes fossem fornecidos todos os equipamentos de proteção individual adequados e necessários para enfrentar, com segurança, a pandemia<sup>53</sup>. Aqueles que contraíram a doença (ou seus familiares, em caso de morte), certamente terão direito a uma indenização a ser paga pelo ente público responsável pelo nosocômio. Impossível, aqui, invocar-se a excludente da força maior ou do caso fortuito, por essas circunstâncias não poderem ser “consideradas estranhas ao risco”<sup>54</sup>.

É hora de concluir.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho, colocamos o problema da indenizabilidade ou não dos prejuízos financeiros sofridos por operadores econômicos, em razão da temporária paralisação de suas atividades, por determinação governamental, bem como da compensabilidade ou não dos danos à saúde dos cidadãos brasileiros que perderam suas vidas, ou que tiveram afetada sua saúde, em razão de falhas no atendimento hospitalar.

Diante do que foi exposto neste desprezioso trabalho, concluímos que, em princípio, não haverá qualquer direito a indenização pelos prejuízos econômicos sofridos por milhões de brasileiros, quer empresários que tiveram que cessar temporariamente suas atividades, quer para cidadãos que perderam seus empregos ou não puderam trabalhar, mesmo na informalidade. As razões para tal negativa são múltiplas. Tais razões passam pela inadequação de remédios vinculados à justiça retributiva ou comunitativa (típica da responsabilidade civil) para resolver problemas que estariam a exigir critérios de justiça distributiva, que foram postos

52 Análise crítica dessa pretendida solução encontra-se em DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020, p. 82.

53 Aliás, legalmente poderiam os profissionais que estivessem nessa situação até mesmo se recusar a trabalhar, pois o Código de Médica Ética (Resolução CFM n. 2.217/2018) prevê (capítulo II, inc. IV) ser direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais”. No caso dos enfermeiros, tal direito está previsto no Código de Ética da Enfermagem (Resolução COFEN n. 564/2017), art. 13 - DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271-282, p. 277.

54 FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, ano 5, n. 1, 2016, p. 23.

em prática, ainda que não tenham logrado neutralizar todos os prejuízos. Ou então passam pelo fato de que os prejuízos econômicos sofridos, embora certamente anormais, foram amplos e gerais, não atingindo apenas uns poucos operadores econômicos. Em se tratando de prejuízos oriundos de atividade governamental lícita, executada dentro da esfera da legalidade, somente danos anormais e especiais são indenizados. Além disso, tais prejuízos configuram o que se denomina de danos puramente econômicos, cuja indenizabilidade não é a regra, mas sim a exceção.

Por outro lado, em relação aos danos à saúde, a resposta é bem mais articulada. Isso porque, como regra, não haverá indenização às vítimas da COVID-19 ou seus familiares, quer pelo fato de terem contraído a infecção, quer pelo fato de terem falecido. Todavia, aventamos a possibilidade de existir tal responsabilidade nas hipóteses de falecimento de pessoas que não puderam receber o atendimento adequado, da parte do serviço público de saúde, em razão de colapso do serviço pela impossibilidade de atender simultaneamente todos os pacientes que, em um mesmo momento, necessitaram de cuidados especiais. Nessas hipóteses, porém, defendemos que a responsabilidade não deverá ser integral, mas sim proporcional, invocando-se a teoria da causalidade proporcional, ou eventualmente a teoria da perda de uma chance.

Espera-se que, uma vez superada a pandemia sanitária, não haja uma 'epidemia' de demandas forenses, pois se isso ocorrer, revelará que muitos foram os afetados pela incapacidade do Estado de atender adequadamente os seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235/248.

BERGKAMP, Lucas. State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343–349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>, acesso em 15/07/2020.

CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2012.

CAVALCANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>, acesso em 15/07/2020.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

BELRHALI, Hafida. La responsabilité de la puissance publique em droit compare – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167/206.

BURINI, Bruno. A covid-19 e a responsabilidade civil do Estado. In: *Migalhas de Peso*, 20/05/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/327194/a-covid-19-e-a-responsabilidade-civil-do-est>, acesso em 15/07/2020.

BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CHARTIER, Yves. Mauro Bussani et Vernon V. Palmer, Pure Economic Loss in Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v.56, 2004, p.224-228.

DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271/282.

DANTASBISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020.

DE MOT, Jef. Pure Economic Loss. *Encyclopaedia of Law and Economics*, v. 1, 2ª ed., 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAIRGRIEVE, Duncan. *State Liability in Tort. A Comparative law Study*. New York: Oxford University Press, 2004.

FELDTHUSEN, Bruce. Liability for Pure Economic Loss: Yes, but Why? *Western Australian Law Review*, v. 28, 1999.

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

FREITAS, Juarez. A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 381-401.

FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. *Revista Migalhas: German Report*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniaisde-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10/09/2020.

GALAND-CARVAL, Suzanne. France. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001.

GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Vol. II – Instituti Giuridici. Torino: G. Giappichelli Ed., 1998.

GÓMEZ POMAR, Fernando; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. La noción de daño puramente econômico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho. *Indret. Working Paper* nº 102. Barcelona, octubre de 2002. Disponível em [http://www.indret.com/pdf/102\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/102_es.pdf), acesso em 13.01.2019.

GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GRIFFIN, Joshua. Pure Economic Loss: Out of Negligence and into the Unknown. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, v. 3, 2014.

KOZIOL, Helmut. Recovery for Economic Loss in the European Union. *Arizona Law Review*, v. 48, 2006.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007.

LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris : Dalloz, 2010.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado legislador. São Paulo: Almedina, 2015.

MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations – Vol. II – The Law of Torts: a Comparative Introduction*. 3<sup>rd</sup>. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MARTÍN-CASALS, Miquel. Proportional liability in Spain: a bridge too far? In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (eds.) *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (série IDP).

MIRAGEM, Bruno. Fato do príncipe, responsabilidade civil e pandemia. Publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil*, em 23/06/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329441/fato-do-principe-responsabilidade-civil-e-pandemia>, acesso em 23/06/2020.

MIRAGEM, BRUNO. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10/07/2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo, Atlas, 2002.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. *Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020*. Disponibilizado em 14/04/2020 em <https://civilemobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em 14/07/2020.

PALMER, Vernon. A Comparative Law Sketch of Pure Economic Loss. In: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. *Comparative Tort Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João Sarmiento. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: MORAIS ANTUNES, Ana Filipa; TAVEIRA DA FONSECA, Ana Maria; PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando. *Novas Tendências da Responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

PONZANELLI, Giulio. La sanitaría responsabilità e i possibili contenziosi da COVID. *Danno e responsabilità*, 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>, acesso em 14/07/2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. Caso Fortuito ou de Força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do Coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020.

VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy ; LAROUCHE, Pierre ; VON BAR, Christian ; VINEY, Geneviève. *Tort Law : Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*. 2<sup>e</sup>. Éd. Paris : L.G.D.J., 1998.

WISSINK, Mark H.; VAN BOOM, Willem H. The Netherlands. In: MAGNUS, Ulrich (Ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001.

---

**Recebido em:** 13.09.2020

**Aprovado em:** 20.12.2020

### **Como citar este artigo (ABNT):**

FACCHINI NETO, Eugênio. Em busca de uma responsabilidade razoável, solidária e proporcional do Estado em tempos de covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.73-93, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.