A ação de regresso por violação do dever de cooperação com a manutenção da saúde pública: Uma proposta para responsabilização por abuso do direito à saúde em tempos de pandemia.

Uma proposta e sua fundamentação jurídica para a responsabilização do descumpridor das normas sanitárias de prevenção à disseminação do Covid-19 quanto aos gastos públicos de saúde.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será marcado na história da humanidade como aquele em que uma pandemia com proporções mundiais demandou uma brusca mudança no estilo de vida dos indivíduos e a alteração da agenda político-econômica mundial. O vírus Sars-Cov-2 chegou ao Brasil somente após uma experiência traumática anterior ter ocorrido em alguns lugares do mundo, anunciando que, naquele momento, a única forma viável de enfrentamento da peste seria a imposição de um distanciamento social e a disponibilização de uma robusta estrutura médica para atendimento dos infectados.

Apesar da vantagem temporal e a lição dada por outros países, o Brasil, por uma série de fatores, não adotou de forma consistente e suficiente as medidas de precaução para a mitigação do espalhamento do vírus.

Alguns estados-federados definiram restrições ao funcionamento de estabelecimentos comerciais não essenciais, de modo a facilitar o distanciamento social. Inicialmente, sob uma abordagem branda de diminuição das possibilidades de aglomeração, que passaram a ser intensificadas à medida que os leitos eram integralmente ocupados na rede pública e privada de saúde.

Contando com milhares de infectados e uma média diária superior a mil mortos pelo vírus pandêmico, ainda assim estabelecimentos comerciais foram reiteradamente surpreendidos promovendo aglomerações, a despeito de proibições definidas pelos estados e municípios. Embora haja alguma divergência motivada por questões de ordem política ou econômica, é certo que há um consenso dos especialistas de que tais ações implicam em uma grande probabilidade de contaminação de muitos indivíduos, conforme revelam diversas notícias oriundas de países que adotam seriamente

contact tracing[1][2]. Nestas localidades uma fração considerável dos “aglomeradores” ocuparam leitos hospitalares nas semanas seguintes, o que representaria, na realidade brasileira uma crescente ocupação de leitos de UTI, em grande parte públicos e gratuitos.

Este é o contexto sob estudo. O embate entre a política pública de distanciamento social e a sua violação pelos indivíduos que promovem aglomerações clandestinas, aumentando a demanda por saúde e, ao fim e ao cabo, o custo estatal com o sistema público de saúde.

Para isso, primeiramente, explana-se brevemente sobre o sistema de saúde público e os seus beneficiários. Após, traremos um pequeno aporte teórico sobre deveres fundamentais, custos do direito, princípios parcelares da boa-fé objetiva e uma medida de compensação que vem sendo utilizada ainda de forma incipiente pela União para ressarcimento de despesas previdenciárias. Ao final, testaremos a seguinte hipótese: seria juridicamente possível a responsabilização dos empresários e seus clientes, que foram surpreendidos promovendo aglomerações em tempos de pandemia, pelas despesas públicas com o atendimento destes, caso venham a utilizar a rede pública de saúde?

Trata-se de uma contribuição para o debate público sobre as medidas possíveis diante da pandemia vivenciada, sem a pretensão de responder a todas as dificuldades jurídicas envoltas ao tema, mas possibilitando um passo a mais na construção de uma doutrina jurídica capaz de entregar alternativas em momentos de crise.

2 O SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE E A COBERTURA DIANTE DA PANDEMIA DE SARS-COV-2

Inegavelmente o direito à saúde recebeu contornos bem definidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo sido inserido em seção própria no Capítulo da Seguridade Social e se tornou universal, cristalizando-se como genuíno direito público subjetivo. O art. 196, precisamente, categorizou a saúde como um direito de todos e um dever do Estado.

O constituinte fundou o Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS, que viria a ser regulado posteriormente. A Lei nº 8.080/1990, responsável por esta regulação, aderiu ao comando constitucional de qualificar a saúde como direito fundamental do ser

---

[1] Para o significado e objeto do contact tracing: <https://www.bbc.com/news/explainers-52442754> Acesso em: 03/07/2020.

[2] BONIS, Gabriel. As lições de três eventos catalisadores do novo coronavirus na Europa. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52141910> Acesso em: 03/07/2020.

humano e um dever permanente do Estado, definindo os objetivos, diretrizes e princípios associados ao SUS.

Das três décadas da fundação deste sistema é indiscutível a constatação da sua grandeza na efetivação deste direito fundamental, prestado gratuitamente e sem privilégios, pois pautado na igualdade dos cidadãos. Seu funcionamento está calcado em um modelo descentralizado, regionalizado e hierarquizado, contando com a atuação conjunta e solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Há, por consequência da sua desafiadora concretização em um país continental e desigual, dispêndio vultuoso de gastos públicos, que enfrenta uma realidade de mordaz escassez de recursos. Contudo, esse fator limitante não impede o exercício do direito, alcançado mediante amplo esforço coletivo, que é deveras intenso, em face da própria abrangência conferida ao SUS, que envolve amplo espectro de redução de riscos de doenças, bem como a garantia "à coletividade de bem-estar físico, mental e social", conforme prevê o art.3º da citada lei regulamentadora.

Por seu turno, aceitada a premissa de que o dever de garantir a saúde não é exclusivo do Estado, mas também das pessoas, da família, das empresas e da sociedade[3], é que surge a indagação: aquele que, injustificadamente, desincumbiu-se do referido dever e se prestou a um gravoso e desprezível papel de disseminação de um vírus com capacidade letal, ao contrariar as recomendações sanitárias, teria direito de receber atendimento na rede pública de saúde? Evidentemente que sim.

Ainda que se admita a incidência de limitações aos direitos fundamentais, especialmente em relação aos direitos prestacionais, como é o caso, deve-se respeito ao seu núcleo essencial. Explica-se.

Diante sempre de situações concretas, é tolerável que determinados direitos possam ser limitados, seja pelo embate com outros direitos em uma atividade de ponderação, ou mesmo diante de contingências informadas pela reserva do possível. Todavia, cada direito fundamental guarda um núcleo essencial que deve ser respeitado, um ponto a partir do qual a sua não concretização implica na própria negação do direito.

Diante de uma situação de pandemia de um vírus mortal, negar o atendimento do indivíduo na rede pública ao qual se socorre, ou mesmo impor condições prévias pode ser a própria negação do direito à saúde, ou, no limite, a própria mitigação do direito fundamental à vida.

---

[3] Previsão contida no art. 2º, §2º da Lei 8.080 de 19 de Setembro de 1990.

Destarte, por ser genuinamente um “direito fundamental do ser humano”[4], universal e gratuito é que não há qualquer cogitação de se obstar o acesso de quem quer que seja. Porém, como se verá, a cobrança dos gastos públicos decorrentes da conduta reprovável é envolta de possibilidades.

Apesar dessas reflexões, não significa isto que não possam haver consequências de outra natureza caso constatado o abuso de seu direito, como, por exemplo, de natureza econômica.

É oportuno mencionar, antes de um maior esmiuçamento, que o art. 32 da Lei nº 9.656/1998 prevê o ressarcimento por parte das operadoras de planos privados de saúde, na medida dos contratos, dos gastos gerados pelos seus contratantes que venham a utilizar o SUS. A previsão em apreço foi inclusive chancelada pelo STF[5].

A problemática que habita o âmago deste artigo parte do aqui, sumariamente, tratado.

3 DEVERES FUNDAMENTAIS, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS PARCELARES DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com o fim da segunda guerra mundial iniciou-se um ciclo de florescimento de direitos por todo o mundo, elevando a status constitucional diversas garantias ao indivíduo[6]. Foi um momento de euforia após as atrocidades da guerra, que atraiu as atenções da doutrina para os direitos fundamentais, sendo que os deveres foram relegados sem o mesmo tratamento jurídico, perdurando essa situação até os diais atuais.

Nas duas últimas décadas, todavia, de forma pouco difundida no Brasil, tem-se questionado sobre a banalização dos direitos fundamentais pela sua própria multiplicação e especificação. Nesse sentido Marciano Buffon (2009, p.81):

> O que se discute, porém, é se a profusão de novos direitos constitucionalmente positivados não resultou numa forma de banalização dos próprios direitos fundamentais, e se isso não tem sido um dos fatores que dificultam a realização daqueles direitos efetivamente imprescindíveis de serem concretizados, com vistas a assegurar uma existência digna a todos.

---

[4] Previsão contida no art. 2º da Lei 8.080 de 19 de Setembro de 1990.

[5] ADI nº 1.931

[6] Cite-se nesse contexto que entre os anos de 1946 e 1949 promulgaram novas Constituições, dentre outros, Alemanha, Brasil, Bulgária, Equador, França, Itália, México, Nicarágua, Peru e Venezuela.

Esse questionamento se coloca em muito boa hora porquanto o que se tem visto na atualidade é a invocação de direitos de primeira geração (livre iniciativa e liberdade de locomoção) em oposição a um direito de segunda geração (saúde). Todavia, o que se propõe é a reconfiguração do debate, colocando-se na disputa a relação imposta com os deveres fundamentais. Ou seja, em vez de se perscrutar acerca da prevalência axiológica desses direitos, intenta-se analisar as contribuições, ainda que de forma bastante estreita, que a doutrina dos deveres fundamentais pode trazer para a situação de crise.

Nesse espeque, deveres fundamentais são “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinares a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos” (NABAIS, 2015). Portanto, embora seja incorreto estabelecer uma correlação inversa e direta entre um direito para um dever fundamental, os conceitos são aproximados. Ou seja, enquanto os direitos fundamentais são em geral situações jurídicas nas quais é conferido ao indivíduo a exigência, em face do Estado, de que este se abstenha ou proceda de determinada forma (posição ativa), os deveres fundamentais se relacionam com a colocação do indivíduo de forma passiva frente ao Estado e demais indivíduos como condição para uma determinada finalidade.

Dispensando aprofundamentos sobre o tema, nos termos em que aqui colocado, tem-se o objetivo de dar um primeiro passo na desnudação da errônea ideia de que o sujeito individualmente considerado seja detentor de direitos absolutos, de modo que a sua liberdade individual e o direito fundamental à livre iniciativa não possam ser modulada no caso concreto, no estabelecimento de uma hierarquia axiológica ou *ad hoc* a fim de se fazer uma interpretação sem subversões (conformidade funcional) com a Constituição Federal em seu todo considerada. Nesse sentido, é antiga a lição de que os direitos fundamentais de matiz liberal foram adotados pela Constituição de 1988 tanto quanto direitos outros de um constitucionalismo social tardio brasileiro, harmonizados nos elementos sócio-ideológicos positivados (SILVA, 2014).

Portanto, se é fato que a doutrina constitucionalista entende que não exista colisão entre direitos fundamentais, mas a necessidade de harmonizá-los, é certo que determinadas condutas não estão no âmbito dessa análise, mas sim de efetiva violação de um dever fundamental, a que corresponde a violação de um direito fundamental de outrem.

O primeiro aporte no caminho que se trilha é, assim, afastar a ideia de que estariam direitos fundamentais em colisão – direito à liberdade e livre iniciativa versus direito à saúde – mas sim a realização de determinada conduta, lucrativa para o empresário e recreativa para os demais, que de forma cientificamente constatável contribui na construção de um contexto que propicia o espalhamento de um vírus pandêmico e potencializa um

decréscimo na qualidade sanitária, violando o direito à saúde de outros indivíduos. Não há dúvidas ser legitimamente exigível a abstenção de atos que contribuam de forma extremamente eficiente à saúde, constituindo, em tempos atuais, em um dever fundamental de observância das medidas de contenção do espalhamento do vírus.

Superado esse primeiro ponto, tido por fundamentalmente reprovada a conduta violadora de um dever fundamental que corresponde à não violação do direito fundamental à saúde, deve-se analisar a questão em concreto sob uma outra perspectiva, colocando-se agora o próprio indivíduo violador como aquele que demanda a prestação estatal que colaborou na criação da necessidade.

Embora essa situação fática possa ser tratada sob diversos aspectos, a relação entre os indivíduos que, em tempos de pandemia, adotam determinadas condutas que colaboram com o espalhamento do vírus e até com a sua própria contaminação, com a eventual posterior invocação de um acesso universal e gratuito ao tratamento público de saúde é abordada nesse pequeno ensaio sob a ótica do abuso de direito.

Sob o viés já mencionado, da inexistência de colocação no plano de direito absoluto à autonomia do indivíduo, a conduta que transborda os contornos do objeto do direito enquadra aquela como abuso de direito, enquanto "*ultima ratio* da tutela dos direitos e interesses legítimos de terceiros", na lição da Professora Paula Vaz Freire (2020), Diretora da Faculdade de Direito de Lisboa. Com efeito, a situação em análise enquadra-se naqueles termos do art. 187[7] do Código Civil, ao transmudar um direito fundamental mantido pelo Estado a um custo elevado como esteio para o lucro e o lazer clandestinos em tempos de pandemia. O abuso de direito se mostra, ademais, mais evidente justamente em relação ao empresário, por clara violação da função social de sua propriedade.

Em alguma medida a situação tem pontos de toque, em uma reflexão perfunctória, com o segurado que agrava intencionalmente o risco e perde o direito à garantia (art. 768 do Código Civil) mas, como visto acima, não pode haver nesse caso a exclusão do atendimento do indivíduo pelo Estado. Todavia, ao passo que o direito de acesso à saúde não possa, e nem se queira, ser negado ao indivíduo, isso não obsta que possam ser aplicadas consequências ao abusador desse direito e dos envolvidos de forma ilícita.

---

[7] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A situação em análise encontra um interessante campo de aplicação na análise econômica do direito, dado que para essa abordagem tem-se como um senso de justiça a distribuição eficiente de recursos escassos. Na lição de Paulo Caliendo (2009, p.50):

> Para a análise econômica do Direito a questão da justiça se encontra essencialmente vinculada à questão da eficiência e, portanto, de como podemos resolver a disputa por recursos escassos com base em argumentos racionais. Não se trata da busca de fundamentos etéreos ou obscuros, mas de justificativas sindicalizáveis (verificáveis) sobre as razões para determinadas escolhas.

A disputa em questão é entre a postura que é buscada pelo Estado ao proibir aglomerações visando a promoção do direito à saúde pública e os direitos liberais de locomoção e livre iniciativa, respectivamente dos clientes e do empresário objeto da análise. O recurso escasso em questão são todos aqueles envolvidos com o atendimento na rede pública de saúde aos hospitalizados infectados, cuja conduta daqueles agrava a sua disponibilidade.

A análise econômica do direito trabalha essencialmente com as concepções da ciência da economia, entendendo que o indivíduo é um ser racional que age de modo a maximizar seu bem estar, prescrevendo o direito determinados comportamentos esperados e exigidos de modo a diminuir externalidades negativas da conduta daquele. A externalidade, por sua vez, são todas as consequências, positivas ou negativas, que decorrem da conduta do indivíduo ou da empresa, para terceiros, e não internalizadas por aqueles. Ou seja, são todas as consequências para outros indivíduos que decorrem do ato do indivíduo ou da empresa. No caso concreto, o espalhamento do vírus e a ocupação da rede pública de saúde em decorrência dos atos de aglomeração em exploração de atividade econômica clandestina. Ainda que esses próprios convivas sejam os infectados ocupantes desses leitos, a externalidade negativa se faz, no mínimo, pela diminuição da disponibilidade de leitos vagos para outros indivíduos que respeitaram as medidas preventivas à infecção.

Diante dessa situação, a análise econômica do direito trabalha bem com a ideia de incentivos para estimular determinadas condutas pretendidas. A saúde pública aqui claramente se trata de um bem público (na acepção da ciência econômica, enquanto bem não rival e não exclusivo) em que há um contexto exatamente tratado pela tragédia dos bens comuns. Essa é uma colocação fundamental que deve se ter em mente para bem colocação do problema sob o viés proposto, a partir do qual a proposta será apresentada.

O bem público é um determinado bem cuja utilização por um indivíduo não exclui a utilização por outro (não exclusão), ou seja, ao ser usado por um indivíduo, não

exclui que outro também o utilize. Imagine-se aqui uma transmissão de sinal de rádio, cuja sintonização por um indivíduo não exclui que outro também o sintonize. Já uma aula ministrada dentro de uma sala somente pode ser assistida por tantos quantos caibam naquela sala, assim, a presença de alguns para assisti-la exclui a possibilidade de que outros o façam. Esse bem é também não rival, ou seja, o consumo por um indivíduo não diminui a disponibilidade para o outro. Assim, aquela transmissão de rádio, quando sintonizada por um indivíduo, não diminui a força do sinal para que outro a sintonize. Já um alimento é um bem rival, pois consumido por um, diminui a disponibilidade para outro.

A tragédia do bem comum ocorre pela conjugação desses fatores que levam a um uso predatório, de modo que o bem que era não exclusivo e não rival se torna escasso. O clássico exemplo é o do pasto utilizado por diversos criadores de animais, que ao perceberem que não há incentivo para uso moderado, exploram o pasto de forma predatória, por consequência acabam tornando este escasso, trazendo um prejuízo para todos os usuários.

A solução proposta pela análise econômica do direito é a imposição de incentivos que não obstem o uso do bem, mas impeçam o seu esgotamento pelo abuso de seu uso. Assim, propõe-se a elaboração de mecanismos que incentivam um uso racional, mantendo o uso regular em benefício de todos os envolvidos.

Essa é a base racional sob a qual se funda a proposta desse ensaio.

Visto, portanto, que a conduta em análise constitui um abuso de direito, violador de um dever fundamental que contribui para a concretização do direito à saúde pública, dadas as limitações de manutenção da universalidade já mencionadas, uma solução possível se encontra na constituição de incentivos para a abstenção daqueles atos.

Como último passo antes da sua apresentação, deve-se fazer um último aporte, demonstrando que esse racional em alguma medida já foi adotado pelo legislador, ao prever no art. 120 da lei n 8.213/91 a ação regressiva por desembolsos realizados pela Previdência Social, com pagamento de benefícios, decorrentes de negligência dos responsáveis quanto às normas de proteção individual e coletiva nas relações de trabalho.

4 AS AÇÕES DE REGRESSO PROPOSTAS PELA PROCURADORIA FEDERAL. UMA PROPOSTA DE ANALOGIA

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), representado pela Procuradoria-Geral Federal, gradativamente tem se incumbido de cumprir a previsão normativa, aduzida no art. 120 da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social. A referida disposição se

remete à possibilidade de ajuizamento de ação regressiva em face daqueles que, por negligência, dão azo a gastos previdenciários relacionados ao pagamento de benefícios, a princípio, associados a acidentes de trabalho.

Trata-se de verdadeiro dever do ente autárquico, tal qual a própria redação originária do artigo, que dormitou por anos sem aplicabilidade prática, prevendo que “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

As espécies que se destacam pela sua associação direta são: pensão por morte, auxílio-acidente, auxílio por incapacidade temporária na modalidade acidentária (antes conhecido como auxílio-doença por acidente de trabalho), aposentadoria por incapacidade permanente na modalidade acidentária (outrora conhecida como aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho).

Em que pese as alterações das denominações das espécies, por redação advinda da Emenda Constitucional nº 103 de 2019 (Reforma da Previdência), não houve qualquer reflexo, no que pertine à ação regressiva, mantendo-se hígida no sistema previdenciário.

O crescente ajuizamento das ações regressivas resultou na consolidação de uma jurisprudência que abalizou a efetivação de condenações ao típico empregador-lesador, sendo notória a preocupação em garantir sobretudo um viés preventivo, dado o caráter indissociavelmente pedagógico das condenações. O Estado, de forma imediata, cumpre seu papel previdenciário garantidor na substituição da renda do obreiro, entretanto, intenta a responsabilização do causador direto do fato gerador, previsto como risco social.

Tamanha a notoriedade do tema é que a Lei 13.846/2019 alterou o teor do supracitado artigo, positivando extensão já dada pela jurisprudência, para fomentar o ajuizamento de regressivas em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher. Diante da importância do texto legal em comento é pertinente a sua reprodução:

> Art. 120. A Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de:
> I - negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva;
> II - violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Ora, a recente inserção do segundo inciso enriquece a problemática, foco do presente trabalho. Isto porque a opção do legislador foi a de referendar o labor

jurisprudencial já assente nos Tribunais Superiores. Entrementes, a aplicação analógica jurisprudencial, *in casu*, motivou a própria atividade legislativa positiva.

Em rigor, a concepção da ação regressiva, por assim dizer clássica, previa a inclusão da situação típica e corriqueira do empregador, descumpridor das normas de segurança e higiene do trabalho, no pólo passivo da demanda regressiva. Ou seja, o trabalhador, segurado obrigatório da Previdência Social, sujeita-se a exercer sua atividade habitual nas dependências desajustadas do patrão e na eventualidade do acidente que lhe ocasione a perda da capacidade para o trabalho, receberá, por intermédio da cobertura de riscos da Previdência Social, seu benefício enquanto perdurar sua condição incapacitante. O fato gerador morte, naturalmente, também é coberto, tendo como beneficiários os dependentes do segurado instituidor. Percebe-se, assim, que os gastos previdenciários são exorbitantes, tanto que o Poder Judiciário tem habitualmente condenado o causador a restituir tanto as parcelas vencidas, quantos as vincendas.

Clarividente que, tal qual o abordado no tocante ao Sistema Único de Saúde, não há espaço no âmbito da cobertura previdenciária pública, na efetivação da sua missão institucional, da realização de um juízo de ponderação acerca dos fatores ocasionadores do acidente, tais como, da não utilização de EPIs - seja por negligência do empregador ou displicência do empregado -, da adoção ou não de um ambiente saudável e seguro para o desempenho das funções. Em suma, comprovada a qualidade de segurado e o fato gerador (morte ou incapacidade), necessariamente se tem o nascimento do direito ao benefício. Em contrapartida, repise-se, nasce de igual modo um dever legal, a ser desempenhado pelo INSS, ante o conhecimento de eventuais práticas abusivas ou desidiosas por parte do empregador, que guarde relação direta com o gasto público decorrente do ato concessório.

Desafiar-se-á o Poder Judiciário as demandas que inevitavelmente tratarão do adoecimento de trabalhadores que foram contaminados pelo Covid-19 e que estiveram expostos ao vírus pela desídia patronal, materializada no descumprimento das recomendações sanitárias. Em recente apreciação, por parte do Supremo Tribunal Federal[8], o coronavírus foi reconhecido como doença ocupacional, sendo certo que o precedente amplia a vereda por uma jurisprudência que venha adotar a procedência de ações regressivas, eventualmente demandadas pelo INSS, com lastro na contaminação por culpa, negligência ou imprudência do agente.

---

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19**. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1>. Acesso em: 07 jul. 2020.

O entendimento pela procedência da ação tem base na disposição legal, que não cuidou de restringir a regressiva em situações de acidente típico e conferiu sentido lato ao agente. Segundo o procurador federal Frederico Amado, a jurisprudência demonstra o alargamento de um entendimento inicial restritivo à aceitação de inclusão no pólo passivo de causadores de acidente de trânsito imprudentes, homicidas (exemplo do marido que assassina a esposa instituidora de pensão para os filhos)[9], bem como pela própria flexibilização do causador, não necessariamente o típico empregador. Impende dizer que a "ação regressiva não se limita ao acidente de trabalho, diante da abertura do texto legal, podendo alcançar os acidentes sofridos por contribuintes individuais a serviço da empresa, no caso de culpa do tomador do serviço". (AMADO, 2020).

E neste momento da construção conceitual urge a fixação de um ponto de inflexão para tratar do provável argumento a contestar a cobrança dos gastos públicos gerados pelo empregador, descumpridor das normas, disseminador do Covid-19 e de seus clientes desarrazoados: como estabelecer o nexo causal diante de um quadro agudo de transmissão comunitária? A resposta repousa na própria praxe da ação regressiva previdenciária, que se vale do processo judicial (rito ordinário), com a garantia indescartável do contraditório e da ampla defesa e de toda a rica atividade probatória a recair sob o fato controvertido.

4.1. Um problema de nosso tempo e uma proposta de solução

Como visto até aqui, um grave problema de saúde pública enfrentado em todo o mundo é a pandemia do vírus Sars-Cov-2, que conta com algumas características muito peculiares: é um vírus suficientemente contagioso que se espalha sem quebrantar suficientemente rápido o infectado para que este pare de contaminar outros. Quando os sintomas se manifestam, uma fração relevante destes necessita de internação em UTI com uso de respiradores mecânicos. A demanda por tal estrutura se mostrou superior àquela disponível em toda a rede pública nacional, levando a dispendiosos investimentos para construção de hospitais de campanha e compra de respiradores, com valor elevado, seja pela grande demanda mundial, seja pela elevação do dólar no período.

De outro lado, Estados e municípios, protagonizando os investimentos necessários para a construção de tal estrutura, ao mesmo tempo tiveram que implementar,

[9] Recurso Especial nº 1.431.150/RS - STJ

em alguma medida, a limitação do comércio e prestação de serviços, tendo como consequência a vertiginosa queda de arrecadação tributária de ICMS e ISSQN.

Soma-se a isso os elementos trazidos analiticamente em pontos anteriores desse trabalho: a existência de casos reiterados de estabelecimentos comerciais promovendo aglomerações clandestinas, o risco de contágio destes, o espalhamento do vírus, o adoecimento da população de forma mais aguda, e a ocupação de leitos de UTIs públicas por aqueles que consciente e injustificadamente se expuseram ao vírus, obrigando o Estado a prestar-lhes atendimento, que, como visto, não pode ser negado, dado tratar-se de um direito fundamental prestacional universal e incondicionado.

Porém, nesse contexto, em que a estrutura para atendimento dessa população se torna um bem mais escasso que a média da realidade brasileira e com custo elevado para os entes federados que veem as suas fontes de financiamento (tributos) decaírem, uma alternativa é aqui proposta.

Como também já demonstrado anteriormente, não há espaço para que se albergue uma suposta prevalência do direito fundamental de livre iniciativa do empresário que explora uma casa noturna, uma sauna, um restaurante, promover aglomeração, nem mesmo dos seus clientes, em uma pretensa prevalência do direito de ir e vir. Antes, como dito, violam um dever fundamental de colaboração com a manutenção da saúde pública, socorrendo-se eventualmente da rede pública em efetivo abuso de direito, do direito à saúde, e daqueles direitos invocados.

A proposta que aqui se coloca está diretamente relacionada com a economia comportamental e os incentivos bem compreendido pela análise econômica do direito.

Esses eventos em questão, já reconhecidos como propagadores do vírus, já tidos como objetivamente ilegais em decorrência de medidas impostas pelos entes federados, e já provados como fundamentalmente antijurídicos, conforme argumentação acima declinada, são invariavelmente descobertos por agentes públicos destes mesmos entes federados, seja guardas municipais, agentes de fiscalização de Secretaria de Saúde, Vigilância Sanitária, Procons, Polícia Civil e Militar etc.

Propõe-se que em tais abordagens sejam os empresários e clientes registrados e acompanhado o estado de saúde destes nas semanas subsequentes. Constatada a manifestação dos sintomas de Covid-19 em uma fração destes indivíduos, com prazo compatível com o período de infecção e adoecimento, contados do registro deste na aglomeração clandestina, que os casos sejam encaminhados para a Procuradoria do Município ou do Estado para a propositura de ações de regresso em face dos empresários

e dos internados que utilizaram a rede pública de saúde, buscando solidariamente a indenização das despesas com a internação e tratamento destes.

Em relação ao fundamento jurídico, propõe-se a aplicação analógica das ações de regresso acima mencionadas, levadas a cabo pela Procuradoria Federal que, conforme se viu, tem aplicado interpretação extensiva do disposto no art. 120 da lei do SUS, abrangendo até mesmo a responsabilização de quem não seja empregador. Outrossim, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) também pode ser considerada nesta analogia, pela recente previsão de impor ao agressor o ressarcimento ao SUS dos gastos atinentes à recuperação da vítima[10]. Adiciona-se a isso os fundamentos apresentados no item 3 acima.

Em relação ao estabelecimento do nexo de causalidade, é sabido que é impossível se identificar com precisão a fonte do contágio quando já se estabelece um espalhamento comunitário. Todavia, o conhecimento científico já produzido apresenta elementos suficientes para demonstrar, aliado o comportamento do indivíduo e a exposição a determinada situação, com o tempo para manifestação dos sintomas, a grande probabilidade de apontamento de determinado ato como provável fonte do contágio. Transportando a leitura do caso pelo direito, a sistemática processual convive bem com o estabelecimento de presunções de modo a realizar a eficiência e a dinâmica do ônus da prova gerida de forma a proteger um interesse público, neste caso a responsabilização e estímulo da cooperação na preservação da saúde pública.

Desse modo, o estabelecimento de medidas de responsabilização dos empresários e clientes de aglomerações clandestinas em tempos de pandemia se coloca como uma possibilidade que ao mesmo tempo que cria um incentivo econômico para que estes respeitem de forma mais séria as medidas de distanciamento recomendadas pela ciência, também criam uma alternativa de financiamento das despesas estatais com a construção da estrutura de saúde para atendimento da população, custeadas por aqueles que a utilizaram por uma causa antijurídica.

5 CONCLUSÃO

Conforme bem contextualizado, vivemos um momento de excepcionais necessidades, criando um ambiente de agudo atingimento da saúde pública, cuja soma de

[10] Art. 9º, §4º: "§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços."

fatores apresenta como um de seus resultados uma curva inversamente proporcional entre a demanda de recursos para manutenção e ampliação da estrutura pública de saúde e as receitas arrecadadas pelos entes federados decorrentes dos impactos econômicos subjacentes.

A situação demanda uma postura ativa dos entes federados nas medidas que evitam o espalhamento do vírus tanto quanto naquelas de atendimento da população já infectada, e, objeto da inquietação dos autores, do uso racional e responsável da rede pública de saúde.

Demonstrou-se que por se tratar a saúde um direito fundamental universal e incondicionado, o Estado não pode se negar ao atendimento do indivíduo, todavia, isso não impede de que o uso desse direito fundamental seja tido como em abuso de direito por violação de um dever fundamental prévio. Assim, alternativas se abrem, propondo-se aqui como um incentivo econômico para que o indivíduo evite a sua contaminação e de outros, que este seja responsabilizado, juntamente com os empresários que promovem eventos clandestinos, pelos custos de seu atendimento na rede pública de saúde quando a situação de seu flagrante se adeque às presunções de infecção indicadas pela ciência biológica. A medida se mostra igualmente como um potencial relevante para o ente federado que, ao passo que não nega o atendimento médico ao agente infrator, encontra uma forma alternativa de financiamento do próprio serviço público ofertado.

A base jurídica proposta para essa responsabilização é o abuso do direito ao atendimento médico para preservação da saúde pelo indivíduo, a violação ao dever fundamental de cooperação na preservação da saúde pública, a violação da função social da propriedade do empresário, a aplicação analógica da ação regressiva do art. 120 da lei federal do 8.213/1991 e do art. 9, § 4º da Lei 11.340/2006 (Maria da Penha). A base probatória se escora no conjunto de estudos científicos acerca do espalhamento, infecção e sintomas do vírus produzidos pelas ciências biológicas.

Subsistem ainda algumas questões não respondidas nesse trabalho, como se ação poderia ser movida em face de indivíduo que demonstre ausência de recursos para indenizar o ente federado pelo seu tratamento; se o repasse das operadoras de planos de saúde ao SUS, por atender o seu contratante, prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, ilide a ação regressiva; se o frágil consenso da comunidade científica da área biológica apresenta um arcabouço de conhecimento seguro para se investigar a origem do contágio; se falsos positivos ou falsos negativos tornariam débil o efetivo enquadramento de determinado evento como o desencadeador de infecção de indivíduos; se esse raciocínio também poderia ser aplicado caso o indivíduo que manifestasse a doença fossem outros

que convivem com o indivíduo infrator; se um determinado empresário reincidente poderia ser responsabilizado ainda que não houvesse enquadramento de um alto índice comprovado de infecção de seus clientes[11].

Tratam-se de temas em aberto, que não são indícios da fragilidade do argumento, mas que apenas revelam o início de um diálogo que deve ser amadurecido pela comunidade jurídica. Com efeito, destaca-se um objeto de estudo ainda incipiente e que, com razão, ao relevar o seu raciocínio eminentemente consequencialista, demanda extrema cautela. Todavia, sob outro aspecto, as circunstâncias são emergências da atualidade, de modo que o direito precisa evoluir na mesma velocidade, visando a construção de alternativas capazes de fazer frente ao desafio que se impõe, não se descuidando que se trata de possibilidade a constituir uma solução universalizável para demandas futuras da sociedade.

César Henrique Sanfelice Rocha de Oliveira, Advogado, servidor público federal com lotação no Instituto Nacional do Seguro Social. Graduado em Direto (UEMS). Contato: cesarsanfelice@uol.com.br

José Galbio de Oliveira Júnior, Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Tributário (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário (PUC-MG) e Direito do Estado (UCAM-RJ). Graduado em Direito (UEMS). Contato: galbiorkl@gmail.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 06/07/2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de Novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. DF: Brasil, 12 Nov. 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm> Acesso em 06/07/2020.

[11] *A priori*, pensamos que em relação a este, seria mais adequado o caso de responsabilização via Ação Civil Pública por danos morais coletivos, cujo autor pode ser, inclusive, o ente federado.

BRASIL. Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DF: Brasil, 24 jul. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DF: Brasil, 19 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Lei 9.656, de 03 de Junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. DF: Brasil, 03 jun. de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DF: Brasil, 10 jan. de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de Agosto de 2006. Lei Maria da Penha. DF: Brasil, 07 ago. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Lei 13.846, de 18 de Junho de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios. DF: Brasil, 18 jun. 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm#art24> Acesso em 06/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.431.150/RS. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303881718&dt_publicacao=02/02/2017> Acesso em 07 jul 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e Dignidade Humana: Entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CALIENDO, Paulo. Direito Tributário: três modos de pensar a tributação. Elementos para uma teoria sistemática do direito tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FREIRE, Paula Vaz. Análise Econômica do Direito. Aula ministrada no curso de direito das obrigações da graduação da USP. Julho de 2020. Disponibilizada em SimãoCast. Disponivel em: <https://open.spotify.com/episode/4b3hhiLUNak1rmspeRYDUQ> Acesso em 04/07/2020.

NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.