
A BIOÉTICA DA RESPONSABILIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA***THE BIOETHICS OF RESPONSIBILITY AND THE CIVIL LIABILITY OF HEALTH PROFESSIONALS IN A TIME OF PANDEMIC*****MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ**

Doutora e Mestre em Direito; Professora no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas; Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética do IEC-PUC Minas; Pesquisadora do CEBID; membro do IBERC; mfatimasa@uol.com.br.

BRUNO TORQUATO DE OLIVEIRA NAVES

Doutor e Mestre em Direito; Professor no Curso de Graduação em Direito da PUC Minas e da Dom Helder Câmara; Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Dom Helder Câmara; Coordenador do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética do IEC-PUC Minas; Pesquisador do CEBID; membro do IBERC; brunotorquato@hotmail.com.

IARA ANTUNES DE SOUZA

Doutora e Mestre em Direito; Professora no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFOP; Pesquisadora do CEBID; membro do IBERC; icara@ufop.edu.br.

RESUMO

Objetivo: o presente artigo tem por objetivo refletir acerca do possível desenho da responsabilidade civil dos profissionais de saúde diante da pandemia da COVID-19.



Metodologia: A partir de pesquisa documental, utiliza-se o método dedutivo para – valendo-se da Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, e da Medida Provisória nº. 966, editada pelo Presidente da República Federativa do Brasil em 2020, além de textos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, de natureza bioética e jurídica – extrair conclusões sobre a responsabilidade civil do profissional de saúde no combate à pandemia. Adota-se a metodologia teórico-dogmática, com base na Bioética da Responsabilidade e na Responsabilidade Civil contemporânea.

Resultados: Não há necessidade de normas que mitiguem a responsabilidade dos profissionais de saúde, uma vez que o sistema já possibilita a flexibilização diante das circunstâncias concretas.

Contribuições: A análise da Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, e da Medida Provisória nº. 966 serve como exemplo hermenêutico para situações em que se considera a majoração ou a minimização da responsabilidade civil diante de situações extraordinárias. Ditas normas são confrontadas com a Teoria do Nexo Causal e sobrelevam a utilidade da Teoria da Causalidade Necessária. A importância do trabalho interdisciplinar ainda se revela pelo estudo da Bioética da Responsabilidade, como sustentação do reconhecimento das autonomias no contexto da relação entre o profissional de saúde e o paciente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Profissionais de saúde. Pandemia. COVID-19. Causalidade necessária.

ABSTRACT

Objective: This paper aims to reflect about the possible design of civil liability of health professionals faced with the COVID-19 pandemic.

Methodology: Based on documentary research, the deductive method is used – based on the Executive Order 202.10 of the State of New York and Provisional Measure No. 966 edited by the President of the Federative Republic of Brazil in 2020, in addition to legislative, jurisprudential and doctrinal texts of bioethical and legal nature – to draw conclusions about the civil liability of health professionals combating the pandemic. The theoretical-dogmatic methodology is adopted, based on the Bioethics of Responsibility and the contemporary Civil Liability.

Result: There is no need for rules that mitigate the liability of health professionals, since the system already makes possible flexibility before concrete circumstances.

Contributions: The analysis of the Executive Order 202.10 of the State of New York and of the Provisional Measure No. 966 serves as an hermeneutic example for situations in which it is considered the increase or decrease of civil liability before



extraordinary situations. Such norms are confronted with the Theory of Causation and emphasize the usefulness of the Theory of the Necessary Causation. The importance of interdisciplinary work is revealed by the study of the Bioethics of Responsibility, as a support for the recognition of autonomies in the context of the relationship between the health professional and the patient.

Keywords: Civil liability. Health professionals. Pandemic. COVID-19. Necessary causation.

Em resumo, cabe afirmar que a ética da responsabilidade assume o respeito por todos os seres humanos como um absoluto, no sentido de que todos têm direito de participar em um processo livre e equitativo de deliberação. A pluralidade de perspectivas e valores não aparece a partir dessa perspectiva como uma dificuldade, mas como a possibilidade de obter acordos mais matizados e fecundos. Não se pode aspirar a que sejam totalmente racionais, mas tão somente razoáveis e prudentes. Por conseguinte, as decisões jamais podem aspirar a ser absolutas, mas devem estar sim submetidas a um contínuo processo de revisão. A responsabilidade se encontra sempre e necessariamente aberta para o futuro. (GRACIA, 2010, p. 523)

1 INTRODUÇÃO

Em razão da pandemia da COVID-19 e da realidade inesperada junto aos serviços de saúde, os profissionais da área (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem, fisioterapeutas, farmacêuticos etc.), que se encontram na linha de frente ao atendimento às pessoas infectadas, viram-se impelidos à tomada de decisões de ações extraordinárias – tais como decisões acerca de quais pacientes seriam admitidos em UTI, quais usariam ventiladores, quais se submeteriam a certa medicação –, em especial considerando a escassez de recursos e a agilidade de ações diante da doença.

Dado esse cenário, o artigo tem a intenção de refletir acerca do possível desenho da responsabilidade civil dos profissionais de saúde diante da pandemia da COVID-19. Essas considerações se mostram necessárias em razão da edição da Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, que ora reduziu ora isentou de responsabilidade civil os profissionais de saúde; e em razão da edição, pelo



Presidente da República Federativa do Brasil, da Medida Provisória nº 966/2020, que mitigou a responsabilidade civil dos agentes públicos.

Prevalece, no trabalho, a vertente metodológica teórico-dogmática para, frente à Bioética e ao microssistema do Biodireito, em especial às normas do Direito Médico; promover, de modo argumentativo, por meio de fonte bibliográfica e documental, o possível desenho da responsabilidade civil dos profissionais de saúde em tempos de pandemia. A relevância do artigo evidencia-se pela aplicação da Bioética da Responsabilidade e da análise dos elementos de responsabilidade civil.

2 A BIOÉTICA DA RESPONSABILIDADE

Do ponto de vista histórico, a Bioética surge por absoluta necessidade, eis que o ser humano, com o saber biotecnológico, deteve o poder de investigação e de intervenção na vida humana e extra-humana. O cientista passou a ser o novo sacerdote da religião positivista, detentor da chave do verdadeiro e do falso (GRACIA, 2010). Aliás, essa foi a origem do paternalismo médico, em que os profissionais se enxergavam como os detentores do conhecimento, que deveriam salvar o obtuso paciente, descobrir doenças e proporcionar-lhe uma vida distante de intempéries (SÁ; NAVES, 2018).

Nesse contexto, a Bioética, cujo termo foi cunhado pelo filósofo Fritz Jahr, é a junção de duas palavras gregas, *bios* (vida) e *ethos* (comportamento), que expressa a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e suas implicações na sociedade e nas relações entre as pessoas (SÁ; NAVES, 2018).

O desenvolvimento da Medicina passou a aliar a formação técnica com a formação axiológica, diante de um conteúdo moral de decisões sobre a vida. Mas para a sólida formação axiológica, atribuir limites era mais do que necessário; era o próprio elemento legitimador da intervenção médica. Daí a justificativa para o surgimento da Bioética.



A Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Bioética (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*) editou em 1978 o Relatório de Belmont, apontando os princípios éticos básicos da Bioética, quais sejam, a autonomia, a beneficência e a justiça.

Em 2005, foi editada a *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos* pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, prevendo em seu texto 15 (quinze) princípios, voltados não só para a Biomedicina, mas para as necessárias interseccionalidades ambientais e sociais. Trata-se de princípios personalistas, baseados nos direitos humanos (LISBÔA; SOUZA, 2015). Em síntese, os quinze princípios são: 1) dignidade humana e direitos humanos; 2) efeitos benéficos e efeitos nocivos; 3) da autonomia e da responsabilidade individual; 4) consentimento; 5) exercício da autonomia por pessoas incapazes de exprimir o consentimento; 6) respeito à vulnerabilidade humana e integridade pessoal; 7) vida privada e confidencialidade; 8) igualdade, justiça e equidade; 9) não discriminação e não estigmatização; 10) respeito pela diversidade cultural e pluralismo; 11) solidariedade e cooperação; 12) responsabilidade social e saúde; 13) partilha dos benefícios resultantes da intervenção com a pessoa humana; 14) proteção das gerações futuras; e 15) proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.

Diego Gracia (2010), em seu livro “Pensar a Bioética”, destaca a evolução da ética médica em ética da virtude, ética do dever e ética da responsabilidade.

A ética da virtude foi erigida sobre os fundamentos da Antiguidade clássica grega, pressupondo adequação da conduta à ordem perfeita da natureza, “imutável, necessária e eterna”. Para exercer bem a profissão, caberia ao médico ser virtuoso. Gracia traz como exemplo o juramento hipocrático, que encerrava os deveres profissionais mesmo contra a vontade de seu paciente.

Na modernidade, a ética transmuda-se para ética do dever; tal dever não é natural, mas objetivo, pois foi promulgado por quem tem autoridade. Aquele que não cumpre com o dever deverá receber uma sanção, inserida nos códigos deontológicos das profissões. A influência de Kant é clara, pois os deveres podem ser colocados



autonomamente, pela razão pura prática, ou heteronomamente, por meio de normas externas de conduta.

Sobre a ética na contemporaneidade, Gracia assim expressa:

A bioética é o intento de situar o problema num novo nível, o contemporâneo. Trata-se de fazer justiça à realidade em toda a sua complexidade, tendo em conta todo o contexto, tanto o histórico, o social e o cultural como o individual. Se a primeira foi uma ética da virtude e do vício e a segunda uma ética do direito e do dever, esta terceira quer ser uma ética da responsabilidade. Responsabilidade por tudo e por todos, pela razão, mas também pelas emoções, pelos desejos, pelos valores, pelas crenças etc. Responsabilidade pelos outros seres humanos e pelas tradições, pela natureza, pelo futuro. Responsabilidade sobretudo pela situação concreta, portanto pelas circunstâncias e pelas consequências do ato que estejamos decidindo ou sobre o qual tenhamos de decidir. Aqui sim são fundamentais os procedimentos narrativos e hermenêuticos, embora por certo nos ajudem também outros fatores, por exemplo os princípios e as regras morais. Mas para análise da concreção são necessários procedimentos distintos e complementares, como são estes de que vimos falando. (GRACIA, 2010, p. 239-240).

Reconhecemos como princípio da Bioética não apenas a responsabilidade ligada à autonomia da pessoa como sujeito da ação dos profissionais da saúde, mas, em especial, a responsabilidade do próprio profissional, como guia para a qualificação moral da ação do interventor na vida, que dele exige uma consciência prévia, não apenas individual, mas formada dialogicamente no espaço público.

A ética da responsabilidade, em Giovanni Berlinguer (2003), impõe sua concepção dúplice, a responsabilidade como consciência, empenho ou moralidade de um lado; e a culpa ou o erro de outro. Na primeira concepção, junto ao espaço público, destaca-se o papel preventivo e de fomento à reflexão, que deve ser promovido pelos conselhos profissionais de saúde e pelos comitês de ética de hospitais e clínicas.

Normas que trazem isenções de responsabilidade, sob o manto da razoabilidade e da boa-fé, bem como do agir ou omitir sem negligência grave, geram questionamentos de toda ordem: como aferir tal razoabilidade e boa-fé do prestador de serviços de saúde? Será que o caos do contexto da pandemia já é suficiente para o eximir da responsabilidade?



A bioética é desde seus inícios uma ética da responsabilidade. Esta é a razão pela qual tem utilizado tanto, desde as próprias origens, o trabalho deliberativo conjunto, na forma de comitês e comissões. E isso também explica por que seus quatro princípios canônicos definem deveres *prima facie*, que somente se transformam em reais e efetivos após a ponderação de todos os fatores concorrentes, circunstâncias e consequências incluídas. Esta avaliação é inevitavelmente situacional, individual, social e histórica. Não há aqui possibilidade de adotar uma perspectiva absoluta e onicompreensiva, pois esta é tão somente atributo divino. (GRACIA, 2010, p. 522-523).

A escassez de recursos financeiros e humanos, a inevitabilidade de escolhas trágicas e a constituição de hospitais de campanha formam um universo peculiar, extraordinário e hipersensível, que deve ser considerado quando do contato do profissional com o paciente. Todavia, tais circunstâncias não podem assumir o condão de, por si mesmas e aprioristicamente, eximir os profissionais de responsabilidade ética ou jurídica. Não custa lembrar que a Bioética Médica nasceu como um meio de compartilhar as responsabilidades morais na tomada de decisões para um ambiente de deliberação mais amplo, transdisciplinar e transindividual.

3 ANÁLISE DE NORMAS QUE MITIGAM A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATUAÇÃO DE AGENTES NO COMBATE À PANDEMIA

Para a análise da adequação de se editar normas que mitiguem a responsabilidade civil, especificamente na atuação de combate à pandemia, apresentaremos a Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, e a Medida Provisória nº 966/2020, brasileira.

3.1 A ORDEM EXECUTIVA 202.10, DO ESTADO DE NOVA YORK

Em 7 de março de 2020, o governador do Estado de Nova York, Andrew M. Cuomo, declarou situação de emergência no Estado em razão da pandemia da COVID-19. A partir dela advieram ordens executivas complementares e extraordinárias que justificaram a suspensão de algumas normas jurídicas ordinárias.



Com a Ordem Executiva 202.10, de 23 de março de 2020, ficaram suspensos os efeitos de algumas normas de procedimentos administrativos referentes às responsabilidades civil e penal dos profissionais de saúde, em princípio, até 22 de abril. O objetivo foi trazer maior tranquilidade na tomada de decisões por profissionais de saúde, em virtude do grande número de escolhas trágicas que se viram obrigados a fazer, acentuadas pelo contingente de informações e das incertezas no tratamento da Covid-19.

Destacamos duas questões inseridas na Ordem Executiva:

1) Ficou estabelecida a imunidade de profissionais de saúde, frente à responsabilidade civil por lesão ou morte, advinda de ação ou omissão, no curso do tratamento da COVID-19. A norma excetuou da isenção de responsabilidade a lesão ou a morte causada por **negligência grave** desse profissional.

[...] todos os médicos, médicos assistentes, assistentes especializados, profissionais da enfermagem, enfermeiros profissionais licenciados e enfermeiros práticos licenciados estão imunes de responsabilidade civil por qualquer lesão ou morte decorrente de ato ou omissão por parte do referido profissional médico em razão da prestação de serviços médicos e de apoio em resposta estatal ao surto da COVID-19, a não ser que tal lesão ou morte seja causada por **negligência grave** do profissional médico; [...]¹. (tradução nossa).

2) Antes da pandemia, o Estado de Nova York punia o profissional de saúde que não mantivesse os registros do paciente. No entanto, com a Ordem Executiva, concedeu-se imunidade absoluta ao profissional que atuasse de maneira razoável e de boa-fé, mesmo não mantendo os registros de pacientes, inclusive prontuários.

Não obstante qualquer lei ou regulamento em contrário, os prestadores de serviços de saúde estão dispensados da manutenção de registros, de acordo com o que for necessário a tarefas atinentes ao surto da COVID-19, incluindo, mas não limitado a, requisitos para manter registros médicos que reflitam com precisão a avaliação e o tratamento dos pacientes, ou requisitos para atribuir

¹ “[...] all physicians, physician assistants, specialist assist, nurse practitioners, licensed registered professional nurses and licensed practical nurses shall be immune from civil liability for any injury or death alleged to have been sustained directly as a result of an act or omission by such medical professional in the course of providing medical services in support of the State’s response to the COVID-19 outbreak, unless it is established that such injury or death was caused by the gross negligence of such medical professional; [...]”



códigos de diagnóstico ou criar ou manter outros registros para fins de cobrança. Qualquer pessoa que atue **razoavelmente e de boa fé**, de acordo com esta disposição, deverá ter imunidade absoluta de responsabilidade por qualquer falha na manutenção de registros². (tradução nossa).

A intenção de conferir certa segurança aos profissionais de saúde é louvável, pois reconhecemos que a circunstância é excepcional e a teoria não consegue acompanhar as exigências das difíceis situações práticas – e, portanto, a elas não pode se sobrepor.

Os profissionais de saúde estão constantemente submetidos a condições estressantes de trabalho, que importam em risco iminente de contágio, escassez de recursos, dramas pessoais de pacientes, conflitos de informações e o sentimento de impotência diante de uma virose nova, com consequências ainda imprevisas. Todo esse ambiente é agravado pela assunção de responsabilidade na escolha entre vidas, porquanto o sistema de saúde não comporta a expressiva demanda de tratamento. A essas escolhas difíceis, que oprimem o agente, instado a decidir entre a balança moral sobre qual paciente recairá o maior prejuízo³ e aquele que terá o tratamento adequado, a Bioética denomina de “escolhas trágicas”.

Ressaltamos que a Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, não é precursora na previsão de isenção de responsabilidade civil aos profissionais de saúde. No mesmo dia, em 23 de março de 2020, em âmbito federal, foi publicada a *Lei de Auxílio ao Coronavírus, Socorro e Segurança Econômica (Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act)* ou *Lei de Cuidado (CARES Act)*, que trouxe previsão de limitação de responsabilidade dos profissionais de saúde voluntários que atuem durante a resposta à emergência da COVID-19:

2 “Notwithstanding any law or regulation to the contrary, health care providers are relieved of recordkeeping requirements to the extent necessary for health care providers to perform tasks as may be necessary to respond to the COVID-19 outbreak, including, but not limited to, requirements to maintain medical records that accurately reflect the evaluation and treatment of patients, or requirements to assign diagnostic codes or to create or maintain other records for billing purposes. Any person acting reasonably and in good faith under this provision shall be afforded absolute immunity from liability for any failure to comply with any recordkeeping requirement.”

³ Quando dizemos que sobre um paciente recairá maior prejuízo, isso não significa isenção de tratamento, mas que o tratamento não será o mais indicado diante da falta de recursos.



SECÇÃO 3215. LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS PROFISSIONAIS VOLUNTÁRIOS DE SAÚDE DURANTE A RESPOSTA EMERGENCIAL À COVID-19. (a) Limitação de responsabilidade, exceto como previsto na subsecção (b), um profissional de saúde não será responsável, sob a incidência de lei federal ou estadual, por qualquer dano causado por ato ou omissão profissional na prestação de serviços de saúde durante a emergência de saúde pública da COVID-19, declarada pelo Secretário de Saúde e Serviços Humanos [...], se: (1) o profissional está prestando serviços de saúde, como voluntário, em resposta a essa emergência de saúde pública; e (2) o ato ou a omissão ocorre (A) no curso de prestação de serviços de saúde; (B) na capacidade do profissional de saúde como voluntário; (C) durante a prestação de serviços de saúde. Aqueles que: (i) estão dentro do escopo da licença, registro ou certificação de voluntário, conforme definido pelo Estado que realiza o licenciamento, o registro ou a certificação; e (ii) não excedam o escopo de licença, registro, certificação do profissional de saúde substancialmente similar no Estado cujo ato ou omissão ocorre; e (D) de boa-fé, com o paciente que necessita de serviços de saúde. (b) EXCEÇÕES - A subsecção (a) não se aplica se: (1) o dano for causado por ato ou omissão que constitui conduta dolosa ou criminosa, negligência grave, má conduta imprudente ou conduta flagrantemente consciente indiferente aos direitos ou segurança do paciente prejudicado pelo profissional de saúde; ou (2) o profissional de saúde prestou a assistência médica sob a influência (conforme determinado nos termos da lei estadual aplicável) de álcool ou drogas intoxicantes⁴. (tradução nossa).

Pelo que se viu acima, as previsões de isenção ou limitação de responsabilidade são garantidas nas ações ou nas omissões que ocasionem danos existenciais, desde que a **conduta seja razoável, de boa-fé e que não constitua negligência grave**.

O mesmo movimento de mitigação de responsabilidade surgiu no Brasil, especialmente por meio da Medida Provisória nº 966/2020.

⁴ “SEC. 3215. LIMITATION ON LIABILITY FOR VOLUNTEER HEALTH CARE PROFESSIONALS DURING COVID-19 EMERGENCY RESPONSE. (a) LIMITATION ON LIABILITY.—Except as provided in subsection (b), a health care professional shall not be liable under Federal or State law for any harm caused by an act or omission of the professional in the provision of health care services during the public health emergency with respect to COVID-19 declared by the Secretary of Health and Human Services [...], if— (1) the professional is providing health care services in response to such public health emergency, as a volunteer; and (2) the act or omission occurs— (A) in the course of providing health care services; (B) in the health care professional’s capacity as a volunteer; (C) in the course of providing health care services that— (i) are within the scope of the license, registration, or certification of the volunteer, as defined by the State of licensure, registration, or certification; and (ii) do not exceed the scope of license, registration, or certification of a substantially similar health professional in the State in which such act or omission occurs; and (D) in a good faith belief that the individual being treated is in need of health care services. (b) EXCEPTIONS.—Subsection (a) does not apply if— (1) the harm was caused by an act or omission constituting willful or criminal misconduct, gross negligence, reckless misconduct, or a conscious flagrant indifference to the rights or safety of the individual harmed by the health care professional; or (2) the health care professional rendered the health care services under the influence (as determined pursuant to applicable State law) of alcohol or an intoxicating drug.”



3.2 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020

Em 13 de maio de 2020, foi editada a Medida Provisória nº 966, que tratou da responsabilidade civil do agente público em relação a atos referentes à pandemia. Segundo o art. 1º, a responsabilidade civil se torna mitigada por restringir-se a hipóteses de dolo ou erro grosseiro:

Art. 1º 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. [...] § 2º O mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Em primeiro lugar, há que se verificar quem seria *agente público* nessa circunstância. Todos os administradores públicos – inclusive agentes políticos e pessoas em cargos comissionados – enquadram-se nesse conceito. Em outras palavras, todos aqueles que prestarem serviços voltados ao combate da pandemia, inclusive aqueles responsáveis pelos processos de aquisição de Equipamentos de Proteção Individual – EPIs, ventiladores mecânicos e medicamentos são tidos como agentes públicos.

Os médicos que trabalham para o Sistema Único de Saúde também são agentes públicos e pelo disposto no art. 1º da MP nº 966/2020 ficam isentos de responsabilidade, desde que não atuem com dolo ou erro grosseiro. Aqui uma primeira pergunta: E os médicos que não se vinculam ao SUS, teriam o mesmo benefício já que as situações vividas em ambiente hospitalar durante a pandemia podem ser similares?

Esse questionamento já nos leva a uma resposta contraditória, que expõe a desigualdade de tratamento de profissionais de saúde, porquanto a redução da responsabilidade só se dará ao médico servidor público ou àquele que atende pacientes que se encontram em leitos destinados ao SUS em unidades privadas.



E como isentar os agentes públicos de responsabilidade se eles agem em nome do Estado e o fazem legitimados pelo povo?

A responsabilidade do Estado e do agente que exerce função pública não só é exigência, como, no Brasil, consta expressamente da Constituição da República, no do §6º do art. 37: “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Não é viável se interpretar a MP como limitadora exclusivamente da responsabilidade do agente público, sem que isso afete a responsabilidade civil do Estado. Ora, por mais que compreendamos que são responsabilidades diferentes, já que a responsabilidade do Estado é objetiva e a do agente, que desempenha função pública, é subjetiva, não há como se isolar essas duas responsabilidades. (NAVES; SOUZA; SÁ, 2020).

O Supremo Tribunal Federal (2015) – STF – firmou entendimento pela tese da dupla garantia. Explicamos: o prejuízo sofrido por qualquer pessoa deve ser cobrado diretamente do Estado e, posteriormente, o Estado deve buscar o ressarcimento (ação de regresso) contra o agente público.

Então não se pode propor ação de indenização diretamente contra o agente público, mas somente contra o Estado, que depois buscará, na ação de regresso, o ressarcimento do seu gasto. Como já dissemos em outro momento:

Ora, se se ameniza a responsabilidade do agente público, cria-se uma dificuldade para o ressarcimento do Estado na ação de regresso. A indenização paga pelo Estado, configurará uma lesão ao seu erário, que não poderá ser compensado do gasto que seu agente lhe causou. A ação de regresso é uma medida de proteção dos cofres públicos. E essa proteção é vista como medida obrigatória e imprescritível, sob pena de dano a todo o povo. (NAVES; SOUZA; SÁ, 2020).

Não há como minimizar a responsabilidade objetiva do Estado nem a responsabilidade subjetiva do agente público, posto que ambas foram instituídas pelo art. 37 da Constituição, com condicionantes e exceções próprias. Reduzir tal



responsabilidade afronta o Texto Constitucional e o princípio da probidade administrativa.

Em 2018, a Lei nº 13.655⁵ inseriu mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com igual desacerto, um sistema em que se promoveu a diminuição da responsabilização do agente público. A MP nº 966/2020 agrava tal situação, com afronta ao texto constitucional e ao erário público.

Em razão da redação pouco clara, parece mesmo que o objetivo da MP era blindar o próprio Estado, embora expressamente se refira a agente público. Se seguirmos esse propósito, acreditamos não haver jurista que sustente a validade de suas normas.

De outro lado, seria possível enxergar na MP uma tentativa de afastar a dupla garantia, permitindo a ação direta contra o agente público, mas apenas em caso de “dolo ou erro grosseiro”. Chegamos a afirmar que:

Já em hipóteses de culpa menos grave, nem haveria responsabilidade direta ou indireta. Nesse caso, também haveria inconstitucionalidade, pois a dupla garantia está estabelecida no §6º do art. 37 da Constituição da República. Por fim, a MP reduz a própria responsabilidade do Estado, subvertendo-a em “subjativa mitigada”, pois em caso de omissão estatal, a responsabilidade já seria subjativa. Assim, será que a ausência de “dolo ou erro grosseiro” do agente público não é causa excludente da responsabilidade do Estado? Ou seja, a ausência do elemento subjetivo do agente reflete na ausência do elemento subjetivo do Estado. (NAVES; SOUZA; SÁ, 2020).

A técnica legislativa e o conteúdo da MP suscitam várias dúvidas, porquanto sua linguagem é pouco técnica e contraria a própria história de nossos institutos e instituições jurídicas.

No entanto, o STF, em 21 de maio de 2020, concedeu parcialmente medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431) para conferir interpretação conforme a Constituição, a fim de que seja observado o princípio da autocontenção no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício das medidas a serem implementadas. Dito de outro modo: as

⁵ Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: [...] “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”



decisões devem pautar-se em critérios científicos, observado o princípio da precaução.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS DIANTE DA COVID-19

O princípio bioético da responsabilidade faz derivar, deontologicamente, a responsabilidade jurídica, que “revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa, a fim de satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais impostas por seu descumprimento” e “sobreleva-se o aspecto da causalidade, da proporcionalidade e da imputabilidade das consequências atribuíveis à conduta”. (SÁ; NAVES, 2018, p. 43).

Propõe-se, aqui, analisar os requisitos e elementos da responsabilidade civil no Direito nacional para, em seguida, confrontar o regime brasileiro às disposições de mitigação de responsabilidade da Ordem Executiva, do Estado de Nova York.

No Direito brasileiro, os requisitos para a responsabilização civil são: (i) conduta; (ii) culpa, caso a responsabilidade seja subjetiva; (iii) dano; e (iv) nexo de causalidade.

Propositadamente não se inseriu o ato ilícito como requisito à responsabilização civil, porque:

Pode mesmo ocorrer responsabilização sem ato ilícito. A responsabilidade decorre de uma imputação legal, não necessariamente a uma conduta ilícita. Atos lícitos como o estado de necessidade e a legítima defesa (art. 188, CC) podem acarretar o dever de reparar. Também na responsabilidade objetiva difícil é procedermos à análise da licitude ou ilicitude do fato, cuja reparação advém tão-somente da imputação normativa (NAVES; SOUZA, 2012, p. 403).

A conduta (i) pode se dar por ação ou por omissão. A primeira é aquela na qual a pessoa age positivamente, enquanto a segunda se dá pela inação. Deixa-se de fazer aquilo que por dever legal deveria ser feito. O profissional de saúde deve agir para recuperar a saúde dos pacientes acometidos pela COVID-19. Tanto na ação quanto na omissão pode ocorrer o dano passível de reparação civil.



A culpa (ii) é requisito da responsabilidade subjetiva, que, aos profissionais de saúde, é aplicada em razão do disposto no art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

A culpa é considerada em sentido amplo, englobando o dolo. A culpa dos profissionais de saúde, em regra, configura-se em negligência ou imperícia.

O dano (iii) é de cunho patrimonial quando há “lesão a um interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 257). De outro lado, fala-se em danos extrapatrimoniais, em que pese convertidos em pecúnia para fins de indenização, o que é feito por estimativa, são verificáveis diante da violação de direitos da personalidade, e sua violação não enseja a volta ao *status quo*. Nesse sentido, Nelson Rosenvald entende que:

Para superar a abordagem tradicional do direito brasileiro pela qual dano moral e dano extrapatrimonial se equivalem – tal como dois lados de um mesmo quadrado –, doravante, para o direito civil pátrio sustento a existência de um gênero, o “dano extrapatrimonial”, dividido em 4 espécies, quais sejam: dano à imagem; dano estético; dano existencial e dano moral (ROSENVALD, 2020a).

As condutas dos profissionais de saúde ao causarem dano à saúde e à vida das pessoas diante da pandemia da COVID-19 podem gerar, assim, danos extrapatrimoniais. Não se afasta, contudo, a eventualidade da existência de danos patrimoniais.

Nexo de causalidade (iv) é o liame que une a conduta do agente ao resultado danoso; ou o vínculo entre a conduta de pessoa pela qual se é responsável e o prejuízo suportado; ou, enfim, o elo entre o fato da coisa e o evento danoso.

Assim, a causa de um dano é o que para ele contribui ou o que concorre para agravá-lo.

O nexo de causalidade vem ganhando destaque com o desenvolvimento da responsabilidade objetiva. Há não muito tempo, ao se levantar o tema da responsabilidade civil, vinha à mente, quase que instantaneamente, a ideia de culpa,



pois era essa a característica central da responsabilidade, eminentemente subjetiva. Com o número cada vez maior de situações fundadas no risco, o problema da responsabilidade deslocou-se da culpa para o nexos causal.

Embora de fácil conceituação, o nexos causal traz sérios entraves para sua comprovação no caso concreto, especialmente nas situações em que várias causas concorrem para a ocorrência do dano.

Em regra, tanto a responsabilidade subjetiva, quanto a objetiva requerem, para sua caracterização, o elemento causal. Portanto, sem nexos de causalidade, em regra, não há responsabilização.

Como se viu no item anterior, a isenção ou a limitação de responsabilidade foi garantida no documento do Estado de Nova York, desde que a conduta fosse razoável, de boa-fé e que não constituísse negligência grave.

A negligência é um elemento da responsabilidade civil, correlacionado ao requisito da culpa na responsabilidade de espécie subjetiva. No entanto, a norma estadunidense se refere à gravidade da negligência. Se a negligência é falta de cuidado ou de atenção, como configurar a negligência grave? Qual é o elemento que torna a falta de cuidado objetivamente grave?

A culpa pode ser graduada em grave – quando o dano causado pela conduta poderia ter sido evitado por pessoa com cuidados mínimos; em culpa média – na qual o dano poderia ser percebido e evitado diante de cuidados ordinários; e, ainda, culpa leve – quando o dano somente seria evitado por cuidados acima do comum.

Trata-se de uma gradação que era prescrita no Direito Romano: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, até a mais leve culpa levará à reparação.

O estabelecimento desses graus de culpa só é possível se compararmos com uma média de conduta exigível.

A aferição da gradação da culpa, contudo, não interessa para a configuração da responsabilidade civil. Pode, entretanto, ser levada em conta quando da fixação da indenização, a exemplo do disposto no art. 944 do Código Civil (2002).

Nelson Rosenvald, em recente artigo, defendeu a qualificação da culpa nos seguintes termos:



Os prestadores de cuidados de saúde serão responsabilizados quando seus atos, omissões e decisões forem deliberados, desrespeitosos, negligentemente grosseiros, discriminatórios ou intencionalmente violem normas éticas. Ilustrativamente, um caso contra um médico que diagnosticou mal um paciente por causa de um falso teste covid-19, seria bem amparado pela isenção de responsabilidade. Contudo, prestadores de serviços que tomam decisões com base na cor, gênero, origem nacional ou religião do paciente ou qualquer outra classificação proibida por lei, não devem estar imunes a sanções por esse comportamento ilegal. Outrossim, não haverá imunidade para prestadores que conscientemente ignorem ou violem padrões de triagem profissionalmente articulados e aprovados para pacientes sob atendimento ou que se apresentem para atendimento. (ROSENVALD, 2020b)

No entanto, ao que nos parece, se a negligência grave configura a ação deliberada para assunção de um resultado danoso ou violação de norma ética ou jurídica, haveria assim a configuração de dolo, e não de culpa *stricto sensu*.

Nesse passo também questionamos as excludentes de razoabilidade e de boa-fé, ou seja, o que é um agir razoável e de boa-fé que exclui a responsabilização?

Judith Martins-Costa chama a atenção para a utilização plúrima da expressão “boa-fé”:

O sintagma «boa-fé» é utilizado na linguagem dos juristas de modo multifacetado, nem sempre significando o mesmo fenômeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora como conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como *standard* jurídico (boa-fé como pauta de conduta devida) e como regra de comportamento, ora a acepção subjetiva (boa-fé como crença e/ou estado de ignorância), muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como instituto ou modelo jurídico. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 41-42).

Diante dos atos jurídicos relativos aos profissionais de saúde, a boa-fé assume o sentido usual da Parte Geral do Código Civil, isto é, é um padrão de comportamento, imposto socialmente, mas devido especificamente para aquela situação. Dessa forma, não há como se averiguar a boa-fé fora das circunstâncias objetivas do caso concreto. Até porque, não há padrão de comportamento a se exigir sem que o caso seja devidamente qualificado quanto aos envolvidos, as informações disponíveis, à segurança e a lealdade da comunicação.

A não existência de uma norma específica que cite a boa-fé não impede a sua verificação. Ao contrário, a boa-fé deve ser observada como dever anexo a toda obrigação.



No mesmo sentido, se razoabilidade significar conduta devida ou esperada dos profissionais de saúde, mesmo diante da pandemia, não haveria razão para a isenção de responsabilidade, porquanto o dever de conduta continua configurado.

Advertimos que a norma da Ordem Executiva não menciona a responsabilidade civil de hospitais, de clínicas e do Estado. Todavia, para fins de argumentação, a negligência grave não seria aplicável, no Direito brasileiro, a estes entes, em razão da responsabilidade objetiva porque respondem quanto aos danos, nos termos do *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor cumulado com o art. 927, parágrafo único do Código Civil e o §6º do art. 37 da Constituição da República.

4.1 A PANDEMIA COMO EVENTO EXTRAORDINÁRIO FRENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL

O atendimento de saúde e o exercício da Medicina em circunstâncias pandêmicas, como é o caso da Covid-19, traz complicadores, tanto assim que vozes importantes, como a de Nelson Rosenvald (2020b), defendem regras específicas de modo a limitar a responsabilidade pelas decisões dos prestadores de serviços de saúde, bem como outros atos e omissões que ocorrem em condições de crise.

No entanto, ousamos discordar em razão da Teoria da Causalidade adotada no Direito Civil brasileiro, que já possui o condão de conduzir a responsabilidade tanto por situações ordinárias quanto extraordinárias, pois analisa as características peculiares do caso concreto.

Para explicar este argumento, trazemos aqui as teorias do nexos causal no Direito Civil contemporâneo.

Na intenção de avaliar o que eficientemente contribui para o evento danoso, podemos afirmar que o Direito brasileiro passou por três fases, em que o nexos causal foi trabalhado de forma diferente.

Historicamente, a primeira noção de causalidade no Direito brasileiro foi a *Teoria da Equivalência das Condições*, também conhecida como *Teoria da*



Equivalência dos Antecedentes Causais ou *Teoria da Conditio Sine Qua Non*. Essa Teoria era aplicada a toda responsabilização jurídica, fosse ela civil ou penal.

Com a adoção de algumas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, a *Teoria da Equivalência das Condições* passou a não mais fazer sentido. Casos haveria em que o fato de não se discutir mais a culpabilidade impor a responsabilização quase irrefletida, sem a possibilidade de atuar na proporção da participação do agente, o que se manteve no Direito Penal.

A *Teoria da Equivalência das Condições* propugna a indivisibilidade do elemento causal, por isso a todos os fatores causais são atribuídos o mesmo valor na produção do resultado, desde que, se retirados, desaparecer o evento danoso.

A substituição desta Teoria ao longo do século XX fez surgir várias vertentes para a explicação do nexos causal no tocante à responsabilidade civil, mas, no Brasil, prevaleceu, na vigência do Código Civil de 1916, com poucas oposições, a *Teoria da Causalidade Adequada*.

Por ela, passaram a ser considerados causais apenas os fatores adequados à produção do dano, segundo uma apreciação de probabilidade. Causa seria o fator que, de acordo com o que normalmente sucede, é adequado à produção do resultado. Ao intérprete caberia avaliar, abstratamente, qual fato poderia ser assim considerado.

A grande vantagem desta segunda Teoria foi a possibilidade de se presumir a responsabilização em determinadas situações em que era frequente a irreparabilidade, em virtude da dificuldade de a vítima se desincumbir do ônus da prova.

Com o Código Civil de 2002, na locução de seu art. 403, houve a adoção da *Teoria da Causalidade Necessária*⁶: “Art. 403 Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Segue esse posicionamento Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 528), para quem: “Das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou,

⁶ É possível, doutrinariamente, distinguirmos a *Teoria da Causalidade Direta* e a *Teoria da Causalidade Necessária*. Todavia, entendemos essa última como um aprimoramento daquela, em especial por meio do grande trabalho de Agostinho Alvim (1972), “Da inexecução das obrigações e suas consequências”.



indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.”

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 159) defendem sentido semelhante: “Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexos causal), na vertente da causalidade necessária.”

Para esta *Teoria*⁷, causa é o elemento fático que se conecta ao evento danoso por um liame necessário. Temos, então, que, para se constituir causa, não pode haver outra que explique o mesmo dano. Não importa se dela *ordinariamente* surge o dano, isto é, se o fator é ou não *abstratamente* adequado à produção do resultado. Importa se há um liame de necessariedade entre ele e a conduta.

Com isso, dispensou-se o juízo de probabilidade da *Teoria da Causalidade Adequada*, importante historicamente por gerar menos situações de irreparabilidade. Assim, não se fez mais indispensável presumir a responsabilidade por meio do nexos causal, porquanto a extensão da responsabilidade já fora ampliada pela cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927 e por outras situações de restrição ao uso de excludentes⁸.

A *Teoria da Causalidade Necessária* exige que a conduta seja efetivamente a explicação do evento, sem que haja outra com tal eficiência. Analisa-se apenas o fato concreto, e não o que geralmente acontece, e dele se extrai o evento que se liga por um elo de necessariedade à produção do dano.

Depois de analisadas as três teorias, ao nosso ver fica evidente que a *Teoria da Causalidade Necessária* já responde bem aos eventos danosos tanto em situação

⁷ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal (2017) colocam essa teoria como uma subteoria da Causalidade Direta ou Imediata.

⁸ Nesse ponto, Fernando Noronha destaca a responsabilidade objetiva agravada para determinadas atividades, que guardam risco inerente, em que há “[...] necessidade de responder por determinados danos que na realidade a pessoa não causou, mas argumenta-se que são situações em que não é possível invocar a escusa do fato de terceiro ou do caso fortuito ou da força maior, ou simplesmente nega-se que eles tenham ocorrido.” (NORONHA, 2003, p. 488.)



ordinária quanto extraordinária, pois exige, neste último caso, a avaliação concreta do elo entre a conduta e o dano.

O profissional de saúde que, durante a pandemia, agir ou omitir, com culpa ou dolo, e causar dano ao paciente, com nexos de necessidade, ainda que de boa-fé, com razoabilidade e sem negligência grave, pode ser responsabilizado civilmente.

4.1.1 *Sobre a dispensa de manutenção de registros na Ordem Executiva, do Estado de Nova York*

Retornemos às normas dispostas na Ordem Executiva do Estado de Nova York, que estabelecem que só haverá responsabilização em caso de negligência grave.

Há ainda um problema de prova, pois a Ordem Executiva também eximiu de responsabilidade os profissionais que não mantiverem os registros do paciente. Ora, como provar a negligência grave se a própria norma afasta a necessidade de registros completos do paciente e dos procedimentos pelo qual passou?

Várias serão as dificuldades pela ausência de registro: identificação do profissional de saúde responsável pelo tratamento; conhecimento das técnicas e procedimentos por ele utilizados; se a técnica utilizada era adequada para o caso. Logo, dificulta-se a prova do nexo de causalidade diante da norma.

As discussões concretas sobre razoabilidade e boa-fé e sobre negligência grave parecem fadadas à inefetividade, pois afastam o principal instrumento comprobatório do nexo causal ou de sua ruptura: o prontuário do paciente.

O correto preenchimento do prontuário é segurança para o próximo profissional, que conhecerá o caso do paciente e as medidas tomadas até ali por meio de seus registros.

Por outro lado, o adequado registro do paciente é meio de limitação de responsabilidade do próprio profissional da saúde, eis que comprobatória da boa prática em saúde.



5 EM BUSCA DO CAMINHO PARA UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Historicamente, a responsabilidade civil atravessou um processo de flexibilização de seus requisitos, no sentido de proporcionar uma maior facilidade para a vítima rumo à reparabilidade do dano, seja com a facilitação da prova, seja na dispensa da culpa do pretense ofensor, tornando a responsabilidade objetiva.

Esse mesmo percurso pode ser aventado em sentido contrário, a fim de se enrijecer os requisitos para configuração da responsabilidade civil ou flexibilizar suas excludentes diante de situações extremas.

Em se tratando de pandemia, muitas são as variáveis enfrentadas pelos profissionais da saúde. A tensão das circunstâncias – com a alta demanda, a incerteza das técnicas e até o excesso de informações disponíveis, mas por vezes contraditórias e ainda sem comprovação científica – pode produzir um quadro em que a responsabilidade civil do profissional de saúde, já considerada subjetiva no Direito brasileiro, deve ser ainda mais criteriosa para a sua configuração.

Dito de outra forma, em virtude da concorrência de vários fatores desfavoráveis ao profissional de saúde, é compreensível que o operador do Direito não entenda pela responsabilização daquele por pequenas falhas. Há que se levar em conta o que dele era exigível diante do caso concreto.

A Ordem Executiva, como já visto, possibilitou a mitigação da responsabilidade civil por falta de registros adequados do paciente. Ora, na relação médico-paciente, os dados de saúde da pessoa natural, como dados sensíveis, são importantes instrumentos de identificação, comprovação de prognósticos, diagnósticos, expressão de consentimento e dissentimento; contêm informações sobre comorbidades, exames laboratoriais e outros, que servem para resguardo dos direitos da personalidade do titular e, também, para resguardo dos profissionais de saúde, na medida em que documentam os substratos para sua intervenção.

Em um primeiro momento, é compreensível não responsabilizar o profissional de saúde diante de um quadro de abarrotamento do sistema de saúde, em que o



controle dos registros perde, comparativamente, a importância quando se tem em mente os procedimentos médicos. Lado outro, é absolutamente necessário distinguir civilmente a pessoa por meio de seus dados de saúde. Como acompanhar um paciente sem registro dos procedimentos médicos por que passou?

E mais, todos os procedimentos adotados pela equipe de saúde, em situações ordinárias, devem ter o consentimento ou o dissentimento do paciente. Tais manifestações devem ser trabalhadas por um processo de tomada de decisões compartilhadas, livres e conscientes, geralmente consubstanciadas em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Embora o TCLE seja comumente concretizado por meio de um documento escrito, pelo qual o paciente manifesta o acordo com a intervenção, na turbulência da pandemia, é provável que não haja possibilidade de se intensificar a liberdade e o esclarecimento para a expressão do consentimento.

No entanto, ainda que ele não se formalize de maneira ideal, a sua manutenção é exigência para a proteção de direitos do paciente e como meio limitador da responsabilidade civil do profissional da saúde. Mas qual a medida da exigência?

Um consentimento livre e esclarecido deve ser expresso, mas não necessariamente escrito. A situação concreta vai dizer o tempo a ser despendido pela equipe de saúde na sua obtenção. Além do mais, é possível que a inconsciência do paciente leve a uma manifestação da família, seja presencialmente ou por quaisquer outros meios viáveis.

Carlos María Romeo Casabona (2004) indica situações excepcionais em que o consentimento pode ser dispensado, como em casos em que há grave urgência e em que não seja possível aguardar a obtenção deste, também em casos de inconsciência e nas hipóteses em que a não intervenção do médico importe risco para a saúde pública. Logo, “o médico poderá agir, sem que haja consentimento do paciente, ante a ideia de prevalência [...] do interesse público, por exemplo, no caso de uma epidemia ou uma doença infectocontagiosa”. (SÁ; SOUZA, 2020).



A excepcionalidade da situação permite a não obtenção do consentimento em alguma medida, mas não a admite por completo e, muito menos, afasta a necessidade de que as informações das práticas realizadas com o paciente sejam registradas.

Tudo isso nos remete à importância de se proteger os direitos da personalidade. Portanto, isentar o profissional de saúde, mesmo que em momento de pandemia, de responsabilidades inerentes às suas funções, é um descompasso com os princípios bioéticos que fundamentam essas profissões.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto buscou refletir sobre a responsabilidade civil dos profissionais de saúde, no contexto da pandemia. O pano de fundo para tal reflexão foi a Ordem Executiva 202.10, do Estado de Nova York, e a Medida Provisória nº 966/2020 brasileira.

Na relação médico-paciente, o estudo bioético se torna relevante e a ética da responsabilidade se sobressai como dever de observar a alteridade e os processos hermenêuticos que envolvem situações concretas. O encontro de autonomias de médico e paciente faz-se no intuito de construir decisões compartilhadas, o que pressupõe responsabilidade de ambos os atores envolvidos.

No entanto, talvez pela complexidade das inúmeras situações, longe de serem ordinárias, medidas de mitigação de responsabilidade foram editadas, a fim de só considerar civilmente responsável o profissional de saúde que agir com negligência grave (Ordem Executiva 202.10) e o agente público que atuar com dolo ou erro grosseiro (MP nº 966/2020).

É compreensível que o pano de fundo para edição de ditas medidas imponha grandes dificuldades para o exercício das profissões de saúde e traga entraves na relação entre profissionais de saúde, paciente e família. Inobstante isso, é possível dimensionar a responsabilidade ainda que diante da extraordinariedade das circunstâncias. A Teoria da Responsabilidade Civil contemporânea já se constituiu na complexidade e na pluralidade de casos que ela pretende regular, moldando seus



requisitos e fundamentos aos fatos concretos, sobretudo por meio do nexo de causalidade.

As duas situações normativas foram mencionadas para que, a partir delas, se coloque a prova a própria Teoria da Responsabilidade Civil. A Ordem Executiva de Nova York foi por nós contestada independentemente do sistema jurídico ao qual se filia, isto é, mesmo cientes das diferenças entre o sistema estadunidense e o sistema brasileiro, os fundamentos bioéticos da responsabilidade dos profissionais de saúde são os mesmos e não se afastam da responsabilidade como decorrência da concessão de autonomia aos atores envolvidos na tomada de decisão e do reconhecimento da alteridade envolvida no processo.

Do ponto de vista interno a Ordem Executiva ainda traz uma contradição: atribui responsabilidade apenas a atos praticados com negligência grave, dispensando, no entanto, a manutenção de registros do paciente, o que praticamente impede a verificação da tal negligência grave.

Após discorrermos sobre as três teorias que pretendem explicar o nexo de causalidade entendemos que a *Teoria da Causalidade Necessária*, adotada no Direito Civil brasileiro, responde bem aos eventos danosos tanto em situação ordinária quanto extraordinária. Por ela, a MP nº 966/2020 perde sentido, posto que é no caso concreto se avaliará o elo entre a conduta e o dano.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BERLINGUER, Giovanni. A ciência e a ética da responsabilidade. In: NOVAES, Aduino (Coord.). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 191-212.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.



BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do Julgamento: 21 maio 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 2388**. AgR / MG - Minas Gerais. Ag. Reg. na Ação Rescisória. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 7 abr. 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur301804/false>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Tratado de responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3: responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRACIA, Diego. **Pensar a bioética: metas e desafios**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de. Da afetividade à responsabilidade: o pretense “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 398-419, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2324/pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Razões técnicas para a inconstitucionalidade da MP 966/2020. **Revista Consultor Jurídico**, 26 maio 2020, 6h03. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/opiniao-inconstitucionalidade-mp-9662020?imprimir=1>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

NEW YORK. **Executive Order Number 202.10**, 23 March 2020. Disponível em: <<https://www.governor.ny.gov/news/no-20210-continuing-temporary-suspension-and-modification-laws-relating-disaster-emergency>>. Acesso em: 25 maio 2020.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. Termo de consentimento livre e esclarecido e responsabilidade civil do médico e do hospital. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). **Responsabilidade civil e medicina**. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 57-76.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Princípios bioéticos e biojurídicos: uma visão baseada nos direitos humanos. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Orgs.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 1-15.

ROMEO-CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128-172.

ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. **Migalhas**, publicado em: 5 maio 2020b. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. **Migalhas**, publicado em: 23 abr. 2020a. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade->



civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. **Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act**. 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.congress.gov/116/bills/hr748/BILLS-116hr748enr.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2020.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2020.

