

INFECÇÃO DE PACIENTE PELO COVID-19 NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL: uma análise sobre a possibilidade da relativização da responsabilidade civil do médico

Carolina Andrade Melo Guedes¹
Jefferson Calili Ribeiro²

RESUMO

O presente estudo convida ao debate jurídico da responsabilidade civil do médico perante o cenário de que um paciente foi infectado pelo coronavírus nas dependências do nosocômio. O objetivo central é averiguar a se a legislação vigente que abarca a responsabilidade civil do médico é aplicável a esta possibilidade, ou diante da excepcionalidade da situação seria necessária alguma adaptação. São demonstradas as dificuldades dos profissionais da saúde dada aos efeitos da pandemia causada pelo covid-19. Propõe-se que a partir da atual situação de pandemia, seja assegurado aos cidadãos o direito à saúde de forma adequada. A metodologia contou com pesquisa bibliográfica, notadamente por meio de artigos, projetos de lei e consulta à jurisprudência. A pesquisa permite concluir que o médico poderá sofrer sanções cíveis, decorrentes de infecção hospitalar se comprovada a culpa deste profissional, durante a pandemia causada pelo coronavírus.

PALAVRAS-CHAVE: direito médico; covid-19; infecção hospitalar; responsabilidade civil.

ABSTRACT

This study invites the legal debate on the physician's civil liability in view of the scenario that a patient was infected by the coronavirus in the nosocomial facilities. The main objective is to ascertain whether the current legislation covering the doctor's civil liability is applicable to this possibility, or in view of the exceptional situation, some adaptation would be necessary. The health professionals' difficulties due to the effects of the pandemic caused by covid-19 are demonstrated. It is proposed that, starting with the current pandemic situation, citizens are guaranteed the right to health in an appropriate way. The methodology included bibliographic research, notably through articles, bills and consultation with jurisprudence. The research concludes that the doctor may suffer civil sanctions, resulting from hospital infection if this professional's fault is proven, during the pandemic caused by the coronavirus.

KEYWORDS: medical law; Covid-19; hospital infection; civil responsibility.

SUMÁRIO

1 Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale). Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). E-mail: meloguedes.carolina@gmail.com.

2 Professor de Direito Penal e Prática Processual Penal na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale), Advogado, Mestre em Gestão Integrada do Território e Especialista em Direito Médico e em Ciências Criminais. E-mail: mf.jcalili@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO. 2 AS IMPLICAÇÕES OCACIONADAS PELA PANDEMIA ADVINDA DO VÍRUS COVID-19 NA SAÚDE BRASILEIRA. 3 O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA. 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL. 4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. 4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PRIVADO E PÚBLICO. 4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE INFECÇÃO HOSPITALAR ANTES DA PANDEMIA. 4.4 A POSSIBILIDADE DE INFECÇÃO DO PACIENTE PELO COVID-19 NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio contempla a seguinte abordagem “A possibilidade de infecção do paciente pelo COVID-19 nas dependências do hospital: uma análise da responsabilidade civil do médico”.

Constitui fato notório e de ampla divulgação que em decorrência da pandemia originada pelo vírus covid-19, o sistema de saúde entrou em colapso, tendo recursos limitados tanto de equipamentos, medicamentos, como de profissionais, diante da alta demanda ocasionada pela doença. Nesse viés, torna-se imperioso averiguar, a responsabilidade civil do médico, na possibilidade de um paciente vir a ser infectado pelo vírus pandêmico.

Considera-se a hipótese de que a responsabilidade subjetiva do médico deve permanecer, pois a existência da pandemia, não constitui fato ensejador da flexibilização da responsabilidade médica, mas apenas que tenha causado a inversão dos papéis de vulnerabilidade na relação de médico e paciente.

De maneira delimitada, pretende-se analisar as implicações ocasionadas pela pandemia advinda do vírus covid-19 na saúde brasileira, fazendo um breve panorama sobre o direito à saúde em tempos de pandemia, como também explanando tópicos referentes à responsabilidade civil, mais especificamente sobre a responsabilidade civil do médico e em casos de infecção hospitalar antes da pandemia, com o intuito de finalmente discorrer sobre a possibilidade de infecção do paciente pelo covid-19 nas dependências do hospital.

A metodologia compreende pesquisa bibliográfica por meio de fontes indiretas, com consulta a obras de Direito do consumidor, Direito Civil, Processo Civil, jurisprudências, periódicos, sites e revistas jurídicas.

O presente texto está dividido em três seções, além desta introdução. O primeiro tópico aborda as implicações ocasionadas pela pandemia advinda do vírus covid-19 na saúde brasileira; o segundo propõe um estudo do direito à saúde no atual período pandêmico e, no tópico três, será analisado a responsabilidade civil do médico diante da possibilidade de infecção do paciente pelo covid-19 nas dependências do hospital. Por derradeiro, serão apresentadas as considerações finais e as referências do artigo em questão.

2 AS IMPLICAÇÕES OCASIONADAS PELA PANDEMIA ADVINDA DO VÍRUS COVID-19 NA SAÚDE BRASILEIRA

O primeiro caso mundial da doença provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi identificado na China, em dezembro de 2019. No Brasil, o primeiro caso foi confirmado no dia 26 de fevereiro de 2020, tendo um exponencial aumento de casos, em poucos meses. Segundo dados divulgados por meio do portal eletrônico do Ministério da Saúde, até dia 21 de julho de 2020 foram confirmados 2.159.654 casos e 81.487 óbitos provocados pela doença no país (BRASIL, 2020).

Doravante, em 03 de fevereiro de 2020 o Ministério da Saúde publicou a Portaria de nº 188, que declarou Emergência em Saúde Pública de importância nacional em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), como também, através da Portaria nº 454, de 20 de março de 2020, declarou o estado de transmissão comunitária do Coronavírus. Sendo que em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a doença como pandemia.

Diariamente, são noticiadas as dificuldades que o sistema de saúde tem enfrentado perante a demanda de infectados pelo novo coronavírus, de acordo com reportagem veiculada pela Folha de São Paulo, (2020, p. 1), no dia 01/06/2020, a taxa de incidência de ocupação dos leitos de UTI ultrapassava 80%, em no mínimo treze capitais do país. Nesse sentido foi publicado o Boletim Epidemiológico nº 07, no dia 06 de abril de 2020, do Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública/Doença pelo Coronavírus (COE-COVID-19), da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, o qual dispõe:

Há carência de profissionais de saúde capacitados para manejo de equipamentos de ventilação mecânica, fisioterapia respiratória e cuidados avançados de enfermagem direcionados para o manejo clínico de pacientes graves de COVID-19 e profissionais treinados na atenção primária para o manejo clínico de casos leves de Síndrome Gripal. Os leitos de UTI e de internação não estão devidamente estruturados e nem em número suficiente para a fase mais aguda da epidemia. Apesar de alguns medicamentos serem promissores, como a Cloroquina associada à Azitromicina, ainda não há evidência robusta de que essa metodologia possa ser ampliada para população em geral, sem uma análise de risco individual e coletivo (BRASIL, 2020b, p.16).

Destarte, diante do notório colapso do sistema de saúde brasileiro, evidenciando suas carências, como também o estado de incerteza científica sobre o melhor tratamento a serem adotados, os médicos estão sendo submetidos a circunstâncias extremas de sua prática laboral.

Ademais, cumpre ressaltar tais profissionais além de terem que lidar com a pandemia, ainda possuem o dever de prestar assistência aos pacientes que possuem outras enfermidades. Devido à alta taxa de transmissão do vírus pandêmico, foram amplamente divulgadas recomendações para que as pessoas só procurem os hospitais em casos extremos, com o intuito de prevenir exposições desnecessárias ao coronavírus.

Entretanto, há casos em que a busca do auxílio médico é inevitável, como na reportagem da jornalista Tatiana Nascimento para o jornal eletrônico RJS, relata o caso de uma mulher com 41 anos de idade que sobreviveu a um tiro de bala perdida, mas veio à óbito devido ao coronavírus contraído no Hospital Moacyr do Carmo, em Duque de Caxias/RJ. Ainda, na reportagem realizada pela jornalista, o infectologista Fábio Chaperman se pronunciou sobre o fato da falta de organização de algumas unidades de saúde na prevenção da infecção de pacientes e funcionários (NASCIMENTO, 2020).

Neste contexto, o presente trabalho pretende analisar a responsabilidade civil do médico diante da infecção pela doença COVID-19 destes pacientes nos hospitais ao procurarem auxílio médico ao estarem acometidos por outras doenças.

3 O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Os movimentos sociais da área da saúde possuíram expressiva participação no período da Constituinte, através da Conferência Nacional de Saúde, realizada na década de 1980, foram decididos os princípios que deveriam orientar uma nova política de saúde, que culminou no disposto do art. 196 da Carta Magna (ROCHA, 2013).

O direito à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 é um dos direitos fundamentais elencados em seu artigo 6º: "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 2020a, p. 6). Os direitos fundamentais são preceitos fundamentais no Estado Constitucional, uma vez que são intimamente e indissociáveis aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e a própria Democracia (SARLET; MARINONI; MITIERO, 2018).

Além de previsto no dispositivo acima referido, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê novamente o direito à saúde, em seu artigo 196, que além de determinar a saúde como um direito de todos atribui ao Estado o dever de sua prestação, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, como também, em seu artigo 197 estabelece que cabe "[...] ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle". Ademais, cumpre ressaltar o artigo 200, II, o qual determina a competência do sistema de saúde para executar ações de prevenção epidemiológica (BRASIL, 2020a, p. 102).

A excepcionalidade da situação vivenciada, somada ao caótico cenário do sistema de saúde brasileiro, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672 alegando a prática de atos omissivos e comissivos por parte do Poder Executivo federal no combate/prevenção da situação pandêmica ora vivenciada. No dia 8 de abril de

2020, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, concedeu a parcialmente a medida liminar no seguinte sentido:

CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente (BRASIL, 2020g, p. 10).

A decisão foi baseada no pressuposto de prevenção de condutas, por parte do poder público, contrárias aos preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde, consagrada como cláusula pétrea da Constituição Federal.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) publicou no dia 12 de março de 2020 a Resolução Normativa nº453 a qual determina a obrigatoriedade do Estado e dos planos de saúde de arcarem com os tratamentos dos pacientes “se enquadrar na definição de caso suspeito ou provável de doença pelo Coronavírus 2019” (BRASIL, 2020d, p. 1).

Embora a situação de calamidade pública esteja instaurada na seara do sistema de saúde, cumpre ressaltar a vulnerabilidade do paciente, tutelado pelo princípio da hipossuficiência, em relação ao médico, uma vez que não possui conhecimento científico para estar apto a adotar os procedimentos adequados, principalmente perante a uma situação até então nunca vivenciada. Nesse sentido, lecionam Farias; Rosenvald; Braga Netto (2017, p. 783):

A boa-fé objetiva deve iluminar fortemente essa relação, impondo ao profissional de saúde um dever de agir com lealdade, zelo e cooperação, abstendo-se de condutas que possam frustrar as legítimas expectativas do paciente, ainda que subjetivamente desconhecidas no momento do dano (por exemplo, a legítima expectativa que o direito protege, no caso, é a de receber o melhor tratamento possível à luz da ciência contemporânea. Se o médico sonega um tratamento, por uma razão qualquer, o dano se caracteriza, ainda que o paciente desconhecesse aquela possibilidade [...]).

Destarte, a situação pandêmica, embora acarrete enormes desafios à prestação de serviços médicos, esta não afasta do cidadão o seu direito fundamental de acesso à saúde, cabendo ao Estado ou a instituição de saúde contratada a prestação de um serviço de qualidade, posto que o direito à saúde é um importantíssimo bem a ser tutelado, cabendo o zelo de todos os profissionais que lidam com esta. Tal zelo se faz necessário, pois a lei além de proteger a saúde do cidadão impõe alguns deveres ao profissional de saúde que, caso sejam descumpridos, podem gerar danos e esses danos devem ser indenizados conforme detalharemos no capítulo seguinte.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o intuito de tornar possível o convívio em sociedade há um limite estabelecido no direito alheio, ou seja, um dever negativo, atribuído a todos, de proteção de bens de terceiros, uma vez causado um dano e podendo o acarretar a um responsável o lesado deverá ser ressarcido no limite de lesão. Dessa forma há a responsabilidade civil, a qual decorre da imputação de penas visando a reparação do dano moral ou patrimonial acarretado a terceiros, advindo de práticas ilícitas ou descumprimento da relação obrigacional praticados podendo ser pela pessoa penalizada, ou por quem seja responsável, por algum bem de sua propriedade ou simples determinação legal (DINIZ, 2012).

Torna-se oportuno distinguir a responsabilidade negocial da responsabilidade em sentido estrito, uma vez que a primeira pré-existe uma relação jurídica entre as

partes, assim o ato ilícito decorre do inadimplemento da obrigação pactuado, por exemplo a não entrega de um produto mediante o correto pagamento em uma de consumo. Já a segunda responsabilidade, também denominada como aquiliana, já advém de uma natureza extranegocial, as partes são interligadas pelo dano causado a algum bem jurídico da parte lesada, o ato ilícito é absoluto decorre da quebra de algum dever, por exemplo, a divulgação de uma foto pessoal não autorizada.

Sobre este discernimento Farias e Rosenvald (2015, p. 125) lecionam da seguinte forma: "na responsabilidade extranegocial há o ato ilícito absoluto (violação a dever genérico de cuidado) e na responsabilidade negocial temos o ato ilícito relativo (violação de obrigação)".

Equitativamente se ressalta a diferenciação entre a teoria objetiva da responsabilidade civil, a qual é interligada a aferição de requisitos como a conduta, nexos causal e o dano, ou seja, a prática de um ato ensejador de um dano, nesta modalidade é irrelevante a análise da culpa. Em sentido oposto, há a responsabilidade subjetiva, na qual, além da presença dos requisitos presentes na responsabilidade objetiva, possui como condição a comprovação de culpa do agente.

No direito brasileiro a uma prevalência da teoria da culpa objetiva, resguardando algumas exceções como na relação de consumo no caso dos profissionais liberais (artigos 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor), nesse sentido leciona Tartuce ao fazer a seguinte retomada histórica:

Em nosso país, o reconhecimento destes direitos ocorreu após o milagre brasileiro dos anos setenta, com a massificação das atividades privadas e com o incremento do movimento consumerista. Em 1985, surge a Lei 7.347, que possibilita a defesa coletiva dos direitos a ser intentada por alguns órgãos legitimados, como, por exemplo, o Ministério Público. Logo em seguida, a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo todas essas tendências, tais como a defesa dos consumidores como norma principiológica (art. 5.º, XXXII), a reparação de danos imateriais ou morais (art. 5.º, V e X), a função social da propriedade (art. 5.º, XXII e XXIII), a proteção do Bem Ambiental (art. 225), a proteção da dignidade da pessoa humana como direito fundamental (art. 1.º, III), a solidariedade social como preceito máximo de justiça (art. 3.º, I) e a isonomia ou igualdade lato sensu (art. 5.º, caput). Mais tarde, em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, passando a consagrar a responsabilidade civil sem culpa como regra inerente à defesa dos consumidores. Com tal previsão, pode-se

concluir que houve a perpetuação da responsabilidade sem culpa também nas relações privadas no âmbito do Direito Privado Brasileiro. Entendemos que a responsabilização independente de culpa representa um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas (TARTUCE, 2019, p. 452).

Nesta perspectiva, o Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe a responsabilidade objetiva de maneira ampla no artigo 927, caput: "Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem ficará obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2020, p. 66).

Existe também, a tese de uma maior abrangência do pressuposto previsto neste artigo acima mencionado, a da responsabilidade presumida, a qual visa uma prevenção de não ressarcimento de danos, a responsabilidade restará configurada sempre que o agente expuser terceiro a situação de risco (HIRONAKA, 2005).

Desta forma, conclui-se que, em linhas gerais, a responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; o fator de atribuição da responsabilidade pelo dano ao agente, de natureza subjetiva, ou objetiva. Sendo a responsabilidade civil específica do profissional médico, tem como pressuposto o ato médico, praticado com violação a um dever médico, como será melhor explanado nos tópicos posteriores.

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

No tocante a responsabilidade civil especificamente do médico, se trata da obrigatoriedade de reparação de um dano causado no exercício da medicina, quando não cumprido deveres, os quais estão sujeitos os médicos. (FARIAS, 2019)

Quando vigente o do Código Civil de 1916, a previsão estava no art. 1.545 "Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento." (BRASIL, 2020, p. 126). O Atual Código Civil/2002, não possui expressamente as

denominações de cada profissional, elegendo terminologias mais abrangentes, conforme dispõe o artigo 951:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2020h, p. 67).

Há previsão de responsabilidade civil do médico quando este está inserido na relação de consumo, por exemplo, atendendo um paciente em uma clínica particular, incide também o Código de Defesa do Consumidor, que expressamente estabelece o art. 14, §4º, do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa” (BRASIL, 2020i, p. 14).

Ressalta-se que tanto na norma consumerista como na civil, os normativos legais abordam expressamente as três modalidades da culpa: negligência, imprudência ou imperícia. Partindo deste pressuposto, o dever de indenizar somente seria configurado quando se age com culpa, agiu com negligência em momento que se exigia zelo; agiu com imprudência quando se exigia cautela e agiu com inobservância de normas, de maneira despreparada, com insuficiência de conhecimentos técnicos.

Destarte, a responsabilidade médica se origina do descumprimento de obrigações de atender de forma adequada o paciente, chamada obrigação de tratamento, para qual não é necessária a existência de um contrato formalmente escrito, basta que o médico se disponha a atender um paciente para a configuração da existência de um contrato de prestação de serviços.

4.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL PRIVADO E PÚBLICO

A responsabilidade do médico será subjetiva independente do local em que este laborar, entretanto no tocante a hospitais e planos de saúde particulares, a

Ministra Relatora Nancy Andrighi, ao proferir ao julgar o Recurso Especial nº 90.835.9/SC, em 27 de Agosto de 2008, se posicionou no seguinte sentido:

A responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. (STJ - REsp 908359/SC, 2ª Seção, julgado em 27/08/2008, DJe 17/12/2008) (BRASIL, 2020, p. 01).

Partindo deste pressuposto, para a configuração da responsabilidade de instituições fornecedoras de serviço de saúde privado se exigiria a aferição da origem do afirmado dano: se deriva da conduta médica, a responsabilidade do hospital segue também o regime da responsabilização subjetiva. Entretanto, este posicionamento foi superado no ano seguinte, pela própria Terceira Turma, no julgamento do Recurso Especial n. 696.284/RJ, relatoria do Ministro Sidnei Beneti, no qual enfrentou diretamente a questão da responsabilidade civil de hospital pelos atos de seus médicos, reconhecendo-a como objetiva, *in verbis*:

A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. (CDC, art. 6º, VIII). (REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009) (BRASIL, 2020, p. 01).

Posicionamento que perdura até os dias atuais, conforme julgamento recente da Terceira Turma:

Consoante a jurisprudência dominante do STJ, é objetiva a responsabilidade do Hospital quanto a atividade de seu profissional (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital

relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.(AgInt no REsp 1793515/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 23/04/2020) (BRASIL, 2020, p. 01).

No mesmo sentido, quando o serviço de saúde que foi fornecido possuir o caráter público, seja por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade civil do Estado também é objetiva, uma vez que se adota a teoria do risco administrativo, assim, existindo o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre ambos, e não havendo nenhuma das causas de exclusão da responsabilidade, o Estado deverá ser responsabilizado.

A responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição da República ou no art. 43, do Código Civil, exige a comprovação quanto à relação de causa e efeito entre a conduta do agente público e o evento danoso, sendo certo que a responsabilidade estatal é objetiva. II. Ainda que a lesão decorra de conduta omissiva, a responsabilidade será atribuível ao Estado na modalidade objetiva, tendo em vista que, ao optar por “nada fazer”, o agente responde como se algo tivesse feito, pois poderia ter evitado o resultado lesivo ou contribuído para minorá-lo, mas não o fez. Assim, embora já tenha adotado a modalidade subjetiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer a incidência da responsabilidade objetiva estatal tanto nos casos de ação quanto nos de omissão imputável aos agentes públicos (TJDJ -Apelação Cível0708923-55.2017.8.07.0018, Relatora: Desembargadora Leila Arlanch, 7ª TURMA CÍVEL, julgamento em 27/02/2020, publicação da súmula em 11/03/2020) (BRASIL, 2020, p.1).

O conteúdo deste preceito constitucional imputa ao Estado o dever de indenizar ao lesionado por atos praticados pelo agente público, mesmo que ausente a incidência da culpa, bastando à incidência dos seguintes elementos: o ato ilícito praticado pelo agente público; o dano específico ao administrado; eo nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Como também, nos casos de dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Desta forma, resta evidente que não importa o local de trabalho do médico, a sua responsabilidade civil será subjetiva.Torna-se oportuna à análise desta

responsabilidade nos casos de infecção hospitalar, tanto pelo vírus Covid-19 quanto às demais doenças, assuntos que serão abordados nos tópicos a seguir.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASOS DE INFECÇÃO HOSPITALAR ANTES DA PANDEMIA

O Ministério da Saúde através de sua Portaria 2.616/98 definiu Infecções Relacionadas à Assistência à Saúde (IRAS) como aquelas adquiridas após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando for relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares. (BRASIL, 1998) Sabe-se que a infecção hospitalar não é totalmente evitável, mas é controlável, e o controle ocorre através da criação obrigatória do Programa de Controle de Infecção Hospitalar (PCIH) e de uma Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH), regulados pela Portaria nº 2.616/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e na Lei 9.431/97, que dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares pelos hospitais brasileiros.

Embora, o simples ato dos profissionais de saúde de lavarem as mãos seja o fator fundamental na prevenção de infecções hospitalares, em maio de 2019, o Ministério Público estimava que a taxa de infecções hospitalares perfizeram 14% das internações(AQUINO, 2019).

A ocorrência infecção hospitalar pode vir a ocasionar responsabilidade médica em decorrência da busca pelo ressarcimento de danos. Para o doutrinador Farias, a ocorrência de infecções hospitalares é algo cotidiano e normal em uma instituição de saúde, considerando inválida a aplicabilidade de responsabilidade civil da instituição e do médico dada a sua ocorrência, conforme se depreende no seguinte trecho:

O certo é que num hospital onde entram dezenas de doentes haverá sempre um risco, apesar de todos os cuidados empregados em qualquer intervenção, por mais simples e trivial que ela seja. Seria injusto, pois, culpar a instituição ou o médico por um acidente inevitável (FARIAS, 2019, p. 197).

Entretanto, o posicionamento majoritário da jurisprudência, há vários anos, possui entendimento oposto a do doutrinador, uma vez que é possível destacar julgados com diferença de décadas, os quais possuem o mesmo posicionamento de relacionar a ocorrência de infecção hospitalar à condenação de estabelecimentos prestadores de serviços hospitalares, quase que automaticamente, pela via da responsabilização objetiva e a limitando aos atos médicos a responsabilidade subjetiva aos atos. Conforme, se depreende do seguinte trecho do Ministro relator Américo Luz, ao julgar o REsp 25.507.0 - MG, na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no ano de 1995:

Não se concebe, muito menos se deve tolerar, no estágio atual da medicina, o descuido, negligência ou a incompetência médica e hospitalar às regras de sua arte e finalidade, respectivamente, com isso comprometendo a vida ou a saúde dos pacientes. Tais Condutas ou omissões geram, inequivocamente, responsabilidade civil com a recomposição econômica, ainda que no mínimo grau de descuidado ou culpa, dentro dos limites da lei em face do dano causado aos pacientes. (STJ - REsp 25.507.0 - MG - 2ª T. - Rel. Min. Américo Luz - DJU 13.02.95) (BRASIL, 2020, p. 4).

Posicionamento, que continua em julgados mais recentes, conforme pode se observar das jurisprudências colacionadas a seguir:

A responsabilidade dos hospitais e clínicas (fornecedores de serviços) é objetiva, dispensando a comprovação de culpa, notadamente nos casos em que os danos sofridos resultam de infecção hospitalar. (AgInt noREsp1.653.046/DF, Rel. Ministro MarcoBuzzi, Quarta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 28/5/2018). (BRASIL, 2020, p. 01).

É obrigação dos hospitais adotarem o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares, sobressaindo sua responsabilidade objetiva quando a infecção for adquirida em razão da hospitalização do paciente (Lei 9.431/97). (REsp 1642307 / RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 18/12/2011) (BRASIL, 2020, p. 01).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do hospital por falhas em atos típicos de prestação de serviços hospitalares é objetiva, tais como a contração de infecção generalizada, nos termos do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, estando limitada a responsabilidade subjetiva aos atos médicos. (AgInt no AREsp 883891/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 04/04/2018) (BRASIL, 2020, p. 01).

Em suma, a infecção hospitalar indubitavelmente é um grave problema de saúde pública, sendo certo que as instituições de saúde respondem objetivamente, bastando a demonstração do nexo causal entre o ato e o dano bem como o profissional médico a responde subjetivamente. Em relação ao médico, somente lhe será imputado sanção ou sanções, se restar comprovada a sua culpa, ficando neste caso obrigado a reparar os danos causados ao paciente. Por outro lado, demonstrando que fez uso de todas as técnicas e tecnologias disponíveis para assegurar o melhor resultado possível, a responsabilidade não lhe será imputada.

4.4 A POSSIBILIDADE DE INFECÇÃO DO PACIENTE PELO COVID-19 NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL

Conforme acima demonstrado, a ocorrência de infecção hospitalar é algo rotineiro na realidade do sistema de saúde brasileiro, como também a jurisprudência possui uma predileção ao posicionamento favorável das vítimas de infecção hospitalar. Entretanto, no cenário de pandemia do novo Coronavírus a situação se tornou mais complexa, estão sendo tomadas medidas até então inimagináveis em um cenário rotineiro, como por exemplo, a autorização de prescrição de medicamentos *off label*, ou seja a autorização de prescrição de medicamentos além das indicações prevista na bula e protocolos, sem aprovação da ANVISA. Este preceito foi introduzido pela Lei de nº 13.979, 06 de fevereiro de 2020, a qual dispõe sobre a adoção de tais medidas excepcionais, apenas limitando em seu §7º-B, do art. 3º, o dever do médico a informar o paciente que o fármaco prescrito não possui registro na Anvisa (BRASIL, 2020). Neste contexto, o Conselho Federal de Medicina, noparecer nº. 4/2020 dispõe que: "Diante da excepcionalidade da situação e

durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina" (BRASIL, 2020, p. 7).

Doravante, no dia 13 de maio de 2020 foi publicada a Medida Provisória nº 966, a qual dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19, restringindo a estes a imputação subjetiva por ilícitos decorrentes de "dolo ou erro grosseiro" (BRASIL, 2020, p. 1) Diante de tal cenário, o Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Nelson Rosenvald, realizou uma proposta legislativa que busca a isenção dos profissionais de saúde de responsabilidade por simples negligência, nos seguintes termos:

Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados a covid-19, exceto em casos de grave negligência. § 1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da covid-19. § 2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente (ROSENVALD, 2020f, p. 01).

O procurador embasou este preceito nos argumentos de que não se trataria de uma imputabilidade do profissional da área da saúde, mas uma análise contextualizada a situação pandêmica, invocando o princípio da reciprocidade argumentou que tais profissionais estariam assumindo riscos em prol do interesse público e que mereciam ter amenizadas as possíveis sanções advindas de erro médico (ROSENVALD, 2020).

O Código de Ética Médica (RES. CFM Nº 2.217/2018), o qual dispõe sobre os direitos médicos veda a este profissional o direito de suspender suas atividades,

assegurado por este normativo, em situações de urgência e emergência, conforme V do capítulo II:

[...]

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina (BRASIL, 2020, p. 5).

Dessa forma, evidencia-se que embora todas as dificuldades de sua atuação em um contexto de ausência de tratamentos validados e eficazes, incertezas científicas, carência de instrumentos, aparelhos de suporte e pressão psicológica, os riscos assumidos por estes profissionais são atinentes a profissão por eles exercida.

O risco de contágio é uma realidade iminente, tanto que muitas instituições de saúde estão recorrendo à utilização de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) informando ao paciente os riscos de contágio pelo vírus pandêmico, como também a possibilidade de demora no tratamento ou alteração do tratamento. Em situações anteriores ao cenário pandêmico o referido documento é uma forma na qual o médico informa ao paciente os possíveis resultados do tratamento a ser realizado, com a assinatura o médico se resguarda legalmente, pois possui uma prova da concordância do paciente na utilização daquele procedimento. Entretanto, até mesmo nessa época o TCLE possui validade relativa, em um cenário de pandemia tem um cunho meramente informativo, pois o paciente não dispõe de alternativa, tendo o médico o dever de lhe atender de condizente aos seus direitos.

Ademais, cumpre ressaltar que a responsabilidade civil deste profissional da saúde é subjetiva, a comprovação da culpa é algo essencial, “o conceito de culpabilidade está todo fundamentado, única e exclusivamente, na previsibilidade do resultado” (FRANÇA, 2019, p. 206). Dessa forma, não se torna viável a inovação de culpa médica no contexto da atual pandemia, uma vez que as vigentes já são aptas para acomodarem à situação. O direito à saúde é um preceito constitucionalmente

assegurado, o contexto pandêmico não é capaz de ensejar a relativização do mesmo, a obrigação indenizatória do médico somente nasce diante do descumprimento de obrigações de atender de forma adequada o paciente, nos limites do possível.

Entretanto, a comprovação de culpa, normalmente, invertida em prol do paciente, no atributo de consumidor, nos termos do art. 6º do CDC, deve ser analisada caso a caso, pois tal benefício é concedido dado à vulnerabilidade do consumidor em produção de provas, entretanto diante da excepcionalidade e grande números de atendimentos na pandemia, um médico que trabalhe em hospital público, por exemplo, terá uma maior dificuldade de comprovação da ausência de culpa do que o paciente.

Desta forma, embora a jurisprudência majoritária antes da pandemia tenha um posicionamento pró-paciente, ainda não se sabe se este cenário será alterado diante das delicadas situações de trabalho em que se encontram os médicos atualmente. As futuras decisões devem analisar cada caso concreto, balanceando os requisitos da culpa médica: imprudência, imperícia e negligência, com as condições tanto científicas como sanitárias disponíveis ao médico na data do fatídico, sempre buscando a efetiva tutela do direito à saúde, mas sem punir os profissionais de forma indevida.

5 CONCLUSÃO

Um grande desafio a ser enfrentado pelo Estado na execução de ações de prevenção e controle é a infecção hospitalar que é hoje um grave problema de saúde pública. A inexistência de Comissões e de Programas de Controle de Infecção Hospitalar é uma realidade nos dias atuais nas instituições hospitalares e a instalação das referidas comissões ajudariam a resolver questões sanitárias legais e normativas de tais instituições.

A partir da presente pesquisa foi possível constatar que a pandemia originada pelo vírus denominado "Covid-19" não configura como fato superveniente, capaz de ensejar a relativização da responsabilidade subjetiva do médico diante da

possibilidade de infecção do paciente pelo COVID-19 nas dependências do hospital. Uma vez, que a vigente forma de análise da responsabilidade civil do médico possui uma ampla abrangência capaz de abarcar o caso fictício proposto.

Também, restou demonstrado que embora o médico encontre maiores dificuldades para atender seus pacientes, isto não lhes afasta o dever de um atendimento adequado, com zelo e cautela, sendo a responsabilização civil do médico somente configurada quando este agir de forma negligente, imperita ou imprudente.

Por derradeiro, observa-se que em caso de eventual propositura de ação de indenização contra o profissional médico, decorrente de infecção da doença covid-19 nas dependências do hospital, o magistrado deverá analisar o caso concreto em comento para que se possa identificar a vulnerabilidade ou não do paciente e do profissional médico para que se possa decidir sobre a inversão ou não do ônus da prova.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Yara. No Brasil, taxa de infecções hospitalares atinge 14% das internações. **Agência Brasil**, 15 maio 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-05/no-brasil-taxa-de-infeccoes-hospitalares-atinge-14-das-internacoes>. Acesso em 24 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 107, de 2 de julho de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2020a.

BRASIL. **Boletim Epidemiológico Especial 7**. COE Coronavírus, 06 abr. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/06/2020-04-06---BE7---Boletim-Especial-do-COE--Atualizacao-da-Avaliacao-de-Risco.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020b.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Parecer nº 4/2020, de 16 de abril 2020**. Considerar o uso da cloroquina e hidroxiclороquina, em condições excepcionais, para o

tratamento da COVID-19. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. 16 abr. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em: 28 jul. 2020c.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217/2018, de 01 de novembro de 2018**. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina. 01 nov. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 28 jul. 2020c.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução normativa nº 453 de 12 março de 2020**. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>. Acesso em: 21 jun. 2020d.

BRASIL. **Lei nº 13979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 28 jul. 2020e.

BRASIL. **Medida Provisória nº 966, 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 28 jul. 2020f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 672**. Ministro Relator Alexandre de Moraes. 08 abr. 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020g.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2020h.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2020i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso especial. T3 – Terceira TURMA. Agravo interno no Recurso especial 1255514 / MG (2018/0045952-8). Agravo interno no Recurso especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso especial. T3 – Terceira TURMA. Agravo interno no Recurso especial 1793515 / RJ (2019/0027233-6). Agravo interno no Recurso especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso especial. T4 – Quarta Turma. Agravo interno no Recurso especial 1653046- DF (2016/0323236-8). Agravo interno no Recurso especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso especial. T4 – Quarta Turma. Agravo interno no Recurso especial 883891- PB (2016/0067736-7). Agravo interno no Recurso especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. T2 – Segunda Turma. Recurso especial nº 25.507.0 - MG 13.02.1995. Recurso Especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. T3 – Terceira Turma. Recurso especial nº 69.628.4 - RJ (2004/0144963-1) Recurso Especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. T3 – Terceira Turma. Recurso especial nº 90.835.9 - SC (2006/0256989-8). Recurso Especial.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. T3 – Terceira Turma. Recurso especial nº 16.423.07 - RJ (2016/0268938-5). Recurso Especial.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Editora JusPODVIM, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Obrigações. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

FOLHA, de São Paulo. Ocupação de UTI volta a subir e supera 80% em 13 capitais. Salvador. **UOL**. Curitiba e Belo Horizonte, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/ocupacao-de-uti-volta-a-subir-e-supera-80-em-13-capitais.shtml>. Acesso em 23 jul. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

NASCIMENTO, Tatiana. Internados em hospitais do RJ por outros motivos contraem Covid-19 e morrem. **G1**. Rio de Janeiro. 01 mai0 2020. Disponível em:

Revista online Fatividade, Governador Valadares, Edição Especial, p. 97 –118, 2020.

"A resignificação do Direito a partir da pandemia do novo coronavírus"

<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/01/internados-em-hospitais-do-rj-por-outros-motivos-contram-covid-19-e-morrem.ghtml>. Acesso em 22 jul 2020

ROCHA, Aristides Almeida; CESAR, Chester Luiz Galvão; RIBEIRO, Helena. **Saúde pública: bases conceituais**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. **Migalhas**, 5 maio 2020. 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: 16 jun. 2020

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Educação, 2018.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO PARANÁ. Controle de Infecção Hospitalar. Curitiba, s.d. Disponível em: <http://www.sesa.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1159>. Acesso em: 25 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.