

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE E SEGURANÇA DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE DA REDE PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL

Sefora Graciana Cerqueira Char¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos riscos do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde. 3. Das normas sobre meio ambiente do trabalho aplicáveis aos profissionais da saúde no contexto da pandemia. 3.1. Da rede normativa constitucional, infraconstitucional e internacional. 3.2. Das normas do Ministério da Saúde. 4. Da natureza jurídica do direito ao meio ambiente de trabalho sadio. O conflito de interesses entre a garantia da higidez do ambiente do trabalho dos profissionais da saúde e a assistência à saúde da população. 5. Da responsabilidade da administração pública sobre a saúde e segurança dos profissionais da saúde da rede pública. 6. Do controle administrativo e jurisdicional da gestão do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde. 7. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte da constatação de que a pandemia do COVID-19 evidenciou um problema crônico no Brasil, consistente na insuficiência da adoção de medidas de proteção do meio ambiente do trabalho dos profissionais que prestam assistência à saúde da população junto à rede pública, trazendo à lume os desafios em evitar os riscos de contaminação e adoecimento desses trabalhadores, preservando-lhes a vida e a integridade física.

O caminho percorrido pelo ensaio passa inicialmente pela definição da natureza jurídica do interesse na higidez do meio ambiente do trabalho, pelo conteúdo das normas internacionais e nacionais, como mais especificamente as expedidas pelas autoridades sanitárias e de saúde, com vistas a garantir esse interesse, visita, em seguida, a relação de vinculação dos atos do gestor da unidade de saúde à juridicidade do ordenamento

¹ Procuradora do Trabalho na Procuradoria do Trabalho da 5ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista – EMATRA. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial/Universidade Federal da Bahia - UFBA.

jurídico, destacando a possibilidade de responsabilização que pode decorrer do exercício do controle administrativo e jurisdicional na Justiça do Trabalho, e destina-se, finalmente, a demonstrar a inafastabilidade do respeito à garantia constitucional à saúde e segurança no exercício profissional em harmonia com o direito à assistência à saúde da população.

2. DOS RISCOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

O número abrangente dos casos de adoecimentos, óbitos e afastamentos do trabalho dos profissionais da saúde, decorrente do exercício das suas atividades laborais, é uma realidade que, não obstante antiga, não vinha recebendo a necessária atenção dos gestores da saúde, públicos e privados, como da sociedade. O cenário da pandemia do COVID-19 impôs o tratamento prioritário dessa pauta, de sorte que é revelador que noções e conceitos próprios da saúde e segurança do trabalho, geralmente restritos aos especialistas da área, têm sido inclusive incorporados aos diálogos corriqueiros, aos noticiários ou pronunciamentos das autoridades públicas.

Quando confrontada com o elevado percentual de acidentalidade e afastamento dos profissionais dessa categoria, a população tem se surpreendido. O número acentuado de casos de adoecimento dessa parcela de trabalhadores, justamente incumbida de cuidar da saúde dos demais, não havia recebido até então a atenção merecida, apesar de há muito já vir sendo abordado e discutido pelas entidades de classe, conselhos profissionais, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Judiciário Trabalhista.

Segundo o Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho², o setor econômico mais notificado e a profissão com mais notificações de casos de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho foram, respectivamente, o setor de atendimento hospitalar e a profissão de técnico de enfermagem. Ainda que façamos um recorte, entre todas as profissões na administração pública, a de técnico de enfermagem persiste ocupando a primeira colocação entre as mais notificadas.

Abaixo segue o gráfico extraído do sítio <https://smartlabbr.org/sst>:

² Desenvolvido pela equipe do SMARTLAB de Trabalho Decente, decorrente da parceria entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e concebido consoante parâmetros científicos a partir de informações coletadas dos bancos de dados governamentais disponíveis de 2012 a 2018.

SETOR ECONÔMICO	OCUPAÇÃO
<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div style="background-color: #c00000; color: white; padding: 5px; text-align: center;"> Atividades de atendimento hospitalar 10% </div> <div style="background-color: #ffc000; color: black; padding: 5px; text-align: center;"> <small>Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - hipermercados e supermercados</small> 4% </div> </div>	<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <div style="background-color: #c00000; color: white; padding: 5px; text-align: center;"> Técnico de enfermagem 7% </div> <div style="background-color: #c00000; color: white; padding: 5px; text-align: center;"> Trabalhador de serviços de limpeza e conservação de áreas públicas 6% </div> </div>
<p>No âmbito da União, ao considerar o setor econômico com mais notificações, considerando todos os riscos ambientais existentes nos locais de trabalho, destaca-se as atividades de atendimento hospitalar. Conforme os dados informados pelo Observatório de Segurança e Saúde, os casos de acidentes contabilizaram 359.581 no período entre 2012 e 2018.</p>	<p>Ao se considerar o número de notificações de acordo a ocupação e as condições do meio ambiente de trabalho só dos trabalhadores vinculados a Administração Pública na União, a profissão que prepondera continua sendo a de técnico de enfermagem com 6.252 casos de acidentes registrados no mesmo intervalo de tempo e ocorridos em função das condições ambientais de trabalho.</p>

Já no contexto da pandemia, em documento sobre o qual o Ministério da Saúde tem se balizado, a *Occupational Safety and Health -OSHA* graduou o risco do trabalho da seguinte forma: "Risco muito alto", em que incluídos os profissionais com alto potencial de contato com casos confirmados ou suspeitos de contaminação pelo COVID-19 durante procedimentos médicos, laboratórios ou *postmortem*; "Risco alto", estão incluídos os profissionais "que entram em contato com casos confirmados ou suspeitos de COVID19; "Risco mediano", incluídos os profissionais que demandam o contato com menos de 2 metros com pessoas que podem estar infectadas com o novo coronavírus (SARS-coV-2), mas que não são consideradas casos suspeitos ou confirmados; "Risco baixo" estão incluídos os profissionais que não requerem contato com casos suspeitos, reconhecidos ou que possam vir a contrair o vírus, que não têm a menos de 2 metros com o público, ou que têm contato mínimo com o público em geral, e outros trabalhadores.

Observa-se que o cenário pandêmico é dinâmico, ainda pouco desbravado e o conhecimento científico que vem sendo adquirido tem motivado a adoção de medidas protetivas do trabalhador da saúde, amparadas nas vulnerabilidades percebidas a partir do desempenho das atividades de atendimentos, de modo que, além do adoecimento físico, tem se observado o adoecimento psíquico dessa categoria profissional. Iniciativas, a exemplo do Projeto "TelePSI", desenvolvido pelo Ministério da Saúde (MS) e pelo Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), cujo objetivo consiste em disponibilizar

teleconsulta psicológica aos profissionais que atuam na linha de frente do combate ao COVID-19, destinando-se a trabalhadores de 14 categorias de saúde e prevê, pelo menos, 10 mil atendimentos.

Do exposto, concluímos que a pandemia colocou os holofotes sobre um problema crônico e antigo no país: os riscos do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde.

3. Das normas sobre meio ambiente do trabalho aplicáveis aos profissionais da saúde no contexto da pandemia

3.1. Da rede normativa constitucional, infraconstitucional e internacional

A normatividade inscrita na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, IV; 5º, XXIII; 7º, XXII; 100, VIII; 170, *caput*, III, VI; 196 e 225, *caput*) demonstra iniludivelmente a consciência acerca da necessidade da real proteção da saúde dos trabalhadores, inclusive dos profissionais da saúde, com a efetiva redução dos riscos no meio ambiente do trabalho, com vistas ao reconhecimento do valor do trabalho humano.

Merecem destaque no plano internacional, as prescrições expressas na Convenção 155 da OIT de que "a adoção de medidas necessárias para a promoção da segurança no trabalho, com o objetivo de prevenir acidentes e danos para a saúde" (art. 3º e 4º), como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, impondo em seu art. 12, que seja viabilizada "a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente" e seu artigo 7º assegura aos trabalhadores "a segurança e a higiene no trabalho".

No plano infraconstitucional, frisa-se o art. 157 da CLT, que trata das medidas voltadas à garantia da saúde e segurança do trabalho, que se concretizam em medidas protetivas administrativas, de engenharia, coletivas e individuais, as quais constituem piso normativo, aplicável aos trabalhadores públicos e privados, inscrito nas Normas Regulamentadoras editadas segundo os art. 155 e 200 da CLT, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente Secretaria de Inspeção do Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia),

É a Norma Regulamentadora nº 32 que versa especificamente sobre saúde e segurança do trabalho em serviços de saúde, incidindo tanto sobre os serviços privados, como públicos, nos afigurando ainda mais exigível à administração pública o cumprimento das normas de medicina e segurança editadas pelos entes públicos. Ademais, a prestação do serviço público de saúde no país propõe-se a realizar o ideário de servir a população com cobertura universal e perene.

A partir das Normas Regulamentadoras, compreendemos que em matéria de gestão do meio ambiente do trabalho, nele incluindo o relativo aos trabalhadores da saúde, há uma ordem a ser observada, de modo que as medidas de proteção individual devem ser antecedidas por medidas coletivas de proteção e de organização do trabalho.

Nessa linha, se com a pandemia é constatado que a sociedade vem adquirindo consciência sobre a necessidade da utilização de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), urge avançarmos no esclarecimento de que a higidez do meio ambiente de trabalho não se circunscreve à utilização de EPIs, situados, em realidade, na última etapa a ser cumprida.

No que tange especificamente aos profissionais da saúde que atuam no enfrentamento do coronavírus, é digno de nota o fato de encontrarem-se submetidos a agente biológico da classe de risco 3 (segundo a Classificação de Risco dos Agentes Biológicos, publicada em 2017, pelo Ministério da Saúde), com potencial risco à saúde humana, o que demanda a observância, conforme as orientações do próprio Ministério da Saúde, de medidas administrativas, de engenharia e de proteção coletiva e individual.

Acrescente-se que também a Lei Orgânica do Serviço Único de Saúde (SUS), nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, garante a promoção e proteção da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, bem como a recuperação, reabilitação e assistência às vítimas de acidentes doenças e agravos relacionados ao trabalho.

Com espeque na aplicação da rede normativa em vigor e exatamente em razão dos riscos do trabalho dessa categoria laboral serem incontornáveis, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida, em 29 de abril de 2020, em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's), suspendeu a eficácia dos artigos 29 e 30 da Medida Provisória 927/2020, que, prevendo medidas excepcionais para manter o vínculo de emprego durante a pandemia da COVID-19, não enquadraram o afastamento do trabalho

por adoecimento pelo coronavírus como decorrente do trabalho, de modo que a mais Alta Corte do país decidiu pela possibilidade da doença ser considerada ocupacional.

Com a sedimentação da situação da pandemia da COVID-19 e em harmonia com as prescrições citadas e que já estavam presentes no ordenamento jurídico antes do surto, as autoridades de saúde de todos os entes da federação, inclusive como decorrência do cuidado com a saúde pública, viram-se premidas a regular as condições de trabalho dos profissionais da saúde, voltando-se mais especificamente à prevenção do contágio da COVID-19, em claro exercício do federalismo cooperativista, previsto no art. 23 da Constituição Federal.

Nesse contexto, uma plêiade de normas de conduta foi editada, carregada de conteúdo científico já estabelecido, cujo atendimento mostra-se como incontornável pelos gestores das unidades de saúde do país.

Conclusão que se alinha ao pensamento de BINENBOJM³ que, ao tratar dos fundamentos da crise da lei formal e do fenômeno da constitucionalização do direito, bem sintetiza:

“Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular”.

A partir da atenta observação dessas normas de conduta, é constatado que assumem várias formas, sendo editadas como decretos, resoluções, portarias, orientações, todas, no entanto, dotadas de poder vinculante, demonstrando que o que se sobressai é terem as normas emanado de autoridade de saúde ou sanitária e elaboradas sob base científica.

3.2. DAS NORMAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

No âmbito federal, o Ministério da Saúde, em coerência com o ordenamento jurídico já vigente, assumiu o protagonismo para ditar as medidas mínimas de saúde e

³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

segurança do trabalho para os diversos trabalhadores da saúde desempenharem as suas atividades, as quais vêm sendo publicizadas e atualizadas continuamente, segundo as descobertas científicas e o estudo do comportamento da disseminação do novo coronavírus na sociedade brasileira.

Destacam-se, entre as orientações e recomendações referentes às medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus (SARS CoV2): a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 04/2020 (atualizada em 08/05/2020); a Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 07/2020; e, principalmente, o documento publicado pelo Ministério da Saúde em abril de 2020, intitulado “**Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais**”, segundo o qual *“todos os serviços de saúde devem garantir a adoção de medidas e mecanismos de proteção e promoção à saúde para todos os trabalhadores que atuam nos serviços, sejam eles empregados, terceirizados ou pertencentes a outras modalidades de vínculos”*, elaborado sob a Coordenação-Geral de Saúde do Trabalhador e que contou com a colaboração técnica do Ministério Público do Trabalho.

Referência sobre saúde e segurança do trabalho dos trabalhadores da saúde considerando a prevenção à COVID-19, o documento “**Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de COVID-19 e outras síndromes gripais**” salienta que *“os trabalhadores dos serviços de saúde fazem parte de um grupo de alto risco para vírus respiratórios e representaram uma parcela expressiva do número de casos em surtos anteriores do SARS e MERS-CoV, tendo contribuído para amplificação das epidemias. O adoecimento de profissionais de saúde é especialmente preocupante, pois pode reduzir os recursos humanos e comprometer a qualidade e potencial de resposta dos serviços de saúde. Porém, nem todos os trabalhadores dos serviços de saúde têm o mesmo risco de infecção por SARS-CoV-2, o que depende da atividade e procedimentos que este profissional executa”*.

Do exposto, as inúmeras prescrições, cada vez mais específicas, sobre as medidas coletivas e individuais, protetivas ou de organização do trabalho, assentadas nesses documentos apontam para a necessária vinculação dos gestores das unidades de saúde, cujo desatendimento pode gerar a responsabilização da gestão de saúde.

4. Da natureza jurídica do direito ao meio ambiente do trabalho sadio. O conflito de interesses entre a garantia da higidez do ambiente de trabalho dos profissionais de saúde e à assistência da saúde à população

Toda a rede de proteção disponível no ordenamento jurídico erguida em torno da preservação do meio ambiente do trabalho dos profissionais de saúde, deve ser necessariamente observada, principalmente em momento cruciais, onde a exceção requer, ainda mais, o zelo pela ordem jurídica e pela realização do Estado Democrático de Direito.

Observa-se a idêntica envergadura constitucional entre os interesses à saúde dos profissionais e da população, o que não advém apenas da topologia constitucional, mas do assento de ambos interesses em princípios e valores nucleares da Norma *Mater*. É relevante evidenciar que o direito à saúde e, nesse sentido, à preservação da vida e integridade física dos trabalhadores, é, em princípio, presumidamente indisponível e não se confunde com o interesse particular e disponível por parte do trabalhador, tão comum nas relações laborais estatutárias e celetistas, evitando-se com esse esclarecimento a confusão que pode ser provocada pela relação entre conteúdo e continente, pelo fato do direito à saúde dos trabalhadores também estar contido no direito à saúde da população de natureza mais abrangente.

Outro ponto que merece destaque é a interligação entre tais interesses, de modo que o adoecimento dos trabalhadores da saúde importa na diminuição da assistência a população, tanto por ocupar a rede de saúde como mais um paciente, como por reduzir a força de trabalho voltada ao atendimento da população, o que vem sendo salientado pelos próprios entes públicos, *“o adoecimento de profissionais de saúde é especialmente preocupante, pois pode reduzir os recursos humanos e comprometer a qualidade e potencial de resposta dos serviços de saúde”*.

Sob outro ângulo, o alto grau de contágio e os agravos advindos com a COVID-19, sobretudo entre os vulneráveis, importa em sobrecarga dos sistemas de saúde, público e privado, de modo que, por consequência, também incide no aumento do risco ocupacional dos trabalhadores da saúde, dado o incremento no volume de trabalho e a maior pressão psíquica a que são submetidos, por terem de lidar com uma doença ainda pouco

estudada, sem cura, sem vacina e com recursos escassos para tratamento dos pacientes e de proteção para o desempenho das atividades dos próprios profissionais.

Nessa senda de ideias, percebe-se que a preservação da saúde dos profissionais da saúde e a assistência à saúde da sociedade, possuem também uma relação de recíproca causa e efeito, conduzindo à conclusão de que a utilização precipitada da escusa na adoção das medidas protetivas do meio ambiente do trabalho dos trabalhadores, por parte dos gestores das unidades de saúde e das autoridades públicas, a pretexto de evitar o colapso do atendimento público, deve ser encarado com cautela, sob pena de acelerá-lo.

Partindo das premissas da presunção da identidade valorativa entre os direitos postos e da relação de interdependência entre o interesse menos abrangente com o mais abrangente, extrai-se a autorização para a utilização do recurso técnico da ponderação, exigindo a compatibilização entre o direito à proteção dos trabalhadores dos riscos de sua atividade com o direito da população de receber a necessária assistência.

A presença das evidências da existência concreta do conflito entre o interesse à preservação da saúde dos trabalhadores essenciais e a assistência à saúde da população é ponto de partida incontornável, para cogitar-se na utilização da técnica da ponderação ou de qualquer outro recurso voltado à solução.

Nessa esteira de ideias, é imprescindível demonstrar clara e objetivamente que o cumprimento das medidas de proteção, tal como descritas na norma, implicaria em comprometimento à assistência da população, a fim de que o conflito em tese alce à condição de conflito concreto de interesses e desafie a utilização da ponderação.

O que se deduz é a proibição de atuações das autoridades públicas arbitrárias, excessivas e desarmônicas, que resultem desvantagens ou sacrifícios injustificados para os destinatários do bem tutelado protegido. Quando se tem em mira direitos fundamentais, precipuamente sociais, em que o âmbito de proteção se conforma mais especificamente em liberdades positivas, exige-se do Estado o exercício ativo do seu dever de utilizar todos os recursos disponíveis para proteger, antes de passar a restringir, mesmo a pretexto de tutelar interesse distinto mais abrangente.

Tanto do arcabouço jurídico constitucional e internacional aplicável, como das normas legais e administrativas infraconstitucionais, extrai-se a necessária vinculação das condutas dos agentes públicos e privados, no sentido de efetivamente garantir um

ambiente do trabalho saudável e adequado, com a adoção mediante protetivas concretas, coletivas ou individuais, de saúde e segurança do trabalho.

A tentativa simplesmente de, em lugar de perseguir a realização da garantia das condições de saúde e segurança dos trabalhadores da saúde, escudar-se na aplicação dos códigos de ética das categoriais profissionais que compõem o conjunto dos trabalhadores da saúde ou no enquadramento de hipotéticas condutas profissionais em tipos penais, idealizados, em princípio, tendo em mira os comportamentos individuais dos profissionais, não contribui com a pacificação social e na realização do interesse público.

É inafastável a demonstração objetiva pelo empregador ou pelo gestor público o desempenho fiel do seu dever de cumprir as medidas protetivas prescritas nas normas, sob pena de subversão da lógica jurídica.

Cabe aos entes públicos e aos estabelecimentos de saúde prover suas unidades de equipamentos de proteção adequados e em número suficiente aos profissionais que diretamente lidam com o enfrentamento da COVID-19 no ambiente de trabalho, além da adoção de outras medidas coletivas e de organização do trabalho para garantir a segurança e saúde dos trabalhadores, mitigando e/ou eliminando a disseminação da doença.

Segundo os Códigos de Ética, em geral, aos profissionais da área de saúde impõe-se o dever profissional de prestar socorro aos pacientes, visando à proteção da vida e da saúde, sob pena de responsabilização pela omissão, todavia, é possível juridicamente a suspensão das atividades em determinadas circunstâncias e sob certas cautelas.

Normas internacionais, de igual forma, não descartam a possibilidade de resistência, sem perder de mira os princípios da razoabilidade e da publicidade, reclamando a necessária comunicação ao empregador ou tomador dos serviços, a quem incumbirá o saneamento das irregularidades e a adequação do ambiente laboral, antes de exigir o retorno da prestação do serviço.

No âmbito penal, para que a prestação de socorro seja percebida como dever jurídico profissional, basta a omissão de agir do agente, a exemplo do médico ou enfermeiro, independente do resultado, o qual pode importar em majoração da pena ou qualificação do crime. Acrescente-se que, se em virtude de encontrar-se sob estado de necessidade, o profissional não puder prestar socorro, este tem o dever de informar às

autoridades ou ao seu empregador os riscos a que está submetido e que fundamenta sua recusa ou suspensão do trabalho, inclusive, diante da lei 8.080/90, que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil, consiste em obrigação do Estado, segundo o art. 196 da Constituição Federal, de prover as medidas de proteção aos profissionais de saúde.

Ao Ministério Público do Trabalho, diante de todo esse novo contexto de emergência em saúde pública, cumpre buscar a via da conciliação do conflito e, quando não for possível, a persecução assertiva dos empregadores e do poder público para a eficaz aquisição, distribuição e correto fornecimento dos EPIs aos profissionais de saúde, para mitigar-se a disseminação da doença entre aqueles que devem debelá-la.

Em caso de suspeita da COVID-19 ou confirmação da doença, os profissionais devem ser afastados, tal como aqueles que estiverem no grupo de risco, sendo que estes devem ser realocados para outros setores ou laborar em teletrabalho, segundo os protocolos em vigor.

Os gestores públicos e particulares das unidades de saúde que prestem assistência a sintomáticos de síndrome gripal, têm o dever de garantir a salubridade no meio ambiente de trabalho, sendo que cabe ao gestor da unidade de saúde em conjunto com a comissão de controle de infecção hospitalar, Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), ou órgão congênere de aferição do meio ambiente de trabalho, segundo os documentos publicados pelo Ministério da Saúde, avaliar o risco da área de prestação da assistência e a presença de profissionais de saúde considerados vulneráveis, para providenciar o atendimento das medidas protetivas aplicáveis.

No caso do não cumprimento das medidas protetivas necessárias, deve o profissional de saúde comunicar os gestores de saúde e órgãos competentes sobre as deficiências do serviço que possam implicar em prejuízo ao exercício profissional da sua atividade e à prestação de assistência à saúde da população, sendo que, persistindo o descumprimento da norma, apenas examinando caso a caso, pode ser ponderada a situação de risco dos profissionais e da população e encontrada a solução.

5. Da responsabilidade da administração pública sobre a saúde e segurança dos profissionais da saúde da rede pública

O reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, quanto à saúde e segurança dos profissionais da saúde da rede pública, pode ocorrer em três níveis.

No tocante à responsabilidade pessoal do agente público, registre-se que, em decisão paradigmática, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, cômico da importância e urgência requerida pelo contexto pandêmico, decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da COVID-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, sob pena de responsabilização pelos danos causados.

Por maioria de votos, os Ministros do STF concederam parcialmente medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para conferir essa interpretação à Medida Provisória (MP) 966/2020, que trata sobre a responsabilização pessoal dos agentes públicos durante a crise de saúde pública.

A MP 966, editada em 13 de maio do corrente ano, previa, entre outros pontos, que os agentes públicos somente poderiam ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agissem ou se omitissem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes.

O julgamento possui destacada relevância no que tange aos atos dos agentes públicos que importem em descumprimento nas unidades de saúde do país, das medidas estabelecidas pelas autoridades de saúde e sanitárias, com lastro científico, voltadas a garantir a higidez do meio ambiente de trabalho dos profissionais de saúde.

No que concerne aos trabalhadores que trabalham sob subordinação direta ao ente público, evidenciamos que o reconhecimento formal da atividade de risco desenvolvida pelos profissionais da saúde da rede pública, torna incensurável a possibilidade do reconhecimento, com esboço constitucional, da responsabilidade objetiva dos gestores públicos e privados, pelos danos causados.

Nos autos da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Nº 828.040/DF, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento constante do Tema 932 da Repercussão Geral, consistente na responsabilização objetiva do empregador por danos

derivados de acidente do trabalho em razão da natureza de risco da atividade desenvolvida.

Nessa linha, observa-se que o fato da decisão do STF versar sobre a responsabilidade do empregador, referindo-se diretamente a relações empregatícias, não afasta a juridicidade do reconhecimento da responsabilidade objetiva do gestor público quanto aos trabalhadores que lhes são diretamente subordinados, diante da fonte normativa utilizada na decisão autorizar essa ilação facilmente, a exemplo do art. 5º, §2º, art. 200, VIII e 225, §3º, da Constituição Federal; art. 14, §1º da Lei 6.938/81 e 927, parágrafo único do Código Civil.

Acrescente-se que dispõe o art. 37, § 6º da Constituição Federal que *“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”*, o que contribui com o entendimento de que a administração pública deve também responder objetivamente aos danos causados aos trabalhadores da saúde da rede própria.

Compreende-se que, os termos da Constituição Federal, em cotejo com a previsão da responsabilidade civil independente de culpa prevista no Código Civil e com o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, além de fixado o dever ativo de promoção do meio ambiente de trabalho digno, também é reconhecida a responsabilidade objetiva do causador, inclusive do ente público, dos danos aos profissionais de saúde, em especial considerando atividades de risco.

Por fim, o último nível de responsabilidade da Administração Pública decorre da privatização das unidades de saúde.

A esse respeito, sobram modelos de contratação, muitas vezes de licitude questionável, sendo as mais utilizadas, a de cogestão e a terceirização, implicando no diferimento a essas entidades privadas a contratação de profissionais da saúde como empregados ou como autônomos, ou ainda na quarteirização dos serviços.

No Direito do Trabalho, já é pacificado o entendimento da responsabilização subsidiária do tomador de serviço, nos termos da súmula 331 do TST, sendo certo que há uma série de obrigações constitucionais e legais que devem ser observadas pelo ente público que não se exime da responsabilidade pelos danos decorrentes de eventuais violações às normas de proteção ao trabalhador, inclusive do profissional da saúde.

A súmula 331 do TST, traz no seu item IV, a possibilidade de responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços inclusive quanto aos órgãos da administração direta e indireta, atentando para que a Suprema Corte no RE 760931, em regime de repercussão geral relativo ao tema 246, consolidou a tese jurídica no sentido de que *"O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93."*

Conforme entendimento do STF no referido julgado: *"a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no art. 71, §1º da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços"*.

Desse modo, analisando a responsabilidade de cada um dos contratantes da relação contratual, verifica-se que o papel da administração pública é, principalmente, o dever de fiscalização em relação as atividades desempenhadas pelo contratado, conforme previsão no Artigo 58, III, da Lei 8.666/93, no que se refere ao adimplemento das obrigações perante seus empregados, bem como no artigo 67 da mesma lei que, por sua vez, disciplina as atividades do fiscal do contrato, agente público designado especificamente para a missão.

É de inferir-se que de acordo com o art. 5º-A (Lei 6.019, com a redação da Lei 13.429) quanto à empresa tomadora, tem-se que é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, § 3º).

O ente público, quando na posição de contratante tem o dever de fiscalizar, em todo o tempo de duração de um contrato administrativo, plenamente e tempestivamente, o cumprimento pelo contratado, das suas obrigações trabalhistas como empregador dos trabalhadores terceirizados que estão ativos no âmbito da Administração Pública.

Nesta senda, considerando o dever de fiscalização do ente público, é que se visualiza que seu papel abrange também o ambiente de trabalho em sua totalidade. Nesse contexto, considera-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à boa qualidade de vida, consagrado no artigo 225, *caput*, da Constituição, está

diretamente ligado à saúde do trabalhador, ou seja, à implantação das medidas preventivas contra os acidentes do trabalho e as enfermidades profissionais.

Tratando-se de normas que tutelem a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, a sujeição da Administração Pública a esses faz-se claramente presente e, por assim ser, não pode o ente público se eximir da responsabilidade de observância de tais preceitos, na medida que a base constitucional que as amparam estão relacionadas a proteção da vida do trabalhador e não a qualquer interferência quanto a natureza do vínculo existente entre o Poder Público (tomador de serviço) e os trabalhadores que prestam serviço a uma empresa interposta.

6. Do controle administrativo e jurisdicional da gestão do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde

É ínsito ao Regime Democrático de Direito o controle da atividade dos entes públicos, notadamente, quanto à adoção das medidas pertinentes ao controle da pandemia da COVID-19. Pululam iniciativas direcionadas aos controles administrativos e jurisdicionais acerca da aquisição de aparelhos e insumos para utilização no combate à COVID-19, dos gastos públicos efetuados com essa justificativa, da ampliação e concretização da transparência, da abrangência e eficiência da assistência à saúde da população e, como não poderia ser diferente, das medidas imprescindíveis para a preservação da saúde e segurança dos profissionais de saúde da rede pública.

Conforme foi sustentado, as recomendações elaboradas pelas autoridades de saúde e sanitárias vigentes, a partir do lastro científico conquistado, cuidam de normas de conduta, cujo cumprimento é inafastável pelos gestores de saúde, ficando sujeitos à fiscalização pelos órgãos competentes.

Mesmo por um viés doutrinário mais restritivo dos limites do controle judicial, é de observar-se que já se revela suficiente a admissão do controle sobre os aspectos vinculados do ato para impor aos gestores de saúde a adoção das medidas garantidoras da higidez do meio ambiente de trabalho dos profissionais de saúde.

Todavia, a jurisprudência tem avançado e ampliado o controle judicial sobre os atos discricionários com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e em outros

princípios constitucionais aplicáveis a atuação administrativa, como entendeu a Suprema Corte nos seguintes julgados:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2016d. grifo nosso).”

“TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par.1, da CF. NOTORIO SABER – Incisos III, art. 235 e III, par.1, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação enseja a

qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação (BRASIL, 2016e. grifo nosso).”

A ampliação do controle jurisdicional começou a ser delineada a partir da observância de que o agente público, ao praticar os atos discricionários que lhe conferem margem de liberdade de atuação, acabava por vezes buscando satisfazer interesses pessoais ou não permitidos pela norma jurídica, ocorrendo o desvio de poder, de forma que não permitir o controle destes atos pelo Poder Judiciário, configuraria desrespeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e resultaria em um grande prejuízo à coletividade, como adverte CAVALLI⁴.

A doutrina contemporânea prevê, que duas são as teorias que garantem um amplo controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários: a teoria que trata do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes.

Acerca destas teorias, o Ministro do STF Alexandre de Moraes⁵ destaca:

“Pela primeira, o poder judiciário poderá exercer amplo controle sobre os atos administrativos, quando o administrador utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou, ou seja, utilizar-se indevidamente dos critérios da conveniência e oportunidade [...] Pela teoria dos motivos determinantes, os motivos expostos pelo administrador como justificativa para a edição do ato associam-se à validade do ato, vinculando o próprio agente, de forma que a inexistência ou a falsidade dos pressupostos fáticos ou legais ensejadores do ato administrativo acabam por afetar sua própria validade, mesmo que o agente não estivesse obrigado a motivá-lo”.

⁴ CAVALLI, Cássio. **O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica.** In *Revista de direito administrativo*. V. 251. Rio de Janeiro: FGV, maio/agosto de 2009. p. 61/76

⁵ MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** In *Revista de direito administrativo*. V. 243. São Paulo: Atlas, set/out/nov/dez de 2006. p. 13/28.

Admite-se, ainda, o controle pelo Poder Judiciário quando existentes conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, aqueles que não apresentam noções precisas, cabendo ao judiciário substituir a interpretação realizada pela administração pública quando abusiva ou arbitrária, como também pontua MORAES⁶.

Neste contexto, DI PIETRO⁷ alerta que, atualmente, o controle pautado na legalidade não deve estar adstrito tão somente à lei:

“Amplia-se a possibilidade de controle judicial porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Assim, falar hoje em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico”.

Observa-se, destarte, que correntes doutrinárias já têm permitido esta ampliação do controle jurisdicional nos atos discricionários da administração, advertindo que por vezes, ao praticar o ato, o agente excede no seu poder, desvinculando-se dos reais motivos que autorizariam a sua conduta.

No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO⁸:

“Assim como ao judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. In Revista eletrônica de direito administrativo econômico (Redae), N. 9, 2007

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Deste modo, verifica-se necessário o controle judicial quando a prática dos referidos atos converter-se em arbitrariedade, buscando-se a observância dos princípios Constitucionais da Administração e da Inafastabilidade da Jurisdição. Nesse sentido, Di Pietro⁹ ressalta que, além da legalidade, o Poder Judiciário poderá exercer o controle sobre os atos administrativos com fundamento na moralidade administrativa:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade, artigo 5º, inciso LXXIII e 37”.

Outrossim, nota-se que conforme assinalado por Alexandre de Moraes¹⁰: *“a Constituição da República, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos [...]”*, ou seja, é fundamentado na própria jurisdição que se tem ampliado o controle jurisdicional dos atos discricionários.

Neste contexto, a consideração das teorias acima destacadas autoriza a compreensão de que as medidas de proteção ao meio ambiente de trabalho dos profissionais de saúde são incontornáveis pelos gestores.

Com base nesse raciocínio, certo da imprescindibilidade da submissão da administração pública aos órgãos de controle, não por outro motivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação nº 66, de 13 de maio de 2020, com o objetivo de recomendar aos órgãos julgadores, respeitando a independência do exercício jurisdicional, a observância de orientações no exercício do controle jurisdicional da administração pública no contexto da pandemia.

No mesmo sentido, conforme já afirmado, no julgamento acerca da constitucionalidade da MP 966/20, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que os atos de agentes públicos em relação à pandemia da COVID-19 devem observar critérios

⁹ DI PIETRO, 2007, op. cit.

¹⁰ MORAES, 2006, op. cit.

técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, sob pena de responsabilização pelos danos causados, demonstrando à sociedade a imprescindibilidade do controle jurisdicional dos atos do ente público, notadamente, no contexto de combate à pandemia.

7. Considerações finais

A pandemia da COVID-19 colocou os holofotes sobre um problema crônico e conhecido no país: os riscos do meio ambiente do trabalho dos profissionais da saúde.

As normas que versam sobre o meio ambiente do trabalho encontram-se dispostas em todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo que as normas mais específicas serão vinculantes do gestor da unidade de saúde, desde que derive de autoridade pública de saúde ou sanitária e se assente em paradigmas científicos, ficando os agentes e o ente público sujeitos ao controle administrativo e jurisdicional.

Partindo das premissas da presunção da identidade valorativa entre o direito à proteção dos trabalhadores dos riscos de sua atividade e o direito da população de receber a necessária assistência, e da relação de interdependência entre o interesse menos abrangente com o mais abrangente, extrai-se a autorização para a utilização do recurso técnico da ponderação, exigindo a harmonização entre ambos os interesses.

REFERÊNCIAS:

1. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
3. CAVALLI, Cássio. **O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica**. In Revista de direito administrativo. V. 251. Rio de Janeiro: FGV, maio/agosto de 2009. p. 61/76.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. In Revista eletrônica de direito administrativo econômico (Redae), N. 9, 2007
5. MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
6. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p 156

7. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
8. MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. *In* Revista de direito administrativo. V. 243. São Paulo: Atlas, set/out/nov/dez de 2006. p. 13/28.
9. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
10. RODRIGUES; Lucas Amadeu Lucchi; LUCCHI, Renatha Doano Pires. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com base nos princípios da administração pública e da inafastabilidade da jurisdição**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-jurisdicional-dos-atos-administrativos-discricionarios-com-base-nos-principios-da-administracao-publica-e-da-inafastabilidade-da-jurisdiacao/>. Acesso em 21 de maio de 2020
11. BRASIL. Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 04/2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/Nota+T%C3%A9cnica+n+04-2020+GVIMS-GGTES-ANVISA/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>
12. BRASIL. Nota Técnica GVIMS/GGTES/ANVISA nº 07/2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/NOTA+T%C3%A9cnica+-+GIMS-GGTES-ANVISA+N%C2%BA+07-2020/f487f506-1eba-451f-bccd-06b8f1b0fed6>
13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1062324. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ:25/03/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000343933&base=baseMonocraticas>
14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 3.303-PI. Rel. Min: Carlos Ayres Brito. DJ: 19/11/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725140/reclamacao-rcl-3303-pi>>
15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 658.171 – DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25061175/agreg-no-recurso-extraordinario-re-658171-df-stf/inteiro-teor-118287716>.
16. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-2330-22.2012.5.10.0009. Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. DJ: 12/02/2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810387381/recurso-de-revista-rr-23302220125100009?ref=serp>>
17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>>
18. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR-60000-40.2009.5.09.0659. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DJ: 22/11/2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/653841429/emargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-600004020095090659>

19. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 10429-57.2013.5.01.0021 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 28/08/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750896150/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-104295720135010021>
20. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 1090-60.2015.5.22.0105 Data de Julgamento: 14/06/2017, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#440da2a1d53d4e48b74a00cdf691ee1>
21. Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho – SMARTLAB. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>
22. OIT. Organização Internacional do Trabalho. C155 – Saúde e Segurança dos Trabalhadores. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm
23. Petição inicial da Ação Civil Pública do MPT nº 0100370-10.2020.5.01.009