



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARINA ZUAN BENEDETTI CHENSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANTONISTA À
DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR:
ASPECTOS SOBRE A PROBLEMÁTICA AUSÊNCIA DO NEXO
CAUSAL PARA A EFETIVIDADE NA REPARAÇÃO DO DANO**

Londrina
2012

MARINA ZUAN BENEDETTI CHENSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANTONISTA À
DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR:
ASPECTOS SOBRE A PROBLEMÁTICA AUSÊNCIA DO NEXO
CAUSAL PARA A EFETIVIDADE NA REPARAÇÃO DO DANO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito Negocial, na Universidade Estadual de Londrina, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Relações Negociais no Direito Privado

Orientador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior

Londrina
2012

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C518r Chenso, Marina Zuan Benedetti.

Responsabilidade civil do plantonista à distância no terceiro setor: aspectos sobre a problemática ausência do nexo causal para a efetividade na reparação do dano? / Marina Zuan Benedetti Chenso. – Londrina, 2012. 133 f. : il.

Orientador: Clodomiro José Bannwart Junior.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Terceiro Setor – Teses. 2. Prestação do Serviço Médico – Teses. 3. Plantonista à Distância – Teses. 4. Atitude (Psi Responsabilidade Civil – Teses. 5. Teorias da Omissão – Teses. I. Bannwart Jr, Clodomiro José. II. Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.5

MARINA ZUAN BENEDETTI CHENSO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA NO
TERCEIRO SETOR: ASPECTOS SOBRE A PROBLEMÁTICA AUSÊNCIA
DO NEXO CAUSAL PARA A EFETIVIDADE NA REPARAÇÃO DO DANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior
UEL – Londrina - PR

Prof^ª. Dr^ª. Rita de Cássia R. Tarifa Espolador
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Marcos Vinicio Chein Feres
UFJF – Juiz de Fora - MG

Londrina, 13 de junho de 2012.

Aos meus pais, por permitirem que eu chegasse até aqui com dignidade, em razão de todo seu apoio e carinho, que me mostraram a importância de observar a vida com olhar clínico, raciocinar criticamente, sem estabelecer julgamentos precipitados. Obrigada por fazerem de mim a pessoa que eu sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor **DR. CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JUNIOR**

Meu orientador, pela paciência e coragem de assumir uma orientação no final do caminho. Orientador é aquele que ajuda o aluno na caminhada, sem desviá-lo de seu objetivo. Obrigada pelo respeito a esta pesquisa.

À Professora **DR^a RITA DE CÁSSIA R. TARIFA ESPOLADOR**

Pelas contribuições valiosas, disponibilidade e colaboração, fundamentais para a consecução deste trabalho.

À Professora **DR^a MARLENE KEMPFER**

Pela dedicação e companheirismo durante o percurso e por mostrar como raciocinar cientificamente, como escrever de forma imparcial e técnica, além de organizar as ideias iniciais desta pesquisa, para que fosse possível o desenvolvimento do objeto.

Ao Professor **DR. MARCOS VINICIO CHEIN FERES**

Por ter aceitado o convite para contribuir com novas ideias para esta pesquisa.

Ao meu pai **DR. PAULO ANDRÉ CHENSO**, um médico revoltado.

Por instigar em mim a ideia desta pesquisa, quando eu não podia mais responder suas perguntas, já que eu não tinha as respostas.

À minha mãe **MARIÊNGELA ZUAN BENEDETTI CHENSO**

Por escutar, dar apoio e carinho nos momentos de desespero, corrigir e escutar horas de leitura de texto, além de preparar o meu emocional para enfrentar uma das avaliações mais importantes da minha vida.

Aos colegas do mestrado, em especial, **JOÃO CARLOS LEAL JUNIOR, FÁBIO RICARDO RODRIGUES BRASILINO E LUCIANO ALVES DOS SANTOS**

Pela honra de ter compartilhado momentos tão intensos de alegrias, frustrações e sucessos.

1. Legislação

Constituição Federal DE 1988 (CF/88)

Lei nº 10.406/2001 - Código Civil (CC/02)

Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (LOSUS)

Lei nº 9434/97 – Lei de Transplantes

Lei nº 3.648/1941 – Lei de contravenções penais (LCP)

Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas

Lei nº 8666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Lei nº 3.268/1957 – Lei sobre os Conselhos de Medicina

Decreto nº 2.848/1940 - Código Penal (CP)

Decreto 7.508/11 - Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

2. Recursos Especiais – Superior Tribunal de Justiça (STJ)

REsp 436827 / SP, Ministro Ruy Rosado De Aguiar, DJ 18/11/2002

REsp 467878 / RJ, Ministro Ruy Rosado De Aguiar, DJ 10/02/2003

REsp 252.081/PR. Arnaldo Esteves Lima, DJ 24/06/2006

REsp 913776/RS. Ministra Eliana Calmon, DJ 20/11/2007

REsp 717800 / RS. Ministra Denise de Arruda, DJe 30/06/2008

REsp 992265 / RS Ministra Denise de Arruda, DJe 05/08/2009

REsp 992265 / RS Ministra Denise de Arruda, DJe 05/08/2009

3. Recurso Extraordinário – Supremo Tribunal Federal (STF)

RE 217.389/SP – STF

4. Normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM)

Resolução nº 1451/1995 – Atendimento nos Pronto-socorros

Resolução nº 1834/2008 – Plantão à Distância

Resolução nº 1931/2010 – Novo Código de Ética Médica

Parecer nº 13/90

Parecer nº 19/93

Parecer nº 1283/2000

Parecer nº 2007/2008, referente à consulta de autos nº 137/2008.

CHENSO, Marina Zuan Benedetti. **Responsabilidade civil do plantonista à distância no terceiro setor:** aspectos sobre a problemática ausência do nexo causal para a efetividade na reparação do dano. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

A Constituição Federal, a partir do artigo 199, permite a prestação de serviço de saúde tanto pela iniciativa pública quanto pela privada. Em razão da demanda, já que o Estado deve ser o provedor de saúde no Brasil, a estrutura de atendimento na saúde pública ficou deficiente, gerando a necessidade de uma solução. Para isso, o Estado delegou o atendimento médico terciário, ou seja, urgência e emergência, para o denominado terceiro setor, formando um sistema híbrido que interliga regime de direito público e privado. Esse é o contexto em que se desenvolve o objeto desta pesquisa, visto que o atendimento terciário é promovido por mais de um profissional médico ao mesmo tempo: o plantonista presente e o plantonista à distância. O plantonista à distância é chamado quando o plantonista presente necessita dos serviços de um especialista. O problema desta relação é a falta de vínculo formal e a ausência de dever jurídico de atendimento por parte deste plantonista à distância. Sendo assim, quando ele não comparece ao ser chamado, gera uma lacuna na relação de causalidade, no caso de ocorrência de um dano. O hiato surge em razão de a teoria tradicional, que elenca e conceitua os elementos da responsabilidade civil, não ser suficiente para efetivar a reparação integral do dano. A complexidade da relação jurídica exige que a responsabilidade seja analisada em perspectivas que vão além da seara do Direito Civil. Essa é a razão pela qual elementos de outros ramos do Direito são incluídos na aferição do nexo causal, assim como as teorias mais modernas da causalidade são exploradas, no intuito de permitir a composição factual do dano, de uma forma mais condizente com a realidade. Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é incluir o plantonista à distância na relação jurídica, proveniente da prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor, além de interligar juridicamente as relações entre médicos, pacientes, hospital e Estado neste ambiente. Portanto, será necessário compreender o funcionamento do sistema, estabelecer qual o regime jurídico aplicável, conhecer o plantonista à distância e estabelecer sua função no hospital e vínculo com este; entender os elementos da responsabilidade civil, penal, administrativa e os conceitos filosóficos da responsabilidade jurídica, além de criar um novo parâmetro que atinja o real sujeito causador do dano.

Palavras-chave: Saúde. Responsabilidade civil. Plantonista à distância.

CHENSO, Marina Zuan Benedetti. **Distant physician on duty civil responsibility in the third sector**: aspects of the causal problematic for effectiveness in compensation for damage. Londrina, 2012. 133p. Dissertation (Master of Law Negotiating) - Londrina State University, Londrina.

ABSTRACT

The Federal Constitution, starting from article 199, allows the health service to be provided by public and private initiative. Because of demand, since the State has to be the Brazilian health provider, the deficient treatment structure of public health needs a solution. For this, the State delegated tertiary medical assistance, in other words, urgency and emergency, to the Third Sector, forming a hybrid system that interconnects public and private law regimes. This is the context in which the object of the present research is developed, since the tertiary medical assistance is provided by more than one physician at the same time: present physician on duty and distant physician on duty. The distant physician on duty is called when the present physician on duty needs the assistance of a specialist. The matter in this relationship is the lack of formal links and the absence of legal obligation for the distant physician on duty of giving the requested assistance. Thus, when the distant physician on duty does not come when he is called, this fact creates a gap in the cause relation, in case of damage. The hiatus arises because traditional civil responsibility theories are not adequate to carry out the integral reparation for the damage. The complexity of this legal relation requires that responsibility must be analyzed under perspectives that go beyond the Civil Law scope. This is the reason to include other branches of law elements in the measurement of cause link, as the new civil responsibility theories are explored, in order to allow damage factual composition, in a way closer to reality. In this way, the general aim of this research is to include the distant physician on duty in the juridical relation, concerning the tertiary medical assistance in the third sector, besides interconnecting the legal relationship among patients, doctors, hospital and State. Therefore, it is necessary to understand the system operation, to know which is the suitable law regime, to know who is the distant physician on duty, what is his role in the hospital and how he is linked to it; to understand the civil, criminal and administrative responsibility, and the philosophical concepts of juridical responsibility, besides creating a new parameter that reaches the real damage causing subject.

Keywords: Health. Civil responsibility. Distant physician on duty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - ASPECTOS GERAIS DAS ATIVIDADES DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR	14
1.1 RELAÇÃO ENTRE SOCIEDADE E ESTADO NO DIREITO DE SAÚDE: PRESENÇA CONSTANTE DO ESTADO NA HISTÓRIA DE FORMAÇÃO DO DIREITO DE SAÚDE NO BRASIL E O PLANTONISTA À DISTÂNCIA	15
1.2 A SAÚDE NO BRASIL: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E O TERCEIRO SETOR.....	18
1.3 ESTRUTURA DO SISTEMA DE ATENDIMENTO PELO SUS NOS HOSPITAIS PÚBLICOS.....	23
1.4 ESTRUTURA DE ATENDIMENTO NO TERCEIRO SETOR	25
1.5 PLANTONISTA À DISTÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: ALOCAÇÃO DESTA PROFISSIONAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE PELO TERCEIRO SETOR.....	28
1.5.1 Conteúdo normativo do Novo Código de Ética Médica	32
1.5.2 Problemática na Relação entre o Plantonista Presente e o Plantonista à Distância	36
CAPÍTULO II - ANÁLISE DOS REQUISITOS GERAIS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA NO BRASIL	41
2.1 REQUISITOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO (PLANTONISTA PRESENTE)	45
2.1.1 Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil	45
2.1.2 Médico: Conduta Volitiva e Ato Ilícito.....	50
2.1.3 Nexo Causal na Relação Plantonista Presente e Paciente	63
2.1.4 Culpa: Responsabilidade Médica Subjetiva	70
CAPÍTULO III – PROBLEMAS NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PLANTONISTA À DISTÂNCIA: CONDOTA, DANO, NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA	74
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA: OMISSÃO, CAUSALIDADE, DANO E CULPA.....	78
3.1.1 A escala de Plantões e a Responsabilidade Contratual	78
3.1.2 Conduta Omissiva e Relação de Causalidade.....	80

3.1.3	Identificação da Conduta Omissiva do Plantonista à Distância na Estrutura Causal da Omissão Proposta por Thompson e Pinheiro.....	88
3.1.4	Análise das Circunstâncias Práticas da Omissão no Plantão à Distância e o Vínculo Causal Desta com o Dano.....	92
CAPÍTULO IV – DELINEMANETOS PARA UMA REPARAÇÃO EFETIVA NA ESTRUTURA DE PLANTÃO À DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR		99
4.1	RELAÇÕES JURÍDICAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE PELO TERCEIRO SETOR: ATIVIDADE PÚBLICA NÃO-ESTATAL E OS VÍNCULOS DE RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO	100
4.1.1	Relação entre Hospital Filantrópico e Estado: Regime Jurídico de Direito Público e os Reflexos na Reparação do Dano	100
4.1.2	Contrato de Gestão como Ferramenta para a Problemática da Fiscalização dos Recursos	113
4.1.3	Regime de Sobreaviso: Contrato Civil, Remuneração pelo Serviço e Publicidade da Relação Jurídica.....	116
4.1.4	Normatização da Responsabilidade Jurídica do Plantonista à Distância como Meio de Viabilizar o Sistema.....	119
CAPÍTULO V – CONCLUSÕES.....		122
REFERÊNCIAS		128

INTRODUÇÃO

A saúde, no Brasil, comporta atuação das iniciativas pública e privada, principalmente com relação à saúde curativa, ou seja, o atendimento médico. Contudo, o Sistema Único de Saúde (SUS) tomou proporções que ultrapassaram sua capacidade física, sendo necessária a atuação da iniciativa privada como mecanismo governamental alternativo, para atender ao contingente populacional brasileiro, nos moldes da Constituição Federal, criando uma nova seara de atuação denominada Terceiro Setor.

Este grupo, que para esta pesquisa será denominado setor público não-estatal, conforme Bresser Pereira (1997), se concentrou na atuação do atendimento terciário (urgência e emergência – alta complexidade), mantendo os setores de média complexidade (atendimento secundário) e atendimento primário (unidades básicas de saúde) no âmbito da prestação de serviço público.

A saúde, no entanto, tornou-se um evento midiático, ou melhor, a tradução da problemática no atendimento médico prestado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) está adquirindo nuances sensacionalistas; isso gera a perda da cientificidade da análise. Essa foi a razão pela qual esse estudo foi iniciado: entender o sistema para poder avaliar realmente quais são os problemas factuais e suas possíveis soluções. Dentre os diversos problemas identificados, a questão sobre o plantonista à distância chamou mais atenção, no sentido da escassez de pesquisa a respeito da aferição de suas responsabilidades.

Em primeiro plano, o sistema de saúde apresentado pelo terceiro setor, quando verificado a partir da norma jurídica, indica a presença de dois tipos de profissional: o plantonista presente e o plantonista à distância (também chamado plantonista em sobreaviso, especialista). Ambos estão relacionados com o atendimento terciário, com a diferença de que o primeiro é o médico clínico geral, ou emergencista, que fornece o primeiro atendimento, no pronto socorro, e o segundo tem uma especialidade e é chamado somente quando necessário.

As questões levantadas nesta atividade profissional estão exatamente circundantes àquela na qual sujeito deve ser responsável pelo defeito no atendimento, que venha a causar dano, quando o problema está na ação ou omissão do plantonista à distância. Como será possível perceber durante a explanação, o plantonista em sobreaviso não faz parte da cadeia de relação jurídica de responsabilidade, justamente porque ele não está no atendimento diretamente e não é possível atribuir à sua omissão nexos de causalidade em relação ao dano.

Esta lacuna, fática e normativa, implica na violação do princípio da reparação integral, uma das bases do Direito Civil, decorrente da personalização do direito privado, além de ofender um dos elementos da dignidade. Essa é a razão pela qual houve a necessidade de iniciar uma discussão a respeito do tema, com o escopo de buscar soluções, ou, pelo menos, atentar a comunidade jurídica para os problemas dela decorrentes.

O objeto da pesquisa envolve vários ramos do Direito, justamente porque a tradicional composição da responsabilidade civil não comporta a atuação médica em toda sua complexidade. Sendo assim, como recurso metodológico, faz-se necessário abordar as várias dimensões da responsabilidade, quais sejam, ética, moral, civil, penal e administrativa. Isso porque, o Terceiro Setor é o referencial de hibridez no sistema brasileiro, no qual há iniciativa privada atuando como se Estado fosse. Contudo, a incidência do regime de direito público não fica bem delineada nesta atuação.

Além disso, o vínculo jurídico que liga os médicos prestadores de serviço de saúde para o Terceiro Setor é muito frágil, visto que não existe um contrato escrito, ou mesmo a necessidade de processo de seleção ou concurso público para a contratação. Ainda que as relações sejam logicamente interdependentes (no sentido ético de vincular o Estado, o hospital e o profissional), no âmbito jurídico elas se mostram independentes, dificultando a comprovação do nexos quando ocorre o dano.

Nesse sentido, o objetivo maior desta pesquisa é interligar juridicamente as relações entre médicos, hospital e Estado, quando se tratar de Terceiro Setor, para que seja possível trazer para dentro desta relação jurídica o plantonista à distância, que, por sua ação ou omissão, tenha dado causa a um dano, ou melhor, impedido uma real possibilidade de cura, quando acionado pelo plantonista presente, com o intuito de concretizar a pretensão do Direito Civil de reparação total da vítima.

Para isso, é preciso compreender o sistema, em seu funcionamento, principalmente em relação ao terceiro setor; saber quem é, qual é o papel e onde está alocado o plantonista à distância; entender a composição da responsabilidade jurídica, principalmente em relação à relação jurídica na responsabilidade civil, para perceber em qual momento há o hiato normativo em relação ao plantonista; inter-relacionar as demais faces da responsabilidade, no sentido de buscar elementos comuns que podem ser utilizados na cadeia de responsabilidade civil; trabalhar de forma aprofundada com o instituto da omissão, no direito civil, acolhendo os elementos da omissão em âmbito criminal para melhor estruturá-la; adequar as teorias da responsabilidade civil para a relação do plantonista à distância,

modificando a formação tradicional deste instituto; sugerir algumas alterações para resolver os problemas desta relação jurídica.

A partir desta delimitação, no primeiro capítulo há uma explanação sobre a estrutura do sistema de saúde, no sentido de demonstrar os aspectos gerais das atividades do plantonista, tanto presente quanto à distância, para identificar os aspectos deficientes e lacunosos da construção normativa brasileira. Assim, descrever a relação entre a sociedade e o Estado, na prestação do serviço de saúde, torna-se necessária, desde a sua formação, para que seja possível alocar o plantonista à distância na realidade experimentada atualmente no Brasil.

Nesta seara, a proposta do primeiro capítulo é descrever a saúde no Brasil, tanto no âmbito público quanto no terceiro setor, consequentemente identificando a estrutura de atendimento nestes dois setores, inserindo o plantonista à distância no contexto, com o intuito de identificar esse profissional, estabelecer as premissas normativas que autorizam a sua existência e relacioná-lo com o plantonista presente para determinar as dificuldades enfrentadas na prática médica diária, atentando sempre para o objeto central da pesquisa, ou seja, os aspectos da responsabilidade.

No segundo capítulo há análise dos requisitos gerais da responsabilidade médica, no Brasil, no sentido de delinear os seus vários aspectos (civil, penal, moral e administrativo) inseridos nos elementos da responsabilidade civil, ou seja, as condutas, o nexo causal e a culpa, considerando a ideia central de que a norma jurídica apenas prestigia a atuação do plantonista presente.

Em seguida, o terceiro capítulo identifica as dificuldades em atribuir a responsabilidade civil ao plantonista à distância, a partir da análise dos mesmos elementos da deste instituto, sob a ótica da teoria tradicional, a qual não admite a presunção do nexo de causalidade ou mesmo a vinculação do fato danoso a um elemento externo à relação jurídica. Além disso, demonstra a necessidade de utilização das novas acepções da responsabilidade civil, para que haja um resultado mais satisfatório, no sentido de efetivar a reparação do dano. Ainda assim, o capítulo comporta a discussão da lacuna a respeito da inclusão do plantonista à distância na cadeia e faz uma tentativa de adequação desta relação, de acordo com o seu conteúdo complexo, por meio da utilização do conceito de omissão do Direito Penal e demais conceitos abrangentes oriundos do pensamento filosófico, tais como responsabilidade e imputabilidade social, colhidos no campo da reflexão ética e moral.

Assim, o terceiro capítulo fala sobre a conduta omissiva e a relação de causalidade, no sentido de estruturar, a partir da composição normativa criminalista, ou seja, crimes comissivos por omissão, a relação entre o plantonista à distância e o fator ensejador do

dano. Em seguida, tematiza a omissão a partir dos conceitos de Thompson e Pinheiros, no sentido de estabelecer o momento do início do vínculo do plantonista à distância e o fato, por conseguinte de sua entrada na relação jurídica. Por último, faz uma análise das circunstâncias práticas da omissão no plantão à distância e o vínculo causal desta com o dano, a partir das ocorrências práticas de ausência do profissional da saúde que podem vir a gerar o dano.

No capítulo quarto, há a tentativa de selecionar alguns elementos que possam vir a efetivar a reparação da vítima, nos casos de problemas no atendimento pelo plantonista à distância. Nesse sentido, é preciso dissertar sobre as relações jurídicas que compõem o terceiro setor, começando pelo vínculo entre Estado e hospital e qual o regime jurídico a que este está submetido, o papel do convênio e a importância do contrato de gestão para a solução do problema. Além disso, os aspectos que possam permitir uma melhora no atendimento à distância por meio das discussões sobre o tipo de contrato entre o plantonista à distância e o hospital, para o regime de sobreaviso, a remuneração pelo serviço e a publicidade da relação jurídica. Por último, identifica a normatização da responsabilidade jurídica do plantonista à distância como meio de viabilizar o sistema.

Em que pese o fato de a pesquisa ter o condão de identificar soluções para a problemática da relação de causalidade do atendimento à distância e o possível dano, não é ideal determinar a resolução efetiva do conflito, por meio de uma análise parcial, considerando uma visão unitária da realidade, em razão da complexidade desse tipo de relação. Portanto, o conteúdo apresentado a seguir tem como meta atentar a comunidade jurídica para o problema dos danos causados pela ausência do plantonista à distância, em um regime híbrido de atuação, como é o caso do terceiro setor, no Brasil, de forma que as matérias jurídicas sejam analisadas de maneira mais global, porque o Direito é um só. Assim, poderíamos ter um sistema mais lógico e inter-relacionado, facilitando a aplicação e melhorando seu aspecto de efetividade.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GERAIS DAS ATIVIDADES DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos do artigo 199, autoriza que a saúde seja uma atividade econômica prestada pela iniciativa privada, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS). Este, sob responsabilidade do Estado, é prestado de modo solidário pelos membros federativos União, Estados e Municípios. A insuficiente satisfação pelo Estado deste direito fundamental social à sociedade tem justificado a opção de, por meio de convênios, a prestação do serviço de saúde por pessoas jurídicas do Terceiro Setor de forma regionalizada e hierarquizada.

Entre os importantes aspectos que esta realidade apresenta, destacam-se para esta pesquisa, estudos em torno da responsabilidade civil por danos provocados na prestação do serviço de saúde no Terceiro Setor, discutindo-se o dever de ressarcimento, especialmente, pelo plantonista à distância, um profissional relativamente apartado da relação jurídica e alheio à construção da cadeia de responsabilização civil, no Brasil.

A medicina evoluiu para se tornar uma profissão permeada pelo conhecimento científico e passível de todas as consequências jurídicas provenientes de condutas dos profissionais atuantes em cada área. A complexidade da atuação médica definiu especialidades, gerando uma relação jurídica médico-paciente plurissubjetiva, no sentido de permitir a incoerência de vários profissionais para o cuidado de apenas um paciente, diversificando o profissional em duas categorias: o plantonista presente e o plantonista à distância (especialista), sendo que este não configura elemento da relação jurídica para aferição da responsabilidade civil.

Assim, a estrutura tradicional da responsabilidade civil tornou-se insuficiente frente à constitucionalização do direito civil, a qual incorporou os princípios fundamentais destinados à proteção do indivíduo; o que ensejou o estabelecimento de pilares para a reparação do dano de forma integral. Essa é a razão pela busca de um vínculo jurídico entre o paciente e o respectivo profissional responsável pelo seu tratamento, com a adequação da norma ao caso concreto, no intuito de minimizar as injustiças.

Neste capítulo, a ideia é traçar um raciocínio jurídico para que se possa alocar o plantonista à distância na cadeia da relação jurídica médico-paciente; discorre sobre a

estrutura atual da responsabilidade civil no Brasil e a problemática do plantonista à distância pela ausência de determinação legal sobre a sua existência na cadeia de responsabilidade civil.

1.1 RELAÇÃO ENTRE SOCIEDADE E ESTADO NO DIREITO DE SAÚDE: PRESENÇA CONSTANTE DO ESTADO NA HISTÓRIA DE FORMAÇÃO DO DIREITO DE SAÚDE NO BRASIL E O PLANTONISTA À DISTÂNCIA

A composição da humanidade em sociedade pressupõe relacionamento recíproco entre seus indivíduos, formando comunidades nucleares organizadas, com compartilhamento de costumes, divisão de tarefas, subsunção a um sistema normativo (direitos e deveres), relações comerciais e aspectos culturais semelhantes (tradições, crenças, valores comuns). Essas comunidades, por sua vez, relacionam-se entre si formando uma rede infinita de fatos, atos, conflitos e soluções. Acompanha, nessa trajetória, a estrutura subjetiva do indivíduo os sentimentos bons, mas também as dores e moléstias.

Os médicos e historiadores Dr. Albert S. Lyons e Dr. R. Joseph Petrucelli afirmam que “antes da aparição do homem sobre a terra já havia doenças. [...] A artrite foi tão comum nos dinossauros e nos ossos pré-históricos que os especialistas a chamaram ‘gota das cavernas”(LYONS; PETRUCELLI, 1997, p. 19) Nesse contexto, a mística e a magia condensavam-se criando um universo de Deuses cujo poder e espíritos eram a causa e a cura das doenças. A crença popular nas terapias sobrenaturais está presente na sociedade até hoje.

Contudo, a medicina evoluiu para se tornar uma profissão permeada pelo conhecimento científico e passível de todas as consequências jurídicas provenientes de condutas dos profissionais atuantes em cada área. A complexidade da atuação médica passou, com o tempo, a definir especialidades, gerando uma relação jurídica médico-paciente plurissubjetiva, no sentido de permitir a incorrência de vários profissionais para o cuidado de apenas um paciente.

Os aspectos históricos também são úteis para permitir a visualização dessa evolução na seara da medicina. A civilização tem seus registros mais antigos nos continentes Africano e Europeu. Não foi diferente com relação à Medicina. A prática da medicina foi tomando forma desde o egípcio Imhotep (2980 a.C.), que cuidava do Faraó, passando pelo imperador chinês Fu-Hsi (2900 a.C.), que seria um dos precursores da medicina alternativa; o imperador Huang Ti (2650 a.C.), também chinês, que descobriu a circulação do sangue (4278 anos antes do britânico William Harvey) (GORDON, 2002, p. 14-15). A antiga Mesopotâmia e o Egito possuíam textos médicos, com descrições precisas de doenças como a epilepsia,

escorbuto e bronquite, com seus respectivos tratamentos por meio da mistura de drogas e extrema preocupação com o paciente (PORTER, 2001, p. 53).

Todavia, a primeira vez em que o Estado infere nessa seara para normatizar taxativamente alguma matéria correlata, foi a transcrição da responsabilidade médica, até então intocável pelo mundo dos homens, no Código de Hamurabi (Khammu-rabi, rei da Babilônia - século 18 a.C.), que incluía sanções de pena de morte e perda da propriedade (PINSKY, 2009). O médico deixa de ser único centro da cura da sociedade e passa a ter característica de um trabalhador comum, submetido ao sistema normativo, responsabilizado quando não fizesse seu trabalho de forma satisfatória.

Sem entrar no mérito da responsabilidade médica, por hora, tratada posteriormente em capítulo específico, a inclusão da saúde no ordenamento jurídico como direito fundamental, na composição das políticas públicas, é relativamente recente. Como consequência da Revolução Industrial, experimentada pela Europa no século XIX, houve a interação do liberalismo e do nacionalismo, no intuito da consagração de verdadeiras “nações-estado”.

As características marcantes no período liberal se concentraram em um governo disposto a reconhecer o valor do desenvolvimento comercial e industrial, de interesse eminentemente burguês, com política pacífica de livre-câmbio, com ideais pautados no individualismo dos economistas clássicos. (BURNS; LERNER; MEACHAM, 1997, p. 552) Essas são as características do Estado Mínimo, ou seja, a exclusão máxima do Estado de suas atividades reguladoras, objetivando-se o melhor funcionamento do mercado e uma administração gerencial (BRAGA, 2007, p. 262).

Nesse tipo de estrutura a prestação de serviço de saúde pelo Estado, na prática, era como se não existisse. Em resumo, há liberdade integral para uso da propriedade (no sentido de bem material), de acordo com uma igualdade formal entre os membros da sociedade, com o objetivo primordial de “bem comum” (Commonwealth), segundo o qual essa organização social baseada na propriedade e na liberdade seria capaz de promover o bem de todos.

As consequências do liberalismo foram catastróficas para a sociedade: exclusão social, exclusão econômica e grave ofensa ao meio ambiente. Na tentativa de solucionar essa problemática relação, os movimentos europeus do século XX basearam-se na ideia de Estado Socialista, com o objetivo de adequar a condição de igualdade formal a uma realidade concreta (igualdade material) e, nesse contexto, o Estado deveria deter o monopólio de todas as atividades sociais, políticas e econômicas, incluindo a execução do serviço de

saúde. O modelo de Estado Social – uma formulação mais branda do Socialismo russo, de 1917 – que exige um Estado interventor na economia, nasceu em forma de regime totalitário, e, assim como o Estado Liberal – herança do revolucionário francês de 1789 – não conseguiram ser preservados.

É possível perceber a passagem de um aspecto mágico para empírico, seguindo, como selecionou Scliar (2005), para um olhar autoritário do Estado sobre as práticas médicas. No século XIX, a saúde pública adquire características científicas, e, por conseguinte, passa a ser observada em todos os seus aspectos de forma mais técnica, ou seja, em aspectos numéricos, contábeis, estatísticos. Da mesma forma, a pesquisa passou a conter maior incidência de metodologias científicas, com métodos na aferição de doenças, por exemplo, e a traçar para cada doença a evolução própria da enfermidade. Assim, o Estado pode ter acesso a perfis epidemiológicos de sua população.

O componente autoritário dos Estados refletia na promoção de saúde. Apesar de sua qualidade na coleta de dados para o diagnóstico e no estabelecimento da legislação sanitária, era preciso tomar medidas mais democráticas para atingir a dimensão social dos problemas para que houvesse adesão das pessoas às atividades destinadas a preservar a saúde e a evitar a doença (SCLIAR, 2005, p. 84).

A solução foi encontrada na promoção, no início do século XX, da implantação do *Welfare State*, primeiro na Alemanha, depois na França, Grã-Bretanha, e consequentemente foi sendo adotado nos demais países. No final do século XX, a tentativa de resgate os moldes de Estado Mínimo do capitalismo clássico culminou em um movimento denominado Neoliberalismo.

Contudo, os países menos desenvolvidos, não abandonaram o conceito de Estado Social, em razão da inferioridade econômica com relação aos países desenvolvidos. O Brasil, classificado como um país emergente, promulgou a Constituição Social-Democrática em 1988 e admitiu a iniciativa privada como complemento de atuação em várias áreas relacionadas aos direitos fundamentais e coletivos.

Em resumo, o Estado autoritário passa a ser liberal, atribuindo maior poder à sociedade e afastando-se das relações sociais. A estrutura, no entanto, exige a volta da intervenção, culminando em um Estado social, que traz para si o dever de servir à sociedade. Atualmente, o Brasil está estruturado sob a forma de Estado Social-Democrático, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e trouxe para si o dever de regular as relações sociais e a promoção do bem estar, inclusive com o provimento da saúde de sua população.

1.2 A SAÚDE NO BRASIL: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) E O TERCEIRO SETOR

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1934 que surgiram regulamentarmente as expressões saúde e assistência (artigo 10) como matéria de competência concorrente da União e dos Estados. Em 1937, o texto foi modificado para dar competência privativa à União legislar sobre ‘normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente, da saúde da criança’ (artigo 16) permitindo-se aos Estados, sob a égide de lei nacional, suprir as lacunas para regular ‘assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais’ (artigo 18, ‘c’).

A Constituição de 1946 apenas indicou a competência da União para legislar sobre matéria de saúde. Em 1967, a Constituição passou a prever como competência da União, o estabelecimento de planos nacionais de saúde, demonstrando a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado sobre a promoção do Direito de Saúde.

Em 1969, uma emenda constitucional¹ incluiu no texto normativo a obrigação dos Municípios de aplicar seis por cento de seu orçamento, proveniente do fundo nacional de participação, em programas de saúde, além de incluir benefícios processuais às demandas relacionadas à saúde.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde figurou como direito social expresso, regulado em capítulo específico, desvinculado da previdência social (DALLARI, 1995, p. 133). O regime de prestação dos serviços de saúde, atualmente, está previsto nos artigos 196 e seguintes, os quais indicam um direito social, fundamental, público subjetivo.

O Direito fundamental à saúde significa, portanto, manter a população saudável – da forma mais abrangente possível – e, concretamente, é manifesto por prestações positivas do Estado.

Trata-se de um direito subjetivo, direcionado a todos, sob a égide da universalidade. Contudo, é preciso levar em consideração que, para ser efetivo, há necessidade de que seja considerado concomitantemente em seu aspecto equitativo e isonômico, já que constitui um direito criado para todos.

¹ Aqui não cabe a discussão se a Constituição de 1969 é uma nova ordem ou apenas uma grande modificação no texto de 1967.

A melhor definição, em relação à saúde pública, é a do Escritório Regional Europeu², por abranger os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas dos indivíduos, em um conceito positivo (GUIMA, 2008), além de exigir um ambiente saudável para a manutenção da saúde.

Partindo da Constituição Brasileira de 1988, a legislação infraconstitucional acolheu essa definição e determinou, no artigo 3º, da Lei nº 8.080/90, que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Sendo assim, dizem respeito também à saúde as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Desse modo, para atingir o objetivo, o Estado deve disponibilizar valores que garantam a promoção da saúde de forma universalizada, sem inviabilizar as necessidades individuais. O orçamento deve ser equilibrado entre esses dois pólos – individual e coletivo. A partir deste fato o Estado deverá atuar de forma a viabilizar tal Direito. Essa mudança paradigmática na estrutura de identificação do direito à saúde teve como consequência a mudança na atuação do Estado de forma a influenciar os moldes dessa intervenção.

A intervenção estatal na prestação de serviços de saúde é de tal ordem que, se pode dizer, está submetida a um regime jurídico especial normativo e de fiscalização. As justificativas deste controle estatal são porque, em face da relevância deste bem jurídico: i) não é permitido deixá-lo ao regime tradicional da autonomia privada (setor de relevante interesse público); e, ii) por ser direito de todos, é atribuição dos governos garantirem o cumprimento deste dever, sob qualquer regime de prestação. Esta estrutura, que apresenta as possibilidades de prestação dos serviços de saúde, reflete a opção brasileira de 1988, confirmada pela EC19/98, com vista a implementar o modelo de administração pública gerencial.

² A state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”- WHO Constitution (um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a abstenção de doenças ou enfermidades – Constituição da Organização Mundial de Saúde). Em um pronunciamento da Diretora do Escritório Regional Europeu, Zsuzsanna Jakab, no 14º Fórum de Saúde Europeu, em 2011, na Áustria, atentou para o fato de que a saúde deve ser vista como um recurso para a vida diária, não o objetivo dela. Que o conceito de saúde é uma simplificação para o conceito de bem estar, e este, deixa de ser individual e passa a ser considerado em âmbito coletivo, dividindo a responsabilidade do indivíduo com a sociedade, e com o Governo. Além disso, deve seguir os objetivos da União Europeia, no sentido de promover o bem estar ambiental para o presente e as futuras gerações. Para acessar o texto completo: <http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/152184/RD_Dastein_speech_wellbeing_07Oct.pdf>.

No caso dos serviços de saúde, a Constituição Federal (1988) consolidou a saúde como um direito social (Art. 6º) e um dever do Estado (Art.196). Permite, no entanto, que a iniciativa privada possa dedicar-se a este serviço (Art. 199), de forma complementar ao sistema público SUS (Art. 199, § 1º e Art. 198). Assim, para cumprir este dever constitucional os governos poderão recorrer à iniciativa privada tanto do setor de mercado (hospitais privados) quanto do terceiro setor, por meio de convênios ou contratos.

Partindo da classificação estabelecida por Bresser Pereira (1997), as atividades exclusivas do Estado podem ser divididas em três categorias: as provenientes do regime Liberal, o que significa as atividades de monopólio por meio das quais o Poder Estatal é exercido (Função Executiva, Função Legislativa e Função Jurisdicional); as atividades Econômicas, para garantir a estabilidade da moeda e dos sistemas financeiros, além de assumir a responsabilidade pela fiscalização dos serviços; e, as atividades Sociais, que circundam a promoção de políticas públicas. Estas últimas são elencadas como atividades exclusivas pelo fato de o mercado não as remunerar de forma adequada, contudo, serem atividades necessárias a qualquer sociedade já que envolvem direitos humanos de seus cidadãos.

A primeira categoria de atividades deve ser entendida de forma simples como monopólios do Estado pela própria garantia do sistema republicano democrático. A produção de bens e consumos para o mercado deve ter menos intervenção estatal por um motivo mais prático que ideológico, ou seja, a atividade empresarial não é própria do Estado e pode ser muito melhor controlada pelo mercado.

Entre as atividades exclusivas do Estado e a produção de bens e serviços para o mercado existe uma série de atividades na área social e científica que não são exclusivas do Estado, porque não envolvem seu Poder, ao passo que ficam sendo atividade exclusiva seus financiamentos, mas não a execução dessas atividades.

Ocorre que não há razão para que essas atividades permaneçam como monopólio do Estado, contudo, não se justificam que elas sejam totalmente privatizadas. É nesse sentido que Pereira (1997) se utiliza da expressão ‘publicização’, com o intuito de identificar a transferência para o setor público não-estatal, de forma a distinguir esse processo de reforma do de privatização. Defende que existem três tipos de propriedade: propriedade privada, propriedade estatal e propriedade pública não estatal.

Analisando essa classificação diante do que está definido pela Constituição Brasileira de 1988, em matéria de saúde, pode-se afirmar de que não existe monopólio do Estado e, por isso, há possibilidade de ser prestado pelas três esferas mencionadas. Estas

estruturas têm entre suas diretrizes a possibilidade de transferir serviços sociais de caráter competitivo (saúde, educação, pesquisas científicas) à iniciativa privada denominando estes setores de “públicos não-estatais”.

Atualmente, constata-se que os governos que sucederam à reforma do Estado, optaram pela prestação de serviços de saúde por meio da administração pública direta e indireta e, de forma complementar, por meio do terceiro setor e de hospitais com fins lucrativos. É nesse contexto que deve ser analisada a implantação do SUS, regulamentado pela Lei Federal nº 8.080 de 1990, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A disposição do artigo 2º da lei declara a saúde um direito fundamental do ser humano, que deve ser provido pelo Estado, de forma a possibilitar o seu pleno exercício. Continua, indicando a característica de ação positiva estabelecida pelo Poder Público, no sentido de reduzir as doenças e outros problemas sociais relacionados, por meio de políticas econômicas e sociais.

Com relação ao atendimento médico, há a base principiológica inclui a universalidade de acesso, a integralidade e a igualdade de assistência. Teoricamente, o estatuto normativo do SUS descreve um sistema completo que deve suprir todas as necessidades da população com relação à saúde pública. Na tentativa de efetivar, nos moldes constitucionais, a prestação do serviço de assistência à saúde, o SUS teve sua organização baseada em dois princípios fundamentais: a regionalização e a hierarquização.

A hierarquização pressupõe que as ações e os procedimentos se disponham em dois blocos, um relativo à atenção básica, e outro que contempla as ações de média e alta complexidade hospitalar e ambulatorial (CONASS, 2007, p. 11). A regionalização pressupõe a relação de repasse de verbas e à responsabilidade pelo funcionamento do sistema. Já a descentralização surge no sentido de existir uma direção única em cada esfera de governo, isto é, o Governo Federal passou a, gradativamente, municipalizar as competências de execução do serviço público.

Na maioria dos municípios brasileiros a verba destinada à saúde é entregue ao ente sem que antes tenha a necessidade de ser incluída no orçamento do estado-membro. O próprio município distribui entre as unidades de saúde e os hospitais conveniados, os quais operem sob sua responsabilidade.

É possível extrair da leitura da Lei nº 8080/90, e da Constituição Federal Brasileira, sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que quando as suas disponibilidades forem

insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, sendo que, deverá dar preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. A circunstância descrita indica uma das faces do novo recorte estrutural denominado, a partir da década de 1970, de Terceiro Setor.

Terceiro setor é a denominação dada à alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar as demandas sociais, inserido em um contexto neoliberal, externalizada pela adoção da política de governo que enaltece a prestação de saúde complementar pela iniciativa privada. É unânime a classificação de Estado como primeiro setor e Mercado como segundo setor. A doutrina ainda não conseguiu definir de forma completa e funcional para a dogmática jurídica o conceito de terceiro setor, no entanto, estabelece de maneira equivalente os critérios para a determinação das entidades inseridas neste segmento.

As entidades que desenvolvem atividades de interesse de cunho corporativo devem ser afastadas, restando dois subconjuntos, indicados por Franco (apud PEREIRA; WILHIEM; SOLA, 1999): organizações suplementares ou complementares à atuação do Estado na prestação dos serviços públicos; e as que promovem atividades teóricas em torno de temas de interesses difusos.

Portanto, como estabeleceu Mânica (2007, p.175), é possível considerar Terceiro Setor como o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou prestem serviço de direito público. Essas atividades, muitas vezes chamadas de paraestatais, funcionam como uma intersecção do Estado e da sociedade.

No Brasil, essa atividade ultrapassou o campo das relações negociais (parceria público-privada e concessões) e estendeu-se aos serviços sociais não lucrativos ou atividade de interesse público desenvolvidas por organizações privadas sem fins lucrativos (convênios, contratos de gestão das Organizações Sociais, termos de parcerias das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) (OLIVEIRA, 2007, p. 213).

Em que pese a sistematização da norma, na área de prestação de serviço de saúde brasileiro, a cooperação técnica e financeira com instituições privadas sem fins lucrativos, para o atendimento médico, continua ocorrendo por meio de convênios ou contratos administrativos, em razão de uma tradição adquirida pela prestação de serviços contínua, de entidades como as Santas Casas de Misericórdia, no decorrer do histórico de saúde pública nacional.

1.3 ESTRUTURA DO SISTEMA DE ATENDIMENTO PELO SUS NOS HOSPITAIS PÚBLICOS

A organização da prestação da assistência do SUS é baseada em dois princípios fundamentais: a regionalização e a hierarquização. A hierarquização pressupõe que as ações e procedimentos se disponham em dois blocos, um relativo à atenção básica, e outro que contempla as ações de média e alta complexidade hospitalar e ambulatorial (CONASS, 2007, p. 11).

A atenção básica é composta de procedimentos mais simples e baratos, para tratamento da maior parte dos problemas comuns de saúde e é oferecida pelas unidades básicas de atendimento, vulgo posto de saúde. A média complexidade e a alta complexidade são definidas pela cartilha explicativa do Ministério da Saúde como sendo aquelas que:

[...] têm o objetivo de atender os principais agravos de saúde da população, com procedimentos e atendimentos especializados. São serviços como consultas hospitalares e ambulatoriais, exames e alguns procedimentos cirúrgicos. É constituída por procedimentos ambulatoriais e hospitalares situados entre a atenção básica e a alta complexidade. Alta complexidade é procedimentos que envolvem alta tecnologia e/ou alto custo. São exemplos de procedimentos de alta complexidade: traumatologia, cardiologia, terapia renal substitutiva e oncologia. As principais áreas estão organizadas em redes, como as de cirurgias cardíacas e de atenção oncológica (ALVAREZ, 2009).

Portanto, a unidade básica de atendimento, que funciona como porta de entrada para a população usuária do SUS, promove o atendimento primário. O paciente atendido na unidade básica pode ter o seu problema de saúde resolvido ou necessitar de encaminhamento, nos casos mais complexos ou especialidades. Há uma ficha de encaminhamento, via regulação, que remaneja o paciente via Central de Leitos (órgão controlador das vagas oferecidas ao público) e o transporta para os hospitais de pequeno porte, chamados secundários, no caso de média complexidade, ou um hospital de grande porte, terciários, no caso de alta complexidade.

Nesse momento, o dever do médico que prestou o atendimento, em qualquer desses casos, é apresentar o relatório circunstanciado esclarecendo a condição clínica do paciente no momento do atendimento, após examiná-lo, e estabelecer contato com o profissional que fará o atendimento no destino.³ Esta determinação ainda não se dirige ao

³ Essa diretiva foi retirada do Parecer nº 1283/2000, Conselho Federal de Medicina (CFM).

plantonista à distância. Ambos os médicos envolvidos pela regulação do paciente são plantonistas presentes, normalmente clínicos gerais, que atuam diretamente no atendimento.

Em regra, a população não pode procurar em primeiro lugar os grandes hospitais para ser atendida, com exceção de se tratar de serviço de urgência ou de emergência, os quais serão atendidos pelo plantonista do pronto socorro ou do pronto atendimento do hospital de grande porte. A identificação do procedimento ou encaminhamento a ser realizado, interna ou externamente ao hospital, é de responsabilidade do triador, com suporte e avaliação médica, que fará o trâmite legal de encaminhamento ou transferência.

O usuário da emergência é proveniente da casa, da rua ou da Rede Interligada de Saúde, serviço oferecido pelo Ministério da Saúde onde todos os serviços Públicos de Saúde fazem parte do mesmo processo. Identificada a vaga e a especialidade o usuário poderá ser transferido para qualquer serviço em todo o território brasileiro. O cliente do Pronto Socorro é necessariamente conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS), podendo posteriormente realizar-se a transferência particular, se essa for a vontade do cliente ou familiar.

Em resumo, o atendimento de saúde básica é feito no posto de saúde mais próximo da residência do cidadão. Em caso de necessidades mais complexas, este paciente é encaminhado para os hospitais de média complexidade ou alta complexidade, dependendo da necessidade. É possível entrar no sistema diretamente no hospital de alta complexidade, desde que seja regulado, ou seja, proveniente de uma urgência/emergência. O responsável por definir a natureza do atendimento é a pessoa que faz a triagem na portaria do hospital. Ainda não se fala em plantonista à distância ou de sobreaviso neste momento do atendimento.

A partir do instante em que o paciente entra no sistema, existe a possibilidade de que necessite de um especialista. É esse o momento em que o plantonista de sobreaviso é acionado. No serviço público, não existe grande controvérsia a respeito da atuação destes profissionais, visto que, em todas as modalidades, existe um vínculo na prestação do serviço. Os médicos devem estar sob um sistema celetista ou estatutário, ou ainda, como acontece aqui no estado do Paraná, sob a égide de um contrato temporário de prestação de serviços específicos, ou são docentes, nos casos de hospitais universitários.

Em razão do vínculo e das determinações contratuais ou estatutárias, é possível determinar a responsabilidade civil por omissão, nas circunstâncias em que o profissional deixa de cumprir sua tarefa. Mesmo porque, em geral, esses plantonistas à distância cumprem uma escala, compatível com atividades externas, determinada pela própria instituição a que está vinculado. Sendo assim, não será preciso discutir neste trabalho a

atuação destes profissionais. Diferente do que ocorre na prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor, no qual o médico é profissional autônomo, normalmente desvinculado do hospital para o qual presta serviços.

1.4 ESTRUTURA DE ATENDIMENTO NO TERCEIRO SETOR

Para absorver o contingente de atendimentos e obedecer todos os princípios universalizantes do SUS, o Estado disponibiliza à população os serviços dos hospitais públicos e dos unidades básicas de saúde. De acordo com o artigo 24, da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS), quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Estado poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Esta parceria é denominada saúde complementar e, de acordo com a determinação constitucional, esses convênios devem prestigiar as entidades filantrópicas.

Ainda de acordo com a lei, os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, mantendo o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Apesar do acordo firmado entre os entes público e particular, não há interferência do Estado na regulamentação das atividades internas dos hospitais conveniados, com relação à execução do serviço. Sendo assim, o Estado delega ao terceiro setor a execução do serviço e remunera a entidade com verbas públicas.

Antes de adentrar ao conteúdo propriamente da estrutura de atendimento no terceiro setor, é preciso estabelecer uma premissa sobre a execução do serviço pelas entidades conveniadas.⁴ Para isso, foram verificados regulamentos internos de diferentes instituições hospitalares, no sentido de identificar a similaridade de atuação em seu funcionamento:

Regulamento dos serviços médicos do Hospital da Santa Casa de Londrina

O setor de serviços médicos é o único responsável pelas atividades médicas da Santa Casa (art.2º), cujo responsável é o Diretor Clínico, e sua constituição abrange todas as áreas de especialidades médicas (art. 3º), formando um corpo clínico por todos os médicos militantes no Hospital, que terão responsabilidade pela assistência médica aos pacientes que procuram o

⁴ A utilização do termo ‘conveniadas’ foi proposital para homogeneizar a questão da terceirização, sem desconhecer a controvérsia sobre o termo. Entenda-se como entidade conveniada toda e qualquer instituição filantrópica prestadora de serviço de saúde. Além disso, inclui as entidades qualificadas como Organização Social ou Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo fato do objeto deste estudo se voltar para a atuação do plantonista à distância (ou de sobreaviso), que se dá de forma muito semelhante em todas estas instituições.

hospital ou são a ele encaminhados (art 16). Os médicos somente podem atender os pacientes que procuram o hospital (art 6º).

Regimento Interno Do Corpo Clínico Do Hospital Geral De Ponta Grossa

O Corpo Clínico do HGU é composto pelo Corpo Médico e pelo Corpo Auxiliar (art. 4º). O Corpo Médico é composto de profissionais formados em Medicina, aos quais é facultado internar seus pacientes e prestar-lhes atendimento, usufruindo de todos os recursos disponíveis na Instituição, desde que tenham preparo técnico, inclusive para ensino e pesquisa (art. 5º). O Corpo Auxiliar é formado por profissionais não médicos da área da saúde, com diploma de curso superior, subordinados hierarquicamente ao Diretor Clínico e Técnico (art. 6º). São atribuições dos Membros do Corpo Clínico Exercer a sua atividade, cumprindo os preceitos da Lei e da Ética (art. 22)

Regimento interno do corpo clínico do hospital de caridade da Irmandade do Senhor Jesus dos Passos - Florianópolis

O Corpo Clínico é o conjunto de médicos do Hospital de Caridade cuja finalidade é o atendimento de todos os pacientes que procuram a Instituição, exercendo seu mister com plena autonomia profissional. Para a execução de suas finalidades o Corpo Clínico manterá o mais alto nível técnico-científico e moral, respondendo os seus membros administrativa, ética, civil, e penalmente por seus atos profissionais. Nas suas relações individuais e coletivas o Corpo Clínico propugnará de fato e de direito pelo respeito às normas contidas no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina e nas Resoluções emanadas dos Conselhos Federal e Regional de Medicina. (art. 2º). Será considerado infrator e sujeito à penalidades o membro do Corpo Clínico que infringir o Regulamento Geral do Hospital de Caridade, o Regimento do Corpo Clínico, o Regulamento do Serviço, as Resoluções do CFM e do CREMESC e o Código de Ética Médica (art. 35).

Verificada a similaridade, considerar-se-á o funcionamento de um hospital conveniado com o SUS, em tese, respeitados os princípios basilares determinados pela CR/88, pelo Código de Ética Médica e pelas normas infraconstitucionais e infralegais, inclusive determinando o contexto em que está inserido em relação ao Poder Público.

Como é possível perceber nos trechos dos regulamentos acima descritos, nos hospitais filantrópicos, normalmente, os plantonistas presentes ou à distância estão subordinados ao diretor clínico. Esta relação também deverá ser explorada em momento oportuno. Por ora, é preciso delinear a forma de prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor. A título de curiosidade, em um hospital há, em regra, três diretorias: Direção Clínica, a Direção Técnica e a Direção Administrativa, cada uma com atribuições distintas. A diretoria clínica é a responsável por todos os assuntos médicos, como por exemplo, escala, horários, falta, remanejamentos de plantões.

Como visto anteriormente, o sistema público é implementado pelo terceiro setor quando o atendimento ao público está sobrecarregado na estrutura do SUS. Contudo,

não é todo e qualquer atendimento que pode ser promovido por essas entidades complementares. Todos os atendimentos promovidos pelo SUS são regulados, ou seja, há o controle de todos os pacientes que entram e saem do sistema e onde ficam alocados.

É por essa razão que o terceiro setor, em especial os hospitais filantrópicos, atua com mais intensidade no atendimento de alta complexidade, ou seja, os casos em que há risco para a vida ou procedimentos extremamente complexos, como por exemplo, um transplante ou uma cirurgia cardíaca. Assim, de acordo com a terminologia utilizada tecnicamente na área, as entidades privadas que atendem o SUS são classificadas como terciárias, para exclusivo atendimento de média e alta complexidade⁵.

A entrada do paciente no atendimento de alta complexidade deve ser precedida de regulação, que significa cadastrar aquele paciente no sistema, de forma que haja controle. A entrada se dá por três vias: procura espontânea, encaminhamento de outra entidade de atendimento ou por meio das unidades de socorro, como o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) ou o Serviço Integrado de Atendimento ao Trauma em Emergência (SIATE)⁶.

Na procura espontânea, o paciente comparece diretamente ao hospital para receber atendimento, e passa pela triagem, serviço que determina se, de fato, trata-se de caso de urgência ou emergência. Em caso positivo, o paciente dá entrada ao pronto socorro, em caso negativo, o paciente é encaminhado às unidades de baixa e média complexidade, chamadas primárias (unidades básicas de saúde) ou secundárias (hospitais de média complexidade).

O paciente que dá entrada na entidade terciária, por qualquer uma das vias, é atendido pelo plantonista presente, denominado clínico geral, quem efetiva os primeiros atendimentos, até que o quadro esteja estabilizado. Em seguida, caso haja necessidade, o clínico comunica o especialista, que está em sobreaviso, para que compareça na entidade e preste o atendimento especializado. Este é o plantonista à distância, objeto deste estudo.

Assim, existem duas categorias de médicos: o plantonista presente e o plantonista à distância. Quando há necessidade, o médico plantonista, ou um membro da equipe, aciona o médico assistente (plantonista à distância), informa a gravidade do caso e a urgência do atendimento e anota os horários do comunicado no prontuário do paciente (artigo

⁵ Em razão da utilização do termo mais técnico, a partir deste momento, no decorrer do texto, a referência a estas entidades do terceiro setor será de “entidade terciária”.

⁶ Existe diferença no conceito de urgência e emergência, mas para esta dissertação não se faz necessário abrir a discussão, já que ambos possuem o mesmo tratamento nos procedimentos de atendimento médico pelo terceiro setor.

3º, Res. nº 1834/08). Na exposição de motivos da resolução, o Conselho determina que esse médico, quando acionado, estará obrigado a se deslocar até o hospital para prestar atendimento presencial.

1.5 PLANTONISTA À DISTÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: ALOCAÇÃO DESTA PROFISSIONAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE PELO TERCEIRO SETOR

A resolução nº 1834/2008 (CFM) definiu a atividade do plantonista à distância como:

A atividade do médico que permanece à disposição da instituição de saúde, de forma não-presencial, cumprindo jornada de trabalho preestabelecida, para ser requisitado, quando necessário, por qualquer meio ágil de comunicação, devendo ter condições de atendimento presencial quando solicitado em tempo hábil.

Isto significa que existe um médico, dentro do pronto socorro, geralmente clínico e emergencista, quem faz o primeiro atendimento ao paciente que dá entrada no hospital, na situação de urgência ou emergência, lembrando sempre que se trata de atendimento por hospital privado conveniado ao serviço de saúde pública. Depois de prestado esse atendimento, caso haja necessidade, o plantonista presente comunica outro médico, especialista, que está escalado para aquele plantão, para que compareça ao hospital dar continuidade ao atendimento.

Os especialistas, geralmente, atuam num segundo momento, após a ação do plantonista que presta o atendimento imediato ao paciente visando manter as condições de suporte de vida. Por exemplo, uma parturiente dá entrada no hospital. O primeiro atendimento é feito pelo clínico, quem avalia se o parto será feito de imediato ou se existe tempo hábil para a chegada do obstetra. O obstetra é um plantonista à distância. Se for necessária uma cesárea, o anesthesiologista deve ser acionado, mas este deve fazer parte da equipe do pronto socorro.

Segundo o artigo 2º da resolução nº 1451/95, do Conselho Federal de Medicina, a equipe médica do Pronto Socorro deverá, em regime de plantão no local, ser constituída, no mínimo, por anesthesiologista, clínico, pediatra, cirurgião geral e ortopedista. Por conseguinte, estes profissionais são obrigatórios para que o pronto-socorro de uma entidade terciária não feche as portas para o atendimento da população. Normalmente, nos outros casos, tem-se o plantão à distância, ou de sobreaviso.

A determinação da obrigatoriedade do profissional presente no plantão do pronto socorro serve para determinar o sujeito da responsabilidade. No caso do obstetra, autorizado a permanecer em sobreaviso, a verificação se dará em relação ao sujeito omissivo, no caso, o plantonista que não compareceu. No caso do anestesiológico, médico obrigatório na equipe, a responsabilidade também pode recair objetivamente sobre o hospital, caso não exista plantonista anestesiológico no local.

Essa é a razão pela qual, de acordo com a resolução nº 1.834/2008, as disponibilidades de médicos em sobreaviso devem obedecer normas⁷ de controle que garantam a boa prática médica e o direito do Corpo Clínico sobre sua participação ou não nessa atividade, além de ser remunerada. Tantos foram os problemas enfrentados pelo Conselho com relação a este profissional, que, em 2008, sentiu a necessidade de veicular uma resolução regulamentando a prática da disponibilidade em sobreaviso. A resolução foi proveniente do parecer nº 19, do CFM, emitido em 1993, pelo conselheiro Nilo Fernando Rezende Vieira:

As características de cada cidade, de cada hospital e o número de especialistas disponíveis tornam heterogênea a organização deste tipo de trabalho. Um hospital de grande porte, de uma grande cidade, geralmente mantém médicos de diversas especialidades de plantão. Já uma pequena cidade, como faria para manter tal leque de especialistas de plantão? A existência de "plantão a distância" – sobreaviso – é decorrência desta heterogeneidade de formas de organização. Estes plantões, naturalmente, não podem ser impostos e obrigatórios. O acordo entre os profissionais e a administração das instituições é o modo de estabelecer estas formas de prestação de serviços.

Com esse parecer começa a ser delineada a problemática em relação ao plantão à distância, já que, na opinião do conselheiro, “não podem ser impostos ou obrigatórios”. Mas esta questão será discutida a diante. Voltando à resolução, sua exposição

⁷ Alguns estudiosos do direito não consideram o código de Ética Médica uma norma jurídica. Esclarecendo: Como a prestação do serviço de saúde pelo terceiro setor é uma determinação constitucional, precisou ser regulamentada por lei, traduzida na lei nº 8.080/1990, intitulada ‘Lei Orgânica da Saúde’, que estabeleceu a criação do Sistema Único de Saúde. Esta lei, apesar de trazer informações valiosas sobre o funcionamento do SUS, não preencheu todas as lacunas. Em razão disso, aproveitou-se a lei nº 3.268/1957, sobre os Conselhos de Medicina, que regulam a atividade médica e as atribuições dos conselhos. Esta lei determinou que os conselhos de medicina, em seu conjunto, passam a ter natureza jurídica de autarquia e cada um deles dotados de personalidade jurídica de direito público, cujas atribuições giram em torno da supervisão da ética profissional e, ao mesmo tempo, julgar e disciplinar a classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente (arts. 1º e 2º). Assim, a partir das atribuições concedidas pela lei, os Conselhos estão aptos a determinar, por meio de resoluções, as matérias especificamente consideradas nesta área. A regulamentação a respeito do funcionamento das entidades terciárias, em relação aos profissionais e aos procedimentos de atendimento, portanto, têm natureza administrativa. Ainda assim, são as únicas existentes no ordenamento, razão pela qual devem ser utilizadas.

de motivos é muito interessante, no sentido de explicitar as dificuldades que levaram à necessidade de uma regulamentação tão específica.

Segundo palavras de Antônio Gonçalves Pinheiro, Conselheiro Relator, a disponibilidade de médicos caracteriza-se pela disponibilidade de especialistas, fora da instituição, alcançáveis quando chamados para atender pacientes que lhes são destinados. O médico em disponibilidade de sobreaviso, quando acionado, está obrigado a se deslocar até o hospital para atender casos de emergência, realizar cirurgias, procedimentos diagnósticos e internações clínicas, devendo ser devidamente remunerado, quer pelo SUS, por convênios em geral ou, mesmo, por clientes particulares.

Nas palavras do relator, “esta característica de médico de segunda linha na atenção a uma emergência é que permite a adoção de disponibilidade em sobreaviso, objetivando a otimização do atendimento”. A razão da preocupação em regulamentar a atividade é que são poucos os hospitais que conseguem manter em seus plantões de emergência o contingente necessário de especialistas, porque inviabiliza a prestação dos serviços, tanto do ponto de vista econômico quanto pela inexistência de profissionais disponíveis em todas as localidades.

A resolução identifica o procedimento que deverá ser seguido com relação à chamada do especialista, além de identificar os responsáveis pela organização da atividade. Pela resolução *in verbis*:

Art. 3º O médico de sobreaviso deverá ser acionado pelo médico plantonista ou por membro da equipe médica da instituição, que informará a gravidade do caso, bem como a urgência e/ou emergência do atendimento, e anotará a data e hora desse comunicado no prontuário do paciente.

Parágrafo único. Compete ao diretor técnico providenciar para que seja afixada, para uso interno da instituição, a escala dos médicos em disponibilidade de sobreaviso e suas respectivas especialidades e áreas de atuação.

Art. 4º Em caso de urgência e/ou emergência, o médico que acionar o plantonista de sobreaviso deverá, obrigatoriamente, permanecer como responsável pelo atendimento do paciente que ensejou a chamada até a chegada do médico de sobreaviso, quando ambos decidirem a quem competirá a responsabilidade pela continuidade da assistência.

Art. 5º Será facultado aos médicos do Corpo Clínico das instituições de saúde decidir livremente pela participação na escala de disponibilidade em sobreaviso, nas suas respectivas especialidades e áreas de atuação.

Parágrafo único. Os regimentos internos das instituições de saúde não poderão vincular a condição de membro do Corpo Clínico à obrigatoriedade de cumprir disponibilidades em sobreaviso.

Art. 6º Compete ao diretor técnico e ao Corpo Clínico decidir as especialidades necessárias para disponibilidade em sobreaviso, de acordo com a legislação vigente.

Art. 7º Cabe aos diretores técnicos das instituições o cumprimento desta resolução.

Partindo do texto normativo estabelecido pela resolução, independente de qual tipo de atendimento, a determinação é, no caso de haver necessidade, o plantonista presente, ou um membro da equipe, acionar o médico assistente, informar a gravidade do caso e a urgência do atendimento e anotar os horários do comunicado no prontuário do paciente (artigo 3º e 4º, Res. nº 1834/08).

Em seguida, outra preocupação vista nesta relação entre médicos é a determinação do artigo 4º sobre a obrigatoriedade de responsabilidade: “o médico que acionar o plantonista de sobreaviso deverá, obrigatoriamente, permanecer como responsável pelo atendimento do paciente que ensejou a chamada até a chegada do médico de sobreaviso”. Na exposição de motivos da resolução, o Conselho determina que esse médico, quando acionado, estará obrigado a se deslocar até o hospital para prestar atendimento presencial, contudo, não indica mais nenhuma garantia para o plantonista presente. A expressão “até a chegada do médico” é demasiadamente vaga e cria uma instabilidade, já que pode demorar de minutos a horas.

Além disso, quem determina a escala são os próprios médicos, que podem montá-la de acordo com suas vontades e disponibilidades. Nesse sentido, reforço a questão sobre a falta de obrigatoriedade no cumprimento da escala, em razão da própria disposição do parágrafo único do artigo 5º da resolução, quando indica que “os regimentos internos das instituições de saúde não poderão vincular a condição de membro do Corpo Clínico à obrigatoriedade de cumprir disponibilidades em sobreaviso”. Não existe um preceito explícito indicando a obrigatoriedade a partir do momento em que o plantonista decide fazer parte da escala. Isso gera uma grave insegurança com relação à prestação do serviço.

Com relação à hierarquia, dentro da sistemática de prestação de serviço da entidade terciária, como já foi mencionado anteriormente, existem três diretorias: Direção Técnica, Direção Administrativa e Direção Clínica. A competência do diretor técnico está em dar publicidade interna à escala tanto dos plantonistas presentes quanto dos médicos em disponibilidade de sobreaviso e suas respectivas especialidades e áreas de atuação. Este, em conjunto com o corpo clínico, decide quais especialidades, daquelas permitidas, figurarão em regime de sobreaviso.

A direção administrativa cuida das questões financeiras e organizacionais, enquanto a direção clínica monta a escala e resolve os problemas operacionais diretamente ligados ao atendimento. Pode acontecer, como na Santa Casa de Londrina, que haja um diretor superintendente que seja responsável pela fiscalização das demais diretorias. Este é, em regra, o funcionamento de atendimento pelas unidades terciárias, complementares no SUS.

Como foi possível perceber, a estrutura normativa existente especificamente para delinear a atividade e a responsabilidade do plantonista à distância, ou em regime de sobreaviso, é carente de pormenorização da obrigatoriedade de comparecimento e quanto às consequências da ausência deste profissional no atendimento requerido pelo plantonista presente. Por essa razão se faz necessário analisar o segundo documento normativo, qual seja, o Código de Ética Médica, para perceber a ausência de regulamentação de forma geral, nos instrumentos normativos produzidos pelo Conselho Federal de Medicina.

1.5.1 Conteúdo Normativo do Novo Código de Ética Médica

Em 24 de setembro de 2009 foi publicado, no Diário Oficial da União, o Novo Código de Ética Médica, aprovado em 17 de setembro, do mesmo ano, pela resolução nº 1931, do Conselho Federal de Medicina, o qual entrou em vigor dia 23 de março de 2010, ou seja, cento e oitenta dias depois da sua publicação.

A nova redação estabeleceu que o “Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e cinco disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeita os infratores às penas disciplinares previstas em lei”.

A título de esclarecimento, os princípios gerais são considerados “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão” (BANDEIRA DE MELLO, 1971, p. 450). Ou seja, definem a lógica da interpretação do sistema para harmonizar o seu sentido; as normas diceológicas são aquelas que cuidam dos direitos e as deontológicas, as que cuidam dos deveres. Essa é a razão pela qual a nova redação estabeleceu que somente as normas deontológicas estão vinculadas às penalizações, nos casos de infração ao preceito normativo.

Para facilitar a identificação destes diferentes tipos normativos, o novo Código de Ética separou as normas principiológicas e diceológicas com algarismos romanos e

as deontológicas com algarismos arábicos, o que não ocorria no Código anterior. São considerados princípios os componentes do primeiro capítulo, normas diceológicas os direitos do médico e normas deontológicas aquelas relacionadas aos deveres do médico em face à responsabilidade, aos direitos humanos, ao relacionamento com o paciente e entre os médicos, o transplante de órgãos e tecidos, a remuneração e sigilo profissional, aos documentos, auditorias e perícias médicas, e ao ensino e pesquisa na área médica.

Em que pese não vir mencionado nesta classificação, tanto o preâmbulo quanto as disposições gerais estão relacionados diretamente com os princípios. Com relação às disposições finais, os números arábicos também foram substituídos por números romanos, no sentido de identificar a diferença destes preceitos em relação às normas deontológicas.

As normas geradoras de sanção estão divididas em onze capítulos, com 118 artigos, versando desde a responsabilidade médica, até a pesquisa na área, passando pela relação médico/paciente/familiares e médico/médico, remuneração, sigilo, documentos, entre outras. O interesse deste estudo está nos capítulos sobre a responsabilidade médica e sobre a relação entre médicos, no sentido de identificar, ou não, a existência de algum preceito relacionado ao plantonista à distância. Assim, a primeira análise comparativa se dará no capítulo III, sobre responsabilidade médica, em relação ao Código antigo, mostrando em *itálico* quais foram as modificações, com análise ao final. Portanto, tem-se na tabela a seguir as vedações ao médico:

CÓDIGO DE ÉTICA ANTIGO	NOVO CÓDIGO DE ÉTICA
Art. 29 - <i>Praticar atos profissionais danosos ao paciente</i> , que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.	Art. 1º <i>Causar dano ao paciente, por ação ou omissão</i> , caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. <i>Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.</i>
Art. 30 - Delegar à outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.	Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.
Art. 31 - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.	Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.
Art. 32 - <i>Isestar-se de responsabilidade</i> de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu <i>responsável legal</i> .	Art. 4º <i>Deixar de assumir a responsabilidade</i> de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu <i>representante legal</i> .
Art. 33 - Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou efetivamente.	Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.
Art. 34 - Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.	Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.
Art. 35 - Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, <i>colocando em risco</i> a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.	Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, <i>expondo a risco</i> a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.
Art. 36 - Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.	Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.
Art. 37 - Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por <i>motivo de força maior</i> .	Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por <i>justo impedimento</i> . <i>Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.</i>
Art. 38 - Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina, ou com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos.	Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.
Art. 39 - Receitar ou atestar de forma secreta ou ilegível, assim como assinar em branco folhas de receituários, laudos, atestados ou quaisquer outros documentos médicos.	Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, <i>sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição</i> , bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.
Art. 40 - Deixar de esclarecer o trabalhador sobre condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato <i>aos responsáveis</i> , às <i>autoridades e ao Conselho Regional de Medicina</i> .	Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato <i>aos empregadores responsáveis</i> . <i>Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.</i>

Art. 41 - Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.	Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.
Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País	Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.
Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.	Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. § 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários. § 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos: I – criar seres humanos geneticamente modificados; II – criar embriões para investigação; III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras. § 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.
Sem correspondente	Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.
Art. 45 - Deixar de cumprir, sem justificativa, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações, no prazo determinado.	Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado.
Sem correspondente	Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.
Sem correspondente	Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.
Sem correspondente	Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.
Art. 44 - Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.	Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

O artigo primeiro (correspondente artigo 29) incluiu um parágrafo único para indicar que a responsabilidade do médico é sempre pessoal e não pode ser presumida. Esta determinação prejudicou ainda mais a relação plantonista presente e plantonista à distância no sentido de eximir o último de suas responsabilidades. Por outro lado, o artigo 5º indica a vedação ao médico de assumir ato que não praticou ou do qual não participou. Esse artigo promove a proteção do plantonista presente, e deixa o paciente e a família em situação de desamparo. Isso porque, um preceito protege o plantonista à distância, o outro o presente, e a vítima resta sem possibilidade de atribuir a responsabilidade ao efetivo causador do dano.

Os artigos 8º e 9º também expressam nuances desta relação, quando obrigam ao plantonista estar presente no seu plantão e não se ausentar sem substitutos. Contudo, a impressão que se tem, ao ler os dispositivos, é que se trata apenas do plantonista presente, porque o de sobreaviso não tem horário preestabelecido para entrar no plantão, ele deverá ser acionado. Neste sentido, a partir da análise da literalidade do preceito, pode-se concluir que eles estão direcionados ao plantonista presente.

Os demais dispositivos, como é possível perceber pela simples leitura, dissertam apenas sobre a atividade médica em relação ao paciente e à comunidade externa, o que o profissional pode ou não fazer, ou deixar de fazer. No mais, não perfaz o vínculo com o plantonista em sobreaviso. Esta estrutura normativa reforça a verificação de lacuna normativa em relação a este profissional e sua responsabilidade.

1.5.2 Problemática na Relação entre o Plantonista Presente e o Plantonista à Distância

A partir da realidade descrita até o presente momento, é possível delinear o objeto deste estudo na relação entre o plantonista presente e o plantonista à distância, no sentido de responsabilização civil por dano e reparação efetiva com relação à vítima, na prestação de serviço de atendimento médico do SUS pelo terceiro setor.

Na saúde complementar existem dois profissionais que atuam diretamente no atendimento de um paciente: o plantonista presente e o plantonista à distância. Ambos estão submetidos a uma diretoria, composta no mínimo por três diretores (diretor clínico, diretor administrativo e diretor técnico).

Em regra, o diretor clínico é o responsável por todas as circunstâncias relacionadas aos médicos plantonistas, inclusive as escalas. Ainda assim, os prestadores dos serviços têm bastante liberdade na hora de definirem a escala ou estarem submetidos a ela, porque a formação da escala depende da necessidade e qualificação de cada profissional e

obedece a ordem de entrada no hospital. Assim, “pegar” ou “deixar” um plantão depende exclusivamente da disponibilidade do profissional. Portanto, a regra é o acordo verbal baseado na confiança.

Em que pese essa configuração, qualquer um desses profissionais está submetido à normativa do Conselho Federal de Medicina⁸. A estrutura apresentada até agora tem aparência de estabilidade, contudo, a relação se torna conflituosa quando considerada entre o plantonista da emergência, que está presente no atendimento do hospital, e o plantonista à distância (especialista).

Como visto anteriormente, o emergencista faz o atendimento primário, estabelece o diagnóstico de urgência, medica e estabiliza o paciente, e em seguida comunica o plantonista da especialidade da emergência atendida, que está moralmente obrigado a comparecer ao atendimento, já que é o médico escalado. A partir deste momento, não existe mais regulamentação sobre o comportamento daquele especialista.

O plantonista presente, depois de acionar o especialista, está impedido inclusive de internar o paciente. O emergencista não faz parte do corpo clínico, que é composto dos médicos especialistas, e, por isso, estaria ferindo a ética médica se internasse o paciente para si e recebesse pelo internamento. Contudo, pela normativa do Código de Ética Médica e do Conselho Federal de Medicina, a responsabilidade por este paciente, até a chegada do especialista, é do plantonista presente. É constante, nos pareceres do Conselho Federal de Medicina, argumentos que reafirmam a obrigatoriedade na responsabilização do médico presente:

Quanto à responsabilidade sobre os pacientes internados no Pronto Socorro do Hospital, que aguardam leito nas enfermarias, cabe ressaltar que em caso de internação, o médico plantonista dá o primeiro atendimento e interna o paciente para o médico assistente ou, na ausência deste, para médico especialista que concorre a escala de sobreaviso do hospital, conforme regimento interno. A conduta adotada até a internação do paciente foi realizada pelo plantonista, estando, portanto, responsável pelo caso até o conhecimento deste pelo médico assistente. O hospital deve dispor de todos os meios para que tal comunicação seja feita e também de médicos plantonistas para atender as intercorrências dos pacientes internados, durante vinte quatro horas do dia. O médico plantonista, que internou o paciente, sem concordância prévia ou autorização do médico assistente, assume toda e

⁸Ainda que muitos considerem este complexo de regras alheio ao ordenamento jurídico, assim também considerado por muitos o Código de Ética Médica, estas são as normas que disciplinam a matéria e devem ser consideradas como tais. Todas estão subordinadas ao ordenamento jurídico e sua formação respeitou a hierarquia normativa estabelecida pela própria sistemática do complexo de normas brasileiras.

qualquer responsabilidade pelo que vier a ocorrer em decorrência da internação.⁹ (grifo nosso)

A justificativa para essa responsabilização está no antigo artigo 24, do Código de Ética Médica, hoje direito determinado pelo inciso V do capítulo II, que determina a possibilidade do médico de cessar a prestação de serviço quando o hospital não oferecer infra-estrutura. *In verbis*:

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.

Ou seja, o plantonista presente é responsabilizado dessa forma porque ele tem a opção de não trabalhar para aquela entidade. Uma determinação um tanto utópica, principalmente se considerada a precariedade do sistema de saúde brasileiro, na maior parte dos seus centros de atendimento.

Na prática, não são raros os casos de plantonistas convocados não comparecerem ao atendimento sem justificativa, ou comparecerem muitas horas depois de avisados, ou delegarem o plantão a colegas do mesmo grupo de trabalho, principalmente nos casos sem perigo de morte, como por exemplo, ortopedia. É público e notório, já que são inúmeros os casos noticiados pela mídia. Nesse sentido, o conjunto de normas privilegia o comportamento displicente dos médicos que atuam em disponibilidade de sobreaviso.

Um dos pontos cruciais para este comportamento é a exposição de motivos da resolução que determinou as normas sobre o plantão à distância, já especificada, quando coloca que esses profissionais atuam “num segundo momento”, como “médicos de segunda linha”, “objetivando a otimização do atendimento”.

Além disso, a regulamentação do Conselho é demasiadamente lacunosa. A expressão utilizada para determinar o tempo de espera é *até a chegada do médico de sobreaviso*, porque, em tese, é um atendimento secundário. Em tese. O mesmo Conselho determina obrigatoriedade de presença apenas para as cinco especialidades: anesthesiologista, clínico, pediatra, cirurgião geral e ortopedista. Contudo, existem outras especialidades com caráter primário de atendimento, como é o caso da cardiologia e da neurologia.

⁹ Parecer nº 2007/2008; referente à consulta de autos nº 137/2008.

O clínico geral, emergencista, está obrigado a dar os primeiros atendimentos, mas também está obrigado a ficar responsável pelo paciente até a chegada do outro médico. A lacuna normativa está no fato de não estabelecer a imediatidão do atendimento e, apenas na exposição de motivos, indicar a obrigatoriedade do comparecimento. Esse descontrole causa prejuízos graves tanto para o paciente que espera, quanto para o plantonista que fica responsável por ele, sem ter a devida competência técnica para dar o atendimento adequado e completo.

Sendo assim, devem ser consideradas algumas circunstâncias problemáticas na relação entre plantonista presente, o clínico, e os plantonistas à distância: 1. Os médicos obrigados a estarem no local do plantão e não estão (pediatra, cirurgião geral e ortopedista); 2. O médico de sobreaviso que chega tarde, com justificativa e sem justificativa; 3. O médico de sobreaviso que não vem, com justificativa e sem justificativa; 4. O médico de sobreaviso que delega o atendimento a outro colega do grupo de trabalho, e este não comparece. Todas elas sem regulamentação normativa e com problemas na estrutura do nexo de causalidade tradicional no Brasil.

A irresponsabilidade dos plantonistas à distância, estabelecida tanto pelo Conselho Federal de Medicina quanto pela sistemática das normas civilistas, ofende os limites da razoabilidade. O médico displicente acaba sendo beneficiado, porque simplesmente pode chegar quando bem entender, porque a resolução não determina a necessidade de justificativa pela demora e a norma civil não considera sua existência na relação jurídica de atendimento.

Se o paciente em espera vir a ter complicações e o plantonista presente não puder se dirigir até ele em razão de outro atendimento, poderá, em tese, haver responsabilização deste médico por eventuais danos causados, ou ainda, se este profissional tiver atuado da melhor forma possível, não haverá atribuição de responsabilidade a ninguém.

De acordo com o parecer do Conselho, baseado no Código de Ética Médica e nas normas reguladoras da atividade de atendimento médico, a responsabilidade é do plantonista presente. Em nenhum momento o Conselho discute a culpa do plantonista à distância, ou seja, aquele médico que deveria estar presente e assumir o paciente, e não estava.

Mais ainda, não discute a intervenção do Ministério Público, que, exercendo sua função, obriga um atendimento fora das condições normais, sem vaga e sem médico presente, ou mesmo da omissão do Poder Público na criação de novas vagas, ou no aumento do fomento para que os hospitais particulares possam aumentar o contingente. Nessas circunstâncias, considerando as opiniões da doutrina, da lei, da jurisprudência e dos conselhos administrativos, nem o plantonista presente será o passível de responsabilização por qualquer

dano, porque na situação descrita não há conduta omissiva no dever de cuidado, nexo de causalidade e resultado desfavorável. No modelo brasileiro, nestas situações, a vítima fica sem reparação do dano, já que nenhum dos profissionais tem vinculada sua atitude diretamente ao dano.

Neste caso ainda, como se trata de uma extensão do atendimento prestado pelo Poder Público, é preciso analisar a responsabilidade do Estado e do Hospital, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, ou seja, a possibilidade de ação regressiva contra o profissional prestador do serviço. Mais um problema, já que não existe vínculo de serviço entre o médico e o hospital que o escala, por conta do acordo verbal estabelecido entre eles e por se tratar da prestação de serviço público, para o qual esse tipo de acordo se torna incompatível. Essa ilustração indica que deve haver uma mudança na relação de responsabilidade médica porque existe mais de um profissional atuante, quando a norma considera a relação única.

CAPÍTULO II

ANÁLISE DOS REQUISITOS GERAIS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE MÉDICA NO BRASIL

Introdução

A análise da responsabilidade médica no Brasil é, de forma geral, muito escassa em relação às contingências do sistema instaurado após a Constituição Federal de 1988. Não se pode atribuir esta falha apenas à comunidade jurídica ou aos tribunais, ou mesmo aos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, ou aos próprios profissionais.

A atividade médica é circundada, em sua prática, por certa carga de tradição de suas concepções, de modo que a análise global desta profissão fique um pouco prejudicada, conquanto existam vários tipos de pactos de atuação e vários tipos de profissionais atuantes concomitantemente, como foi visto no primeiro capítulo deste trabalho.

Dessa forma, é interessante conhecer um pouco da trajetória da responsabilidade médica, através dos tempos, nas diferentes comunidades mundiais. Nas sociedades mais remotas, normalmente nativas, como os ameríndios, os egípcios ou mesmo os mesopotâmios, o médico ocupava o mesmo patamar do sacerdote. Havia três categorias de autoridades abaixo do governante: o sábio, o sacerdote e o médico, quando estas duas não se fundiam na mesma pessoa.

Como dito anteriormente, a caracterização normativa de forma taxativa sobre a responsabilidade médica apareceu, pela primeira vez, no Código de Hamurabi (Khammu-rabi, rei da Babilônia - século 18 a.C.). Existe um capítulo (XIII), no Código, dedicado aos médicos, veterinários, arquitetos e bateleiros, regulando os salários, honorários e a responsabilidade.

Com relação aos médicos, o teor da norma era o seguinte¹⁰:

¹⁰A título de curiosidade, o veterinário e o médico fazem parte do mesmo capítulo porque o veterinário era aquele chamado “médico dos bois e dos burros”, na literalidade do Código de Hamurabi. Ainda assim, tanto animal quando escravos tinham natureza de coisas e, por isso, a indenização se restringia ao pagamento de quantia certa. No caso de seres humanos, o médico que, ao tratar, não obtivesse êxito, perdia as mãos.

215° - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos¹¹.

216° - Se é um liberto, ele receberá cinco siclos.

217° - Se é o escravo de alguém, o seu proprietário deverá dar ao médico dois siclos.

218° - Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, se lhe deverão cortar as mãos.

219° - Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo.

220° - Se ele abriu a sua incisão com a lanceta de bronze o olho fica perdido, deverá pagar metade de seu preço.

221° - Se um médico restabelece o osso quebrado de alguém ou as partes moles doentes, o doente deverá dar ao médico cinco siclos.

222° - Se é um liberto, deverá dar três siclos.

223° - Se é um escravo, o dono deverá dar ao médico dois siclos.

O médico deixa de ser único centro da cura da sociedade e passa a ter característica de um trabalhador comum, submetido ao sistema normativo, responsabilizado quando não fizesse seu trabalho de forma satisfatória. A responsabilização do médico pelo seu ato não continha nenhum outro requisito a não ser o resultado final danoso. Se o resultado fosse positivo recebia seu pagamento, se negativo, perdia as mãos. Não era necessária a caracterização de culpa ou mesmo nexo de causalidade.

O tratamento da atividade de curar começava a se tornar mais complexo e transcendia o universo simplista do resultado estabelecido pelo Código de Hamurabi. A visão Grega da medicina dava ao médico a possibilidade de separar o que ele poderia e o que não poderia curar, não importando a culpa associada a uma falha ou recusa de tratar o paciente. O caráter experimental da cura não era compatível com a responsabilidade e os Gregos acreditavam que ela nem deveria existir.

A prática médica grega, num estágio mais avançado da sociedade, se formava de maneira bastante distinta das civilizações vizinhas. Era uma arte aberta às especulações dos filósofos, tão importantes na influência da disseminação das ideias médicas quanto àquelas dos mais práticos médicos da época. Dessa fusão ideológica surgiu o *Corpus Hippocraticum* (formado entre 420 e 370 a.C.), escrito por uma variedade de autores, caracterizado por três aspectos: observação atenta dos sintomas, abertura às ideias vindas de todos os lados e o desejo de explicar a causa de uma doença (PORTER, 2001, p. 58).

¹¹SICLOS era uma unidade básica de medida, que significava 11,4 gramas de prata. Aparece muito no Antigo Testamento. As medidas são: Gera = 1/20 Siclos (ou 0,57 gramas de prata); Libra = 50 Siclos (570 gramas de prata); e Talento = cerca de 34 quilogramas de prata. Mais informações sobre as medidas usadas neste período, na região Mesopotâmica. Acessar o sítio eletrônico.
http://www.senhorbomjesus.org.br/pdf/pesos_e_medidas_na_biblia.pdf

O *Corpus* é composto por setenta e dois livros, dentre os quais há sete livros que tratam exclusivamente da ética médica, por conseguinte, da responsabilidade. São eles: Juramento, Da lei, Da Arte, Da Antiga Medicina, Da conduta honrada, Dos preceitos, Do médico (CASTIGLIONI, 1931, p. 131)¹².

Hipócrates (460 a 370 a.C.), médico e professor idealizador do *Corpus*, considerado o pai da medicina clínica, expressou a essência da medicina grega em seu juramento¹³ contendo noções de medicina empírica, permeada de elementos racionais e científicos, sem, entretanto, descurar dos elementos deontológicos da arte de curar. A medicina Grega institui conceitos de ética e responsabilidade moral, além de aventurar-se pela descoberta da anatomia humana. Contudo, novamente afasta a intervenção do ente de Poder, e volta a manter o núcleo estritamente privado da relação médica.

Por outro lado, na mesma época em Roma, vigia a Lei das XII Tábuas, a qual não fazia menção à responsabilidade de forma clara, mas já contextualizava a necessidade de reparar um dano causado. No século III a.C., a Lei das XII Tábuas foi substituída, em seguida Roma se transformou em império e incorporou o mundo grego com suas inovadoras teorias médicas. Ainda assim, os médicos gregos eram apartados da sociedade em comunidades pobres.

A introdução da responsabilidade do médico vinculada à culpa apareceu, pela primeira vez, com a *Lex Aquilia*:

¹² O texto do Juramento de Hipócrates que hoje se encontra em vários idiomas resultou de traduções oriundas de antigos e raros manuscritos. Embora sem comprovação, aceita-se que os citados manuscritos reproduzem o texto original de quando o mesmo foi escrito. Os mais antigos manuscritos conhecidos, segundo Bernardes de Oliveira, são: 1. "O manuscrito Urbinas Graecus 64 da Biblioteca Apostólica Vaticana". "Está localizado entre os séculos X e XI. Suas palavras iniciais esclarecem: 'Texto do Juramento Hipocrático que pode ser jurado pelos cristãos'. O interessante documento é escrito em forma de cruz para bem marcar o patrocínio religioso". "Inicia-se com a saudação laudatória habitual: 'Bendito seja Deus, o Pai de Nossso Senhor Jesus Cristo; para sempre bendito seja...' Sua redação acompanha o texto clássico com algumas variantes e alterações das quais a principal é a omissão da cláusula referente à operação da calculose". 2. "O segundo, por ordem de antigüidade, é o manuscrito Marcianus Venetus Z 269, do século XI, pertencente à Biblioteca de S. Marcos de Veneza. O juramento aí se acha como sendo o texto original. Inicia-se com a invocação dos deuses da mitologia grega, consoante sua origem pagã". 3. "Manuscrito do século XII da Biblioteca Apostólica Vaticana: Vaticanus Graecus 276, follio 1 recto. 4. "Manuscrito do século XII da Biblioteca Nacional de Paris." O último manuscrito citado encerra a versão pagã, com a invocação inicial dos deuses da mitologia grega e corresponde ao texto mais difundido atualmente. Os demais manuscritos conhecidos do juramento de Hipócrates são todos dos séculos XIV e XV. Embora sejam equivalentes, verificam-se mínimas diferenças de redação. (REZENDE, 2009). Mais informações no sítio: <http://usuarios.cultura.com.br/jmrezende/orkos.htm>

¹³ Conteúdo do Juramento de Hipócrates: Prometo que, ao exercer a arte de curar, mostrar-me-ei sempre fiel aos preceitos da honestidade, da caridade e da ciência. Penetrando no interior dos lares, meus olhos serão cegos, minha língua calará os segredos que me forem revelados, o que terei como preceito de honra. Nunca me servirei da minha profissão para corromper os costumes ou favorecer o crime. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu para sempre a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens; se o infringir ou dele afastar-me, suceda-me o contrário. (Hipócrates, 450 a.C)

No Império Romano, o médico era dotado de bom prestígio social, por fazer bem às pessoas. Não era remunerado, recebia honras em retribuição aos seus serviços designados até hoje de honorários. É possível que alguns mais audazes, aproveitando-se do conceito social criado pelos corretos, tenham cometido abusos que redundaram na criação de documentos legais de responsabilização individual, como os inseridos na Tábua VIII sobre delitos, que acabaram recaindo sobre todos os médicos. Foi o que aconteceu, posteriormente, com a conhecida *Lex Aquilia*. No final do século III a.C, um Tribuno da Plebe, chamado de Aquilius, levou aos Conselhos da Plebe uma proposta de lei, objetivando regulamentar a responsabilidade por atos intrinsecamente ilícitos, visando a proteger os plebeus ante prejuízos que os patrícios vinham-lhes promovendo, não só em relação à produção agrícola, mas para outros delitos, incluindo os de origem médica, exigindo-lhes reparação material. *Lex Aquilia* é a nascente que contém os atos elementares da responsabilidade médica e das indenizações. A *Lex Aquilia* fez vigorar o princípio das indenizações, como se viu, já estabelecido a partir de Hammurabi e reforçado no livro *Êxodo*, capítulo 21, versículos 22 a 25. A lei atribuía também muita importância à negligência nos casos confirmados de falha no atendimento médico. Chegava mesmo a prever a pena de morte ou até a deportação do médico culpado (PINOTTI, 2008, p. 4).

Restaram estabelecidas as premissas da responsabilidade médica aproximadamente como está configurada atualmente, sob a égide das estruturas da responsabilidade romana subjetiva, isto é, baseada na conduta, no dano, no nexo de causalidade e na culpa.

A grande mudança ocorre nos séculos XIX e XX, com a alteração dos costumes em repercussão mundial, após a Revolução Industrial, que teve como consequência o êxodo rural. O implemento de máquinas e a grande promessa de fortunas causaram a aglomeração de pessoas em centros urbanos, gerando instantaneamente maior probabilidade de surgirem situações lesivas de todas as espécies: acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, ofensas, criminalidade, deficiência na assistência do Poder Público à população, epidemias, entre outras. Essa modificação social gerou expressivas transformações no sistema jurídico, o qual teve a necessidade de ser adaptado às relações de massa e dar mais valor aos Direitos Sociais.

Dessa forma, tornou-se penoso para a parte lesada provar a culpa, em razão de o quesito procedimental exigir da parte lesada que ingressava em juízo o dever de provar a culpa e o nexo de causalidade, requisitos fundamentais para a responsabilização do dano. A dificuldade residia exatamente no fato de que a composição social estava repleta de empresas, grandes latifundiários, gerando a disparidade na relação jurídica e transformando o lesado na parte mais frágil. Em razão disso, doutrina e jurisprudência começaram a cogitar a possibilidade de criar teorias visando à responsabilização objetiva, isto é, sem a necessidade de existência da culpa.

Assim, o Estado passa a intervir nas relações jurídicas concretas e não mais apenas como regulador de comportamentos. A função Judiciária do Estado passa a intervir nas relações para buscar o equilíbrio isonômico dos direitos fundamentais, além de adequar o instituto da responsabilidade ao ideal de justiça na qual o ideológico do Estado baseava-se.

A ótica, portanto, é de uma medicina como atividade anterior à lei, nascida num contexto mítico, cuja intervenção do Estado para a responsabilização por eventuais prejuízos surgiu de forma agressivamente objetiva no Egito Antigo, evoluiu ao incorporar os conceitos gregos filosóficos da ética e da moral, foi estruturada sob tais princípios, até se tornar subjetiva, responsabilizando o médico somente quando houvesse provada sua culpa. Assim também é, basicamente, a construção normativa no Brasil.

A grande mudança nacional ocorreu, no entanto, a partir da Constituição Federal de 1988, porque a saúde passa a figurar como direito expresso, desvinculado da previdência social. Até então, nenhum texto constitucional brasileiro fazia referência à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social (DALLARI, 1995). Sendo assim, surge no ordenamento a criação de um sistema único de saúde, que dividiu a saúde em pública e privada.

A modernidade deixou as relações humanas mais complexas e, nesse sentido, também vascularizou a atividade médica. A prestação do serviço de saúde não comporta mais apenas um profissional dedicado ao paciente de maneira integral. Hoje, existem profissionais especializados, trabalhando em equipe, cada um com suas atribuições e respectivas responsabilidades. O problema é que a norma brasileira não acompanhou essas mudanças, dando ensejo a uma lacuna importante: o plantonista à distância não existe no conjunto normativo da responsabilidade civil do médico.

2.1 REQUISITOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO (PLANTONISTA PRESENTE), NO BRASIL

2.1.1 Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil

Antes de compreender a relação jurídica entre o plantonista presente e o plantonista à distância, é preciso entender o conjunto normativo da responsabilidade civil, no Brasil. A partir deste entendimento será possível discutir a relação do plantonista à distância e as teorias aplicáveis, no sentido de suprir as lacunas normativas para a atribuição da responsabilidade ao efetivamente responsável.

O termo 'responsabilidade' significa responder pelos atos cometidos por si, baseados nas razões que o levaram a cometê-los. O tema é de extrema amplitude. Para o Direito, por sua vez, a responsabilidade passa a ter relevância a partir do momento em que um ato individual ou coletivo invade a esfera do direito de um terceiro, causando-lhe algum tipo de dano.

Em resumo, parafraseando José de Aguiar Dias, toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade, (DIAS, 1994, p. 01) que poderá ser jurídica ou moral. A responsabilidade moral não gera reparação coercitiva de danos, pois a penalização está na própria consciência do agente, não sendo possível exigir ou deixar de exigir certo comportamento.

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo (GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 3), isto é, uma obrigação não obedecida gera um dano consequente, desde que se configure o nexos de causalidade entre estes. Portanto, interessa ao estudo da responsabilidade as condutas de um indivíduo, no caso o médico, juridicamente capaz, puníveis ou moralmente reprováveis, ou ainda violação de direito, que acarrete reflexos jurídicos (VENOSA, 2002, p. 12). Alexandre Lacassagne definiu a responsabilidade médica como a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão (FRANÇA, 1994, p. 236).

Assim, devem ser considerados requisitos fundamentais para a caracterização da responsabilidade a conduta, o dano, o nexos de causalidade e, em regra, a culpa.

As regras éticas são incorporadas pelo Estado ao direito positivo, mandando que se apliquem a todos os indivíduos. A ofensa a esse direcionamento compromete as condições indispensáveis à existência, impondo-se a repressão estatal. Por outras palavras, quando o comportamento humano não se conforma com as prescrições legais, desobedecendo-as, representa um ataque à normalidade da vida, e afronta os princípios fundamentais da ética, da natureza, da moral e, se adotados pelo Estado, da lei. Segundo as posturas ou as normas incorporadas e oficializadas pelo Estado, seus atos são jurídicos. Se se rebelam contra esses delineamentos, os atos deslocam-se para a ilicitude, a ilegalidade, sendo, pois, ilícitos (RIZZARDO, 2008, p. 559).

Assim, o ato que contraria a norma vigente pode ser considerado, de forma genérica, como ato ilícito. O pensamento de Nelson Hungria:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Em seus aspectos fundamentais há uma perfeita coincidência entre o ilícito civil e o ilícito penal, pois ambos constituem uma violação da ordem jurídica, acarretando, em consequência, um estado de desequilíbrio social. Mas, enquanto o ilícito penal acarreta uma violação da ordem jurídica, quer por sua gravidade ou intensidade, a única sanção adequada é a imposição da pena, no ilícito civil, por ser menor a extensão da perturbação social, são suficientes as sanções civis (indenização, restituição *in specie*, anulação do ato, execução forçada etc.). A diferença entre o ilícito civil e o ilícito penal é, assim, tão-somente, de grau ou de quantidade (HUNGRIA apud GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 6).

Em síntese, atos ilícitos são as manifestações de vontade humanas, condutas, comissivas ou omissivas, externadas de forma a contrariar a lei e interessam ao mundo jurídico quando extravasam o limite da ação e geram danos a outrem. Portanto, o ato ilícito engloba dois requisitos para aferição de responsabilidade de indenizar, quais sejam, a manifestação de vontade e a contrariedade a preceito legal. Apesar de o artigo 186, do CC/02, ter incluído o dano como componente do ato ilícito, isso não se verifica. Assim entende Rui Stoco:

É que a só violação do direito já caracteriza ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano. Ou seja, ato ilícito é aquele praticado com a infração de um dever legal ou contratual. Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma (STOCO, 2004, p. 122).

O Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Flávio César de Toledo Pinheiro, descreve a relação entre ato ilícito e dano:

A leitura do art. 186, do novo Código Civil, que deverá entrar em vigor em janeiro de 2003, sugere uma nova definição de "ato ilícito", que se afasta do racional, do natural e conduz ao absurdo de considerar "ato ilícito" somente a violação de direito que cause dano. [...] Jamais a doutrina brasileira condicionou a "violação de direito" à existência de dano ou prejuízo. [...] Vale dizer: para a reparação do dano basta a "violação de direito", não havendo necessidade, para reparação moral, de provar o dano. Como bem sintetizou v. julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "A indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito" (RSTJ 23/157). Assim, o "ato ilícito" é aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual de alguém. E ponto. Nada mais. Ao dispor o art. 186, do novo Código Civil "violando direito e causando dano a outrem" está inovando na definição do "ato ilícito", exigindo, para a sua ocorrência, a prova de dano. Tanto é verdade, que o art. 927, do novo Código Civil condiciona a reparação à existência de dano ou prejuízo, dispondo: "Aquele que por ato ilícito causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo". Demonstrando o novo Código Civil a exigência da existência de dano, dispõe no seu artigo 944 o

seguinte: "A indenização mede-se pela extensão do dano"[...] (PINHEIRO, 2009).

Conclusão: o dano é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade, mas não está contido no ato ilícito. É, na verdade, consequência deste. A jurisprudência é unânime, principalmente em relação à reparação pelo dano moral, sobre estar provado efetivo prejuízo, não restando indenizável o mero aborrecimento. O STJ acrescenta ainda que o dano deve ser efetivo, certo, atual e subsistente¹⁴. Essa é a regra.

Contudo, em razão do princípio da preocupação prioritária com a vítima, o STJ considera possível indenizar pelo dano futuro, isto é, aquele que destruiu uma expectativa objetiva e concreta de um evento gerando prejuízo à vítima, e também, deu mesmo tratamento ao dano presumido, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual. Existe ainda o dano reflexo, também passível de indenização, quando o evento danoso atinge um sujeito e produz prejuízo para outros sujeitos próximos à relação jurídica. Todas são formas excepcionais. A doutrina acompanha esse posicionamento, em maioria esmagadora.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana. (STOCO, 2009) Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do resultado danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato (ZANOBINI, 1950, p. 269).

Para a responsabilização do médico, faz-se necessário ainda a caracterização do erro inescusável, isto é, aquele que poderia ser evitado e ocorreu em razão do desprezo aos conhecimentos triviais e incontroversos na ciência médica que a nenhum profissional da área é dado ignorar, fato que caracteriza o erro (RAIMUNDI, 2005).

Portanto, o ilícito civil está genericamente determinado na legislação pertinente e tem o dano como consequência necessária para caracterização da responsabilidade. Não basta, contudo, para caracterizar a responsabilidade civil, o simples ato ilícito gerador do dano. É necessário estabelecer um nexo de causalidade entre eles.

Foram desenvolvidas teorias para determinar os limites do nexo de causalidade. Apesar de Marco Aurélio Martins Rosa entender de maneira simplista, que as teorias são imprestáveis porque criam confusões desnecessárias e não chegam a conclusões

¹⁴ STF, 3ª. Turma, Recurso Extraordinário Nº 1089444/PR. Ministra Relatora Nancy Adrighi. Publicado em 03.02.09

sobre o problema (ROSA, 2009), atualmente, em razão da complexidade das relações humanas, principalmente os atendimentos médicos, tais teorias se tornam imprescindíveis.

Subsistem, no direito pátrio, três: Teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*); Teoria da causalidade adequada e a Teoria dos danos diretos e imediatos (GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 86-94). As duas primeiras de origem européia e a terceira nascida no ambiente jurídico brasileiro.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*), criada pelo austríaco Julius Anton Glaser e desenvolvida pelo alemão Maximilian Von Buri, em 1873, hoje utilizada pelo direito penal, dá equivalência a todos os antecedentes na cadeia de fatos que deram causa ao dano. Pela amplitude dessa teoria foi desenvolvida a eliminação hipotética (de Thyrén) para determinar ser apenas causa o fator que se desaparecesse, automaticamente eliminaria o resultado danoso. No Direito Penal, essa teoria possui como fato limitador o dolo do agente e é enquadrada no artigo 13, do CP. No direito civil, há críticas com relação à teoria porque não existe o limitador, em razão da culpa ser considerada de forma genérica, podendo levar a um encadeamento infinito de causas.

A teoria da causalidade adequada, criada pelo alemão Ludwig Von Bar e desenvolvida pelo alemão Johannes Von Kries, em 1871, possui um juízo de probabilidade e considera causa apenas o antecedente abstratamente idôneo, necessário e adequado à produção do dano. Portanto, causa é o fator mais apropriado para a produção do dano. O inconveniente, nesse caso, é o acentuado grau de discricionariedade do julgador, o que pode gerar certa instabilidade jurídica. Apesar disso, grande parcela da doutrina e da jurisprudência acolhe essa teoria por entenderem mais satisfatória à responsabilidade civil.

A teoria dos danos diretos e imediatos, também chamada de teoria da interrupção do nexos causal, consagrada por acórdão em Recurso Especial do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves¹⁵, desenvolvida por Agostinho Alvim, determina causa o antecedente fático, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse-o como uma consequência sua, direta e imediata. Autores como Pablo Stolze, Carlos Roberto Gonçalves e Gustavo Tepedino entendem que essa foi a teoria adotada pelo CC/02, em razão de estar expressa no artigo 403. O mérito desta questão será discutido a diante.

O último elemento é a culpa. Para a doutrina tradicional, a culpa é composta da voluntariedade do comportamento, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado

¹⁵ STF, 1ª. Turma, Recurso Extraordinário 130764, Relator Min. Moreira Alves, julgamento em 12/05/1992, publicado no DJ 07/08/1992

(GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 196), muito autoexplicativos dispensando maiores considerações. O legislador, no direito civil, preferiu não fazer distinção entre dolo e culpa quando determinou no artigo 186, do CC/02, ser ato ilícito a ação ou omissão voluntária (caracteriza dolo) ou a negligência e imprudência (caracteriza culpa). Na esfera penal, o dolo é limitador do fato típico e do nexo causal.

Com o advento do CC/02, a responsabilidade passa a ser analisada de duas maneiras: subjetivamente como regra, na qual a presença da culpa é fundamental para caracterizar a obrigação de indenizar, e objetivamente como forma de exceção, nos casos expressos na lei ou quando a atividade for naturalmente de risco. Não significa dizer, como uma parcela da doutrina, que a culpa é mero acidente da responsabilidade pelo fato de “situação de risco” ser demasiadamente genérica fazendo surgir obrigatoriamente a “presunção da culpa” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2007: 142).

Em vários dispositivos o legislador faz questão de lembrar a existência da culpa e indicar que esta deve ser levada em consideração. Por exemplo, o parágrafo único do artigo 944, do CC/02, quando determina a redução equitativa no caso da excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano; no artigo 945, do mesmo instituto, considera a culpa concorrente como forma de minimizar a responsabilidade; além das excludentes dispostas no artigo 188; nesses casos, a culpa é elemento essencial para determinar a obrigação de indenizar. Daí, a conclusão de existência de duas modalidades de responsabilidade.

Apesar de grandes autores, como Rui Stoco, entenderem que a responsabilidade objetiva é apenas uma exceção e não caracteriza a dualidade do sistema (STOCO, 2004, p. 132-133), é mais prudente o posicionamento de Gustavo Tepedino, quando defende a existência da responsabilidade, com culpa e sem culpa, possibilitando a descaracterização da culpa como elemento essencial, de forma a evitar injustiças.

Em suma, a responsabilidade civil é composta de elementos essenciais genéricos, quais sejam, a conduta volitiva, a contrariedade da norma, o dano e o nexo de causalidade. E um elemento específico: culpa, na modalidade subjetiva.

2.1.2 Médico: Conduta Volitiva e Ato Ilícito

Na essência do exercício da medicina está a liberdade do profissional de atuar com a discricionariedade necessária, para encontrar sempre soluções novas e mais adequadas a cada caso, contribuindo, assim, para a constante evolução da profissão e de suas

técnicas (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 241). Contudo, deve se pautar por normas de conduta que ensejam a atuação mais eficiente para o paciente, ou seja, da melhor forma possível com a menor incidência de risco.

O trato com a relação médico-paciente na saúde pública, que é o foco deste estudo, deve ser especial ao analisar as circunstâncias fáticas que envolvem o pré-atendimento. Antes de ingressar na análise sobre a conduta médica e o ato ilícito, é preciso salientar que uma das formas de evitar qualquer aborrecimento é conscientizar o paciente da situação a que ele está submetido, com todos os riscos e possibilidades, o que deve ser feito por termo escrito e assinado pelo paciente, para que seja possível dar início ao tratamento. Este é o primeiro dever na atuação médica: poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no dever de informar, ainda que não se possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal (KFOURI NETO, 2003, P. 39).

O termo de consentimento é denominado *consentimento informado*. O STJ já determinou que a falta deste pode caracterizar negligência no exercício profissional e que o zelo na informação deve aumentar conforme aumente o risco de dano.¹⁶ Além disso, chega ao ponto de indicar a responsabilidade solidária dos hospitais filantrópicos, assunto a ser discutido em momento oportuno:

Responsabilidade civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento Informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente por erro de seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.¹⁷

Para minimizar esse risco, a solução recomendada é o especial cuidado no preenchimento dos prontuários, possibilitando uma identificação precisa dos diagnósticos e dos procedimentos executados, bem como uma clara identificação da situação em que o paciente se encontrava. Com isso, amplia-se a chance de evitar que fatos preexistentes sejam tomados como resultado das intervenções, e reforça-se a caracterização de que os procedimentos executados eram tecnicamente corretos (COSTA; COSTA, 2008, p. 21-22). Por isso, para esses casos, o ônus da prova deve ser do médico ou do hospital.

O conhecimento, pelo paciente, dos riscos inerentes ao tratamento, ou ao procedimento a que será submetido, está diretamente ligado à natureza da obrigação gerada pela conduta médica, ou seja, obrigação de meio ou de resultado. Isso envolve a possibilidade

¹⁶ REsp 436827 / SP, Ministro Ruy Rosado De Aguiar, DJ 18/11/2002 p. 228 LEXSTJ vol. 160 p. 146

¹⁷ REsp 467878 / RJ, Ministro Ruy Rosado De Aguiar, DJ 10/02/2003 p. 222 RSTJ vol. 174 p. 413

de o resultado não ser exatamente o esperado, ou ainda, um prejuízo para evitar mal maior, como o caso de uma amputação que evita a morte do paciente.

Para sedimentar a construção da cadeia de responsabilidade, é preciso que se tenha a definição básica de obrigação de meio e de resultado. De acordo com o entendimento mais aceito no Brasil, obrigação de meio é aquela em que o profissional não se vincula a um resultado positivo certo e determinado, mas apenas a executar da melhor forma possível a obrigação para que ocorra o melhor resultado possível.

Já a obrigação de resultado é aquela em que o profissional se vincula necessariamente ao resultado prometido. Lembre-se sempre que o resultado prometido pode ser diverso do resultado esperado. Essa é uma das razões para a existência do consentimento motivado e do contrato. Na seara médica, com exceção da cirurgia plástica estética, as obrigações são de meio¹⁸.

Além de definir o trato sobre a natureza da obrigação, é preciso também definir qual a previsibilidade da situação, por meio de contextualização da atuação do profissional, conquanto seja possível distinguir o resultado previsível e o imprevisível. Com relação à última, não há que se falar em erro médico, porque se trata de caso fortuito¹⁹.

Em análise às situações de previsibilidade, principalmente na saúde pública, é preciso distinguir o erro evitável e o inevitável. O inevitável exacerba o conhecimento médico, decorre da falta de recursos, de condições técnicas ou insuficiência da própria medicina. A rigor, o inevitável não constitui erro médico, mas insuficiência de meios, que ocasiona a excludente de responsabilidade.

O STF já se manifestou sobre a total imprevisibilidade de uma situação adversa proveniente da reação incomum a respeito de um procedimento cirúrgico, acolhendo o parecer do cirurgião:

Fôra (sic) seguida a técnica precisa, seguidos os parâmetros exatamente como todos os cirurgiões operam (as cirurgias têm seu desenvolvimento padronizado, estereotipado, fixo), apenas alterações momentâneas podem modificar seu curso, o que, de acordo com os depoimentos, não ocorreram. Estávamos à frente de uma imprevisível reação adversa, que pelo exposto e discutido poderia, a princípio, acontecer com quaisquer médicos de quaisquer pacientes; casual, um acaso, advindo por força irresistível, que não

¹⁸ KFOURI NETO (2003) considera inclusive a cirurgia plástica estética obrigação de meio, em função da possibilidade de resposta distinta do corpo humano para um procedimento padrão. Para este trabalho, deixo claro que a obrigação da cirurgia plástica é de resultado, sendo que o resultado imprevisível, ou a reação corporal imprevisível deverá ser considerada caso fortuito, após análise da circunstância, de forma a perceber se o profissional atuou de maneira eficiente de acordo com sua competência e perícia.

¹⁹ Para esta dissertação, consideram-se sinônimos os termos caso fortuito e força maior, sem entrar no mérito de demais discussões, visto que não é de interesse desta pesquisa.

se pôde prever ou evitar, embora o agente tenha usado toda a atenção ordinária, cautela e perfeita observância na execução do ato.²⁰

Em outro pólo, o evitável, passível de indenização, divide-se, de maneira geral, em erro de tratamento, erro de diagnóstico e erro na dosagem de remédios. (BOKLIS, 2009). Essas espécies de erros evitáveis devem vir imbuídas dos requisitos estabelecidos pelo CC/02: ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência e/ou imperícia. Portanto, o dano não sobrepõe simplesmente pelo fato de não ter havido resultado satisfatório, é preciso que haja previsibilidade e seja evitável, porque, regra geral, a atividade médica tem natureza de obrigação de meio, para a qual não existe obrigatoriedade de um resultado totalmente favorável. Esta é uma das justificativas para a necessidade do consentimento informado.

Dessa forma, doutrina e jurisprudência, em caráter relativamente unânime, consideram a necessidade do erro para a caracterização do dever de indenizar. Pelo raciocínio desenvolvido, erro médico não é simplesmente a falha no exercício da profissão, é a conduta previsível e evitável, do profissional da medicina operada com desprezo ao conhecimento incontroverso da ciência médica e ao zelo na execução da atividade, que cause dano a alguém.

Conduta, porque existe a necessidade de uma ação ou omissão voluntária, do médico, que possa ser prevista e evitada por este profissional, descartando a técnica e a ciência amplamente conhecida e aceita pela comunidade médica e a falta de zelo na execução, caracterizada por imprudência ou negligência, desde que cause dano a alguém. A conduta e o dano são elementos indispensáveis para caracterização do dever de indenizar, enquanto os outros dois elementos podem aparecer em conjunto ou separados. Assim, desde que haja ação ou omissão voluntária, o dano pode ter ocorrido em função do desprezo ao conhecimento incontroverso da ciência médica ou do zelo na execução do procedimento, ou dos dois.

A conduta para a caracterização do erro médico, portanto, inclui a ação ou omissão voluntária, o que caracteriza uma conduta dolosa, ou negligência, imprudência ou imperícia – resultando na conduta culposa. Reforçando a informação anterior, a diferença entre dolo e culpa para a caracterização da responsabilidade opera apenas na esfera penal. O Direito Civil considera dolo e culpa elementos sinônimos, que apenas sopesarão o *quantum* indenizatório.

O CC/02 prevê em seus artigos 948 a 951 as espécies de danos e as suas devidas reparações, e indica, inclusive, quais são os delitos a elas atribuídos. A norma cível não vincula o direito penal, portanto, pode haver situações que ensejam indenização, mas não

²⁰ RE 217.389/SP - STF

configurem crime. Assim, o médico poderá responder por qualquer crime ou contravenção estipulados pela legislação penal, desde que se enquadre na tipicidade.

A norma civil estabelece dever específico de reparação do dano nos casos em que o profissional, no exercício da profissão, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho, analisadas em momento oportuno.

Todas essas condutas são fatos tipificados pelo CP ou leis especiais, de maneira mais técnica e estabelecendo os elementos necessários para a tipificação de cada delito. É interessante esta breve análise pelo fato de, em conformidade com o inciso II do artigo 91 do CP, um dos efeitos da condenação criminal ser de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime²¹. A título de curiosidade, na esfera penal, somente há vinculação da absolvição à excludente de responsabilidade civil quando a sentença determinar a não existência do fato típico ou não definir a autoria.

Em primeiro plano, os crimes que a doutrina, de modo geral, atribui ao médico como inerente à sua atividade profissional são *Violação de segredo profissional* (artigo 154, CP), *Omissão de notificação de doença* (artigo 269, CP), *Exercício ilegal da medicina* (artigo 282, CP) e *Falsidade de atestado médico* (artigo 302, CP).

A violação do segredo profissional atinge a liberdade individual, pois sua tipificação pretende exatamente proteger a liberdade individual de pessoas que, por necessidade, tiveram que confidenciar certos fatos de sua intimidade, que precisam ser mantidos sob sigilo (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 241), mas só terá relevância se puder produzir dano a outrem e somente será punido em caráter doloso. Divulgação culposa é fato atípico, ou seja, não enseja indenização.

Omissão de notificação de doença é um crime próprio do médico, que tem o dever de notificar à autoridade pública doença cuja comunicação seja compulsória. É uma norma penal em branco própria, já que a determinação de quais as doenças são de divulgação obrigatória é de competência do Ministério da Saúde. Estão divididas em três grupos:

O primeiro grupo é o das doenças que, em caso de suspeita, devem ser notificadas imediatamente por telefone. São elas: acidente por contato com *Lonomia sp*, cólera, coqueluche, dengue, difteria, febre amarela, hantavirose, malária, meningites, peste bubônica, poliomielite/paralisias flácidas agudas, raiva humana, rubéola, sarampo, tétano neonatal, doenças anteriormente não detectadas (como, por exemplo, a pneumonia asiática), botulismo,

²¹ Art. 935, CC/02. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

carbúnculo ou antraz, varíola, tularemia, febre maculosa. O segundo grupo é o das doenças que, em caso de surtos ou epidemias, devem ser imediatamente notificadas por telefone, quais sejam: estreptococcias, gastroenterite diarreias infecciosas, infecção hospitalar, influenza (gripe), tracoma e demais doenças nessas condições. O último grupo é composto pelas moléstias cuja notificação deve ser feita semanalmente, por telefone ou por escrito. São elas: acidentes por animais peçonhentos, loxoscelídeos, acidentes toxicológicos, cisticercose/neurocisticercose, doença de Chagas (casos agudos), esquistossomose, febre reumática, febre tifóide, hanseníase, hepatite Viral B-C, leishmaniose tegumentar, leishmaniose visceral, leptospirose, sífilis congênita, síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS), síndrome da rubéola congênita, teníase, tétano acidental e tuberculose (MARQUARDT; PRATES, 2003, p. 241).

O artigo 268 do Código Penal descreve crime semelhante ao de omissão de notificação de doença ao tipificar a conduta de infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. É um crime comum, passível de ser cometido por qualquer pessoa. No entanto, a agravante prevista em seu parágrafo único configura crime próprio: a pena é aumentada de um terço se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico.

Este delito, ao contrário do anterior, não estabelece problemas na relação médico paciente, de modo que não existe previsão de dano para este paciente. A ilegalidade está na relação entre o médico e o Estado, sendo o prejuízo direcionado à coletividade, e não mais ao paciente individualmente considerado. Pode ser que haja dano ricochete, contra terceiros, mas esse não é o foco da discussão desta pesquisa.

Da mesma maneira, a falsidade de atestado médico é crime contra a fé pública, pois as informações prestadas pelo médico têm presunção de veracidade. Quem se utiliza desse atestado falso, no entanto, responde pelo crime de uso de documento falso tipificado pelo art. 304, CP.

Com relação ao exercício ilegal da medicina, em que pese a maioria dos estudiosos da área intitularem o crime como sendo próprio do médico, ocorre exatamente o inverso: incorre em exercício ilegal da medicina o agente que se passa por médico sem sê-lo ou com excesso em seus limites. No exercício sem autorização legal significa com a habilitação profissional, mas sem o registro do título, e com excesso de limites significa 'o agente sair da órbita de sua profissão' (DELMANTO, 2002, p. 561).

O Código de Ética Médica ainda assegura, em seu artigo 10, que também é vedado ao médico acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos. Para a consumação,

no âmbito penal, é imprescindível a habitualidade. Para caracterizar responsabilidade civil, é preciso que esse exercício ilegal gere dano efetivo.

A pessoa que não tem diploma algum responde pelo artigo 284, CP: Curandeirismo. Os dois crimes têm penas idênticas e ambos são de ação pública incondicionada. O médico também pode incorrer no crime de charlatanismo, ainda que tenha diploma, desde que apregoe cura por meio secreto ou infalível. O simples anúncio não gera dever punitivo.

Dos crimes analisados até o presente momento, apenas a violação de sigilo profissional acarretará um dever certo de indenizar, pois agride a intimidade de um paciente que acreditou ter seu segredo resguardado pela profissão. Quanto aos demais, se dirigem ao Estado e afastam o profissional da relação médico-paciente. Os crimes de curandeirismo e charlatanismo possam acarretar indenização dependendo do caso concreto.

Outra categoria pode ser considerada com os crimes de *homicídio, aborto, lesão corporal (art.121 a 129,CP) e omissão de socorro (art.135, CP)*, ao quais são tratados no CC/02 de maneira simplista, considerando, de forma genérica, qualquer tipo de ofensa à saúde de uma pessoa como ato passível de indenização. Os crimes descritos nesta seção, tipificados pelo CP, com exceção do aborto, são todos bi-comuns, isto é, podem ser praticados por qualquer pessoa e contra qualquer pessoa. A análise será feita sob a ótica do sujeito ativo na qualidade de médico.

Homicídio significa matar alguém, isto é, retirar-lhe a vida extra-uterina. A morte ocorre com a cessação da atividade encefálica (art. 3º, Lei nº 9434/97). Quando a morte está relacionada à vida intra-uterina, o crime é de aborto. Lesão corporal ofende a incolumidade pessoal, ou seja, a saúde sob os aspectos físico, fisiológico e mental de uma pessoa. A omissão de socorro traduz uma norma de solidariedade humana porque proíbe deixar de prestar assistência para quem esteja precisando.

O crime de homicídio pode ser praticado de forma livre, por ação ou omissão, por meios diretos ou indiretos, pode ser punido por dolo direto ou eventual, admite tentativa e o motivo interfere na pena, mas não no crime. O mesmo ocorre com relação à lesão corporal.

Em relação à atividade médica, mais interessa o homicídio privilegiado (art. 121, §1º, CP) por motivo de relevante valor moral, que significa matar alguém imbuído de sentimentos de compaixão, misericórdia ou piedade, traduzida, basicamente, pela eutanásia. Na verdade, não precisa necessariamente ter sido acometido por uma afecção dolorosa. Basta a interrupção da vida de um paciente para aliviar um sofrimento, dele mesmo ou da sua

família. No Brasil, portanto, eutanásia é crime, inclusive disposta como exemplo de homicídio privilegiado no item 39, da exposição de motivos da parte especial do CP.

A título de curiosidade, a estrutura da saúde pública tenta respeitar essa determinação legal e prevê manutenção de pacientes em estado vegetativo acobertada pelo SUS. O paciente não sobrevive muito tempo dentro do ambiente hospitalar em razão da exposição a agentes infecciosos. Portanto, o entendimento atual é que, mesmo sem a cobertura do SUS para a manutenção do paciente vegetativo em casa, o Estado e o Município devem arcar solidariamente com os custos.²²

O médico que pratica eutanásia, ainda que haja consentimento da família ou do próprio paciente, vai responder por homicídio doloso privilegiado, ou ainda poderá responder por auxílio a suicídio. Pode estar conjugada a qualificadora do inciso I do §2º do art. 121 do CP, quando o médico é remunerado pela prática da eutanásia. Nesse caso, descabido se faz o pedido de indenização, já que houve o consentimento.

Pode haver homicídio culposo quando o médico age com imprudência, quando praticar uma conduta perigosa, intempestiva, insensata ou imoderada; negligência quando faltar a cautela necessária; e imperícia quando não dominar as técnicas para o exercício da atividade (BITENCOURT, 2002, p. 229). Por exemplo, um clínico que resolve executar uma cirurgia plástica (art. 121, §3º, CP). Ainda pode haver aumento de pena por inobservância de regra técnica (art. 121, §4º, primeira parte, CP). É diferente da imperícia porque, nesse caso, o agente domina a regra, mas deixa de empregar no caso concreto. Em todos os casos há erro profissional e há necessidade de provar o nexo de causalidade.

Outra causa objetiva de aumento de pena, disposta no §4.º, segunda parte é que, sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. Para essa causa não importa se o homicídio é doloso simples, privilegiado ou qualificado. Nem sempre o momento em que o crime é praticado coincide com o momento do resultado. Em razão do princípio disposto no art.4º, CP, considera-se cometido o crime no momento da ação ou omissão, portanto, a majorante será considerada no momento da conduta. Para incidir o aumento, é imprescindível que o agente conheça a idade da vítima, para que seja evitada a responsabilidade penal objetiva.

²² Este entendimento foi retirado da Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais (ABIPEM). <http://www.abipem.org.br/>

Com relação à indenização, para os casos de homicídio, o CC/02 prevê, no artigo, 948²³, pagamento de despesa com o tratamento, funeral e o luto da família, e prestação de alimentos a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

O crime de lesão corporal tem praticamente a mesma construção do homicídio, a diferença é o resultado naturalístico. Haverá lesão corporal quando o médico causar enfermidade no paciente ou agravar enfermidade já existente. O crime estará configurado ainda que a lesão for culposa ou, quando houver dolo, mera tentativa. Lembrando que não é necessário que o paciente sinta dor para configurar o crime.

Sobre o bem da vida afetado pela lesão corporal, a doutrina clássica ou tradicional entende que a incolumidade da pessoa é um bem indisponível. Se corrente fosse adotada, qualquer sutura geraria um fato típico. A doutrina moderna (BITENCOURT, 2002) entende-a como um bem relativamente disponível. Será disponível quando a lesão for leve e não contrariar a moral e os bons costumes, sendo caracterizado excludente de ilicitude o consentimento do ofendido.

Há seis maneiras de se analisar a conduta do médico para os casos em que o profissional não responde pelo crime de lesão corporal²⁴:

1 – Porque **não há tipicidade** (posição de BENTO DE FARIA). 2 – Porque **não há dolo caracterizador do delito** (atipicidade por outro fundamento – o dolo do médico é de curar. É a posição de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO – autor muito adotado nos concursos mineiros). 3 – Porque o médico tem o **consentimento do ofendido** como causa supra legal de exclusão da ilicitude (CEZAR ROBERTO BITENCOURT). A integridade física é bem relativamente disponível. 4 – Porque o médico está amparado na discriminante do **exercício regular de direito**, ou, em caso de urgência, **estado de necessidade** (posição da doutrina clássica). 5 – Porque o médico está amparado pela **teoria da imputação objetiva** (LUIZ FLÁVIO GOMES). Não há criação ou incremento de risco proibido. 6 – Porque o comporta a aplicação da **teoria da tipicidade conglobante** (ZAFFARONI). O comportamento do médico é um ato normativo.

Sanches (2010) chega à conclusão que, nas lesões desportivas, cirurgias transexuais, transplantes de órgãos e cirurgias, para a doutrina tradicional, a conduta é considerada como típica, adequando-se ao art. 129 do CP, porém não é ilícita. Ocorre, porém,

²³ . In verbis: Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

²⁴ Questionamento da segunda fase do concurso de ingresso à Magistratura Estadual da Bahia, 2009. In: SANCHES, Rogério. Direito Penal Especial. Material disponibilizado pelo curso preparatório LFG, Intensivo II.

que, de acordo com a teoria da imputação objetiva, teoria mais moderna, um resultado só pode ser atribuído a um agente quando ele cria um risco proibido, sendo, pois, esta conduta considerada como atípica. Ademais, de acordo com Teoria da Tipicidade Conglobante de ZAFFARONI (2011), não se pode considerar típica uma conduta fomentada ou ordenada pelo direito.

A lesão corporal pode ser de natureza leve, estabelecida por exclusão, de natureza grave, nos moldes do §1º do art. 129, ou de natureza gravíssima, uma construção doutrinária para justificar o aparecimento do §2º. As lesões de natureza grave são: a incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, por exemplo, um bebê machucado pelo médico que não consegue mamar, cuja perícia deve ser feita no 30º dia; perigo de vida, que deve ser concreto e devidamente comprovado por perícia, e deve ter o perigo caráter culposo, sob pena de configurar homicídio tentado; debilidade permanente de membro, sentido ou função, é o caso de perda de órgão duplo; e aceleração do parto, quando o agente não quer nem produziu o risco de provocar um aborto. Nesse último caso, é preciso que o médico tenha consciência da gravidez e que o feto nasça com vida.

As lesões de natureza gravíssima são: a incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; a perda ou inutilização do membro, sentido ou função; deformidade permanente; e aborto. Nesse último caso, o agente age de maneira necessariamente preterdolosa, sabendo que a mulher era gestante, porque se tiver dolo no aborto, responde pelo crime de aborto. Há também a lesão seguida de morte, que é causa de aumento de pena, e a lesão privilegiada, nos mesmos moldes do homicídio privilegiado.

No tocante à indenização em razão de lesão corporal, o CC/02 utiliza um critério mais objetivo, sem considerar a gravidade da lesão. Determina que para a lesão provisória (artigo 949, CC/02) o agente deverá arcar com as despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove ter sofrido.

E, para a permanente (artigo 950, CC/02), total ou parcial, deverá arcar com as despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Se preferir, o prejudicado poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez²⁵.

²⁵ O STF determina na Súmula 490: ‘a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores’.

Um problema com relação ao pagamento da indenização está em uma lacuna na esfera civil, pois o resultado morte não está tutelado a título de indenização. Portanto, é razoável utilizar a analogia e aplicar nesses casos os mesmos moldes indenizatórios estipulados para o homicídio, mesmo porque, o CC/02 não diferencia homicídio doloso e culposo, portanto, tutela apenas o resultado morte.

O crime de aborto é uma forma especial de homicídio porque se relaciona ao nascituro. A respeito do término da vida intra-uterina, todas as teorias são insuficientes. No Brasil existem três: a primeira corrente entende que se torna extra-uterina quando há completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas; para a segunda corrente, desde as dores do parto; e a terceira corrente entende que o parto se inicia com a dilatação do colo do útero. Em tese, tem prevalecido a terceira corrente, mas, por exemplo, há mulheres que precisam fazer cesariana porque não têm dilatação.

Esse crime é uma exceção à teoria monista disposta no art. 29, CP porque pune os dois agentes, por um único fato que representa tipos penais diferentes. A futura mãe responde pelo art. 124, CP e o médico pelo art.126, CP quando provocar o aborto com o consentimento da grávida. O médico também pode responder se fizer o aborto sem o consentimento da mãe (art. 125, CP). Inclusive, em ambos os casos, se a gestação era de gêmeos, o médico responde por dois crimes em concurso formal impróprio.

Não existe aborto culposo porque o CP não faz essa previsão. Isso gera uma circunstância desconfortável no caso de erro médico, na seguinte situação: um médico descuidado que faz uma curetagem, sem saber que a paciente estava grávida, e causa a interrupção da gravidez. Não houve dolo no aborto e não houve lesão corporal. É fato atípico.

Em que pese o profissional não ser punido em razão da ausência de dolo e a falta de conhecimento da gravidez, a paciente poderá pleitear indenização por danos morais, já que esta atitude se enquadra nos moldes da negligência, porque o médico deveria tomar todos os cuidados sobre o estado físico da paciente, antes de executar o procedimento.

Tanto a tipificação do delito, quanto aos pedidos de indenização excluem-se nos casos de aborto necessário (art.128, I, CP) e o aborto humanitário ou ético (art. 128, II, CP)²⁶.

²⁶ In verbis: Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto necessário** I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro** II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Com relação às discussões sobre o aborto eugênico, utilizado no caso de feto anencéfalo, antes da ADPF 54²⁷, julgada em abril de 2012, ficavam direcionadas à tipicidade ou não do crime, e não interferem nas questões de responsabilidade civil, porque normalmente é uma decisão dos pais. Com a confirmação da atipicidade da conduta médica, mais ainda não há que se falar em indenização.

Por último, com relação à omissão de socorro, é típica a conduta omissiva ‘deixar de prestar assistência’. Não é necessário o consentimento da vítima e, no caso do médico, tem o dever normativo de cuidado. Em razão de toda a discussão traçada a respeito do plantonista à distância, em relação à saúde pública, em que pese não seja a corrente majoritária, é mais prudente acatar a corrente encabeçada por Damásio de Jesus²⁸ e admitir a possibilidade de omissão de socorro à distância, quando havia a possibilidade (nesse caso dever) de se deslocar ao local de perigo. Este posicionamento será pormenorizado no capítulo referente.

Além dos crimes impostos pelo CP, é possível ao médico incorrer em vários delitos dispostos na legislação especial. A Lei de Contravenções Penais dispõe em seu artigo 22, ser contravenção receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental, e tem como pena apenas a multa. Também incorre nesta pena a falta de comunicação a respeito da internação e, em prisão, quem deixa de retirar, ou retira ilegalmente, pessoa já internada. Não há ocorrência desse tipo de delito no SUS em razão da extrema burocracia existente. São muitos protocolos e guias de internamento que devem estar presentes, sob pena de o paciente não receber atendimento. Mesmo assim caso ocorra uma situação semelhante, há que se falar em indenização, neste caso, por dano moral.

Os demais crimes da LCP (omissão de comunicação de crime de ação civil pública) e os crimes descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 228, art. 229), são ministrados contra o Estado, e também ficam alheios à relação médico paciente. Por essa razão, não precisam ser analisados.

²⁷

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. - Plenário, 12.04.2012. (<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>)

²⁸ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Vol. III, Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2002.

A lei de drogas (Lei nº 11.343/06) incluiu conduta tipificada como crime de tráfico o ato de prescrever e ministrar drogas sem que delas necessite o paciente, ou fazê-las em doses excessivas, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no art. 33 a modalidade dolosa e no art.38 a modalidade culposa. Normalmente tem-se a falsa impressão de que droga é aquilo conhecido empiricamente como droga. Mas a ANVISA emitiu uma portaria (nº 344) determinando um rol abastado de princípios ativos de substâncias ilícitas, incluindo medicamentos proibidos ou adquiridos de forma ilegal.²⁹ Para caracterizar a indenização deve haver dano efetivo, patrimonial, físico ou moral.

Por último, a Lei de doação de órgãos (Lei nº 9.434/97), capitula os crimes nos artigos 14 a 20, para as condutas:

1. remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições da lei, com a qualificadora de paga promessa ou motivo torpe, e agravante pelo resultado, quando, praticado em pessoa viva causar lesão grave, e em maior escala, se causar lesão gravíssima ou morte.
2. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano ou quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.
3. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos ilegalmente
4. Recolher, transportar, guardar, distribuir ou transplantar partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.
5. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados. E por último, publicar anúncio ou apelo público que configure publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades; apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único; apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Com relação ao transplante ilegal ou ao comércio de órgãos, a lei ainda prevê sanção administrativa de desautorização temporária ou permanente dos estabelecimentos de saúde ou das equipes envolvidas, com a proibição de firmar convênio com o SUS ou receber incentivos do Governo. Determina que todos os transplantes deverão ser relacionados com relatório próprio, arquivados na instituição e enviados ao órgão de gestão estadual do SUS, sob pena de multa. O que, com absoluta certeza, ensejará o pagamento de indenização na esfera civil.

²⁹ <http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>

2.1.3 Nexo Causal na Relação Plantonista Presente e Paciente

Como visto anteriormente, são três as teorias clássicas do nexos causal assimiladas pelo Direito Brasileiro. A teoria da equivalência dos antecedentes causais, desenvolvida pelo alemão Maximilian Von Buri, utilizada pelo direito penal, limitada pela teoria eliminação hipotética (de Thyrén); a teoria da causalidade adequada, desenvolvida pelo alemão Johannes Von Kries, considerando a causa o fator mais apropriado para a produção do dano; e a teoria dos danos diretos e imediatos, também chamada de teoria da interrupção do nexos causal, desenvolvida por Agostinho Alvim, expressa no artigo 403.

Na área médica, algumas circunstâncias não permitem a utilização das teorias tradicionais. Em razão das obrigações se caracterizarem como de meio, ou mesmo a impossibilidade real de vincular a demora no atendimento com o resultado danoso, ou ainda o fato de o organismo ter uma resposta ao desenvolvimento das lesões e sua recuperação, entre outros, circunstâncias peculiares, fica impossível enquadrar o fato na descrição doutrinária. Os aprofundamentos sobre a problemática do nexos de causalidade das teorias tradicionais, quanto ao plantão à distância, serão melhor explorados no próximo capítulo.

De qualquer maneira, pelas dificuldades de aplicação das teorias tradicionais nas relações médicas, ainda que se trate de plantonistas presentes, foram desenvolvidas novas teorias acerca do nexos de causalidade, incorporadas pelo ordenamento brasileiro, em um diálogo que as adaptou para a realidade nacional. Essas teorias deslocam o nexos de causalidade para um momento anterior ao dano, gerando duas etapas na verificação da relação jurídica: primeiro vinculam a circunstância fática ao dano para depois vincular a conduta àquela circunstância, entendendo conduta como a ação humana provocada pelo médico e a circunstância fática como a ocorrência no mundo real que deu ensejo ao dano.

Ainda que existam várias teorias, as analisadas neste trabalho são as mais aplicadas no Brasil, quais sejam, a teoria da perda de uma chance e a teoria *res ipsa loquitur* (as circunstâncias falam por si mesmas). Ambas as teorias foram traduzidas a partir de construções jurisprudências, fato em que é preciso analisar os julgados para entender como elas são aplicadas no Brasil.³⁰

A teoria da perda de uma chance se baseia na possibilidade de indenizar a perda da oportunidade de ter incorrido no resultado mais favorável, dando causa a um prejuízo futuro, isto é, expectativa objetiva e concreta. A vítima deixa de obter uma situação

³⁰ Para este trabalho, as teorias serão apresentadas como elas vêm sendo aplicadas pelos Tribunais Superiores, sem entrar no mérito da avaliação de sua aplicabilidade consonante ao seu formato original.

futura melhor (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 90-91). Essa teoria surgiu no Direito Francês, no século XIX, quando um criador de cavalos vitorioso estava levando seu cavalo premiado para participar de uma competição, e no caminho, ocorreu um acidente e seu cavalo não pôde mais correr, tirando-lhe a chance de vencer mais uma competição.

O dono do animal pleiteou uma indenização por ter-lhe sido tirada a oportunidade de ganhar mais uma corrida. E ganhou a causa. Na França, ela também foi aplicada a erros de diagnóstico e foi denominada 'teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência'. A primeira aplicação desta teoria no direito pátrio foi na caracterização da responsabilidade dos advogados displicentes. O Ministro Aldir Passarinho Junior explica, de forma clara e objetiva, o que é e como se configura tal teoria:

A denominada 'teoria da **perda de uma chance**', de inspiração francesa, empresta suporte jurídico para indenizações em caso de frustração de demandas judiciais devido ao desleixo profissional de advogados lenientes, contanto que estejam configuradas, de modo preciso, a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com os atos desidiosos. À luz da 'teoria da **perda de uma chance**', que elastece os contornos dos lucros cessantes, o atendimento do pleito indenizatório está adstrito não apenas à comprovação de que os serviços advocatícios deixaram de ser prestados segundo parâmetros razoáveis de qualidade, exige também a comprovação de que o autor da demanda efetivamente titularizava os direitos pleiteados e que a repulsa judicial derivou das faltas técnicas atribuídas aos serviços advocatícios.³¹

De acordo com o Ministro, para a caracterização do dever de indenizar pela perda de uma chance, são requisitos: a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com a conduta, isto é, deve estar configurado definitivamente o curso causal hipotético. Perceba que o efetivo dano é incerto, espécie não indenizável pelo direito brasileiro, mas deve-se ter em vista que a indenização é cabível em razão da perda da chance de obter o resultado.

Por essa razão, o nexo de causalidade se desloca para a etapa anterior à ocorrência do dano. A necessidade da real probabilidade do ganho é fundamental para que não haja enriquecimento ilícito. A justiça brasileira é muito coerente ao determinar essa condição:

³¹ Agravo de Instrumento Nº 1.020.536 – DF. DJ 17/09/2008

Contudo, toda a prova dos autos indica situação contrária, ou seja, aponta para o fato de o demandante estar em condições normais de saúde e apto para o desenvolvimento de suas atividades laborais. Assim, comparando-a ao laudo apresentado pelas requeridas, houve, por parte destas, erro na interpretação do resultado dos exames e não nos exames em si. E, diante disso, tendo o autor sido considerado inapto ao trabalho – quando, na verdade, estava apto ao exercício normal de suas atividades laborais -, deixou de ser contratado por uma empresa cuja proposta de trabalho era inequívoca.³²

A aposta em jogo não é investimento de que se possa esperar a garantia de um retorno. Os valores investidos têm uma chance absolutamente reduzida de retornar ao apostador, e a probabilidade de êxito em sorteios dessa monta é absolutamente ínfima, de tal modo que não há falar em direito adquirido, ou mesmo em expectativa de direito. O que é garantido ao apostador é que participe do concurso, nada mais.³³

A evolução das relações humanas possibilitou a aplicação desta teoria na área médica de forma muito salutar. Para ilustrar, um caso grave ocorrido no Hospital Albert Einstein, na cidade de São Paulo, julgado pelo STJ, no Ag. nº 1.088.225, pelo Ministro Massami Uyeda:

[...] In casu, o v. acórdão recorrido, com base em análise ampla e minuciosa dos elementos fático-probatórios dos autos, mormente o laudo pericial, concluiu que o agravante, juntamente com a equipe médica da SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN, incorreram em culpa, na medida em que deram maior importância à realização de exames preliminares do que às medidas efetivas de combate à doença que acometeu a filha dos agravados, sendo que a conduta culposa dos réus causou a morte da paciente. De acordo com a fundamentação do aresto hostilizado, in verbis: "Os médicos podiam se dar conta, desde o primeiro momento, no hospital, que o caso era de infecção grave da paciente. Gravidade que aumentava, aos poucos, na linha dos sintomas que expunham e dos dados que, com clareza, se manifestavam, até o advento das chamadas petéquias, que, finalmente, com tardança, como sugerido no laudo, os levou a se movimentar no rumo da medida que se impunha, a da aplicação de antibióticos contra o mais que presumível ataque de bactéria. E isto com outra não explicada lentidão de mais de hora, a partir de então. No entretanto, ocorreu não aproveitamento de horas, que podiam ter sido de capital importância numa eventual reversão. Reversão que devia e podia ter sido tentada, com medidas de suporte de vida. O que houve foi que se quis comprovar o mal por intermédio dos exames antes das medidas de combate, deixando-se o quadro clínico em posição secundária. Desprezou-se o fato de que, segundo o quadro clínico, mesmo que afastado o diagnóstico de meningite, havia infecção. [...]"

³² Ag nº 903.057 - RS – relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - DJ 31/08/2007.

³³ Ag nº 925.982 – RS – relator Ministro José Delgado DJ 18/09/2007

Nesse caso, se a análise clássica no nexo de causalidade fosse empregada, não haveria responsabilização dos médicos, visto que a demora na entrega dos exames laboratoriais não estava na esfera de suas condutas e a dúvida de diagnóstico não permitia oferecer tratamento correto, inclusive com base no código de ética médica que, em seu artigo 35, determina ser vedado ao médico ‘exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico, ou complicar a terapêutica, ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos’.

Também, no artigo 37, ‘Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento’. Com o raciocínio lógico embasado na norma estariam justificadas as decisões tomadas pelos médicos e a família estaria totalmente desamparada.

Com a utilização da teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, estabeleceu-se o nexo de causalidade com relação à possibilidade do corpo clínico ter agido de forma emergencial, respeitando os princípios da clínica médica (atuar pelo conhecimento e depois analisar exames), aplicando o medicamento. Assim, o nexo passa a ligar a conduta às circunstâncias fáticas e as circunstâncias são conectadas ao resultado danoso. Não tem como certificar que a paciente iria de fato sobreviver à infecção, mas com certeza, a escolha dos médicos contribuiu para o fato danoso.

Ainda assim, existem críticas, como as de Savatier sobre essa nova formação do nexo causal, em razão da discricionariedade do julgador na formação de sua opinião qualificada, abalando a segurança jurídica das decisões. Em suas palavras: “acrobacias intelectuais, porta aberta a todas as arbitrariedades, paraíso dos juízes em dúvida [...]” (apud KFOURI NETO, 2003: 65)

Contudo, essa foi a razão pela qual o Tribunal exigiu os requisitos mínimos para a sua aplicação: a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com a conduta. Apesar de não saber com certeza sobre a eficácia dos tratamentos médicos ou sobre a reação corporal do paciente com a cura, é unânime o entendimento (desde o senso comum até a comunidade científica) de que quanto mais rápido for ministrado o procedimento de cura (medicamentos, atendimento, cirurgia, dentre outros) maior é a chance de sucesso. Sendo assim, a ‘urgência’ no atendimento estaria intrínseca à relação médico paciente. Nesse caso, o requisito da possibilidade real de ganho estaria preenchido.

No caso da perda de uma chance existe a presunção do nexo de causalidade com relação ao dano, porque o vínculo estará na omissão do médico em relação à

possibilidade de sucesso do paciente. Ainda que seja um panorama latente, não existe causalidade direta, apenas uma presunção.

Já a teoria *res ipsa loquitur* nasceu nos Estados Unidos, no ano de 1912, num julgado pelo Supremo Tribunal *San Juan Light & Co. v. Trânsito Requena* (224 E.U. 89): ‘Quando uma coisa que causa prejuízo, sem culpa da pessoa lesada, está sob o controle exclusivo do réu, e que o prejuízo, no decurso normal das coisas, não ocorreria se tivesse o cuidado adequado, ele dá provas razoáveis, na ausência de uma explicação, que o prejuízo tenha surgido a partir da recorrida falta de cuidados.’³⁴

Já em 1947, a teoria evoluiu para determinar a presunção da negligência, mas foi em 1997, que a Suprema Corte Americana a definiu de forma eficiente e estabeleceu seus requisitos, num caso publicado no site Duhaime's Tort & Personal Injury Law Centre, *Naicken versus Cidade de Edmonton*:

A doutrina *res ipsa loquitur* tem seu fundamento no conceito de que o arguido não deve ser capaz de frustrar a legítima pretensão do demandante por meio de seu silêncio ou pelo controle unilateral dos meios que poderiam provar as evidências. Hoje, essa doutrina é geralmente aceita mediante três elementos: 1. Quando a coisa atingida pelo dano estiver sob exclusiva gerência e controle do réu, ou alguém por quem ele é responsável, ou quem ele tenha o direito de controlar; 2. O fato é tal que não poderia ter ocorrido sem negligência. Se essas duas condições forem satisfeitas deduz-se, num balanço de probabilidades, que o requerido, ou a pessoa por quem ele é responsável, deve ter sido negligente (*no texto original é utilizado o vocábulo must que tem a intenção de futuro certo*). Existe, no entanto, mais uma condição negativa; 3. Não deve haver evidência de por que ou como o fato ocorreu. Se houver, a teoria *res ipsa loquitur* se torna inapropriada, pois a negligência deverá ser determinada por tais evidências³⁵.

Inferre-se, portanto, que essa teoria defende a presunção da negligência quando as circunstâncias do fato forem tais que só existe a possibilidade de atribuir a responsabilidade ao suposto causador do dano, nas hipóteses em que for impossível obter prova da culpa. Foi adotada em larga escala no Canadá, e, no Brasil, apareceu em uma recente decisão do STJ, publicada em 17 de março de 2009:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. ACIDENTE FERROVIÁRIO. QUEDA DE PASSAGEIRO. Inteligência do art. 17 do Decreto-Lei 2.681/12, art. 177 do Código Civil/16 ex vi do artigo 2.028/02. A responsabilidade civil do transportador pelos danos causados ao passageiro em acidente de circulação, no dia 09.10.1986, por fato do serviço é presumida (art. 17 do Decreto-Lei 2.681, de 7/12/1912). Resulta evidente

³⁴ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/R/ResIpsaLoquitur.aspx>

³⁵ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/R/ResIpsaLoquitur.aspx>

do próprio fato *res ipsa loquitur*, ante a inexistência de prova excludente da responsabilidade civil, caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva do passageiro. O transportador descumpriu no caso o dever jurídico e legal de levar o passageiro de transporte incólume do passageiro, por permitir a circulação de comboio ferroviário em composição superlotada e com porta aberta, em condições perigosas, proporcionando a queda e morte do passageiro em flagrante violação do dever de segurança. Conversão da reparação dos danos morais por luto dos familiares dependentes. Preliminares rejeitadas. Provimento parcial do segundo recurso. Desprovimento do primeiro” (fl. 75). Inicialmente, cumpre destacar que o tribunal a quo, ao reconhecer o dever de indenizar, constatou a conduta ilícita da Recorrente, e fixou o valor a título de indenização por danos morais, amparado nos elementos de convicção contidos nos autos, como se depreende do seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido: “No caso sub judice, a condição de passageiro da vítima, o evento danoso, o nexo causal e o fato, queda do passageiro da composição ferroviária e sua morte no curso do transporte, encontra-se evidenciada dos elementos dos autos” (fl. 77).³⁶

Em relação à área médica, Miguel Kfoury Neto (2003) determina as três condições para a utilização dessa teoria: que o dano deva ser resultado de um fato que não ocorre ordinariamente se não houver culpa; que o dano deverá ter sido causado diretamente pelo médico ou quem estava sob o seu comando; deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte. E continua:

Tal formulação teórica faz parte do ‘direito de evidência circunstancial’ e se aplica: a) quando não há evidência acerca de como e por que ocorreu o dano; b) acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa; c) recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente (KFOURI NETO, 2003, p. 69-70)

Novamente, a condição de “médico que atendia diretamente o paciente” surge como necessária para a presunção da culpa e determinação da responsabilidade civil. Contudo, é possível ampliar essa interpretação e transportar os outros requisitos, aplicados ao paciente, ao médico plantonista presente.

O primeiro requisito diz respeito a quando a coisa atingida pelo dano estiver sob exclusiva gerência e controle do médico, ou alguém por quem ele é responsável, ou quem ele tenha o direito de controlar. O plantonista presente, geralmente o clínico ou socorrista, não tem habilidade para ultrapassar o primeiro atendimento. Nesse caso, a circunstância fática determina um limite técnico a este profissional, que fica impedido de agir, sob pena de

³⁶ Agravo de Instrumento nº 999926 – RJ - Ministro Vasco Della Giustina (convocado do TJ/RS) – DJ 17/03/2009

responsabilidade. O único sujeito capacitado para tomar alguma providência é o médico especialista. Esta é a razão pela qual se pode concluir que é este profissional quem tem o controle sobre a situação de fato.

O segundo requisito determina que o fato deve ser tal que não poderia ter ocorrido sem negligência. Claro que essas corroborações geram um ambiente muito instável e de carga extremamente subjetiva, contudo, não é possível implicar responsabilidade ao plantonista injustamente. Sobre o terceiro, e último requisito, está na seara da vítima, no sentido de estabelecer circunstâncias que indiquem que o paciente não produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte o dano causado. Significa dizer que o paciente seguiu todas as orientações médicas, respondeu corretamente a todas as ordens de tratamento e não prejudicou sua saúde de forma proposital.

Os três requisitos adicionados por Kfoury indicam um posicionamento mais específico sobre a composição da teoria: a) quando não há evidência acerca de como e por que ocorreu o dano; b) acredita-se que não teria ocorrido se não houvesse culpa; c) recai sobre o médico que estava atendendo pessoalmente o paciente. Neste momento, o jurista limita a utilização da teoria para o plantonista presente e, ainda, determina uma relação instável de determinação subjetiva da culpa, já que esta surgirá a partir de uma construção lógica circunstancial.

O primeiro ponto, a não existência de evidências acerca de como ocorreu o dano, torna a aplicação desta teoria quase impossível, já que, para responsabilizar o médico é preciso que haja determinação de erro, a partir de uma circunstância previsível e evitável. Assim, a evidência de como ocorreu o dano sempre existe, o que não existe é a certeza do agente. Mesmo porque, caso não exista a evidência do motivo de ocorrência do dano, não existe responsabilidade porque o fato se torna inevitável ou imprevisível.

Compondo o mesmo raciocínio, retomando os elementos da responsabilidade, a conduta é fundamental para a ocorrência da responsabilidade, e se não houve conduta, não há que se falar em responsabilidade. Assim, deve existir evidência de como ocorreu o dano, de forma a indicar possíveis culpados. Neste momento entra em voga o segundo requisito, de que o dano não teria ocorrido se não houvesse culpa, presumindo-se esta, a partir da conduta do possível agente.

O discurso do próximo capítulo será sobre o plantão à distância e, por isso, desde já é preciso estabelecer que o terceiro requisito, que limita a responsabilidade ao plantonista presente, desvirtua a relação de atendimento experimentada pela prestação de serviço de saúde pública, pelo terceiro setor. Nesse sentido, ambas as teorias terão de ser

adaptadas para serem aplicadas a essa relação de causalidade, com o intuito de tentar responsabilizar o verdadeiro culpado pelo dano.

2.1.4 Culpa: Responsabilidade Médica Subjetiva

A responsabilidade jurídica médica pode ser civil, penal e administrativa. Só a título de curiosidade, existe uma corrente totalmente contrária a qualquer responsabilização do médico, por ser a medicina ‘um mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, ao qual só pode aproveitar essa condição’ (ROJAS, 1961) e entre as razões apresentadas alegam: o diploma médico é uma prova incontestada de competência; o temor às punições levaria a um entrave no progresso científico; os tribunais não teriam capacidade científica para julgar o médico e a Medicina não é uma ciência exata, varia em seus aspectos pessoais e circunstanciais (FRANÇA, 194: 236).

Regra geral, considera-se possível e devida a responsabilização médica por atos ilícitos causadores de danos³⁷. Como foi visto até o presente momento, para a constituição da responsabilidade médica é necessário que o ato seja voluntário, haja violação de direito, cause dano, exista nexo de causalidade e culpa. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo os elementos são: “ofensa a uma norma preexistente, a existência de um dano, a imputabilidade e o nexo causal” (RIZZARDO, 2008: 570).

Na esfera cível, após o advento do código de 2002, surgiu uma discussão considerável a respeito da subjetividade ou da objetividade da culpa, com relação à prática médica. A regra geral estabelecida pelo *caput* do artigo 927 é a responsabilidade subjetiva. Contudo, o parágrafo único inseriu uma cláusula geral de direito determinando que, excepcionalmente, a culpa poderá ser dispensada quando estiver expresso em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Em sendo cláusula geral, poderia ser aplicada a qualquer atividade que cause risco de dano por sua natureza, inclusive a atividade médica, já que esta possui em sua natureza o risco.

³⁷ É importante salientar que, para esta pesquisa, considera-se ato ilícito toda conduta humana que contrarie a norma, sendo considerada norma todo preceito submetido à estrutura Constitucional brasileira. Assim, a competência do CFM para emitir resoluções foi atribuída pela normativa do SUS, que é proveniente da Constituição Federal, e, por consequência, seguindo o raciocínio exposto anteriormente, gera violação normativa todas as vezes que uma determinação por meio de resoluções não é respeitada. Por essa razão, serão considerados atos ilícitos inclusive as violações ao Código de Ética Médica e as normas ministeriais, além das considerações tradicionais sobre os atos ilícitos.

Poucos são os que consideram a responsabilização objetiva do médico enquadrada na “atividade, que por sua natureza, implique riscos para o direito de outrem”. Se fosse essa a consideração, toda vez que se discutisse a responsabilidade médica, seria objetiva, já que o médico trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, justamente pela sua finalidade terapêutica ou curativa. A medicina é sedimentada no trato com o corpo humano. As reações do corpo de cada indivíduo podem ser previsíveis, mas nunca encerram certeza absoluta.

As críticas doutrinárias à responsabilidade objetiva englobam a relação médico paciente e a estrutura hospitalar, a exemplo dos franceses Chammard-Monzien, Savatier e Mémeteau-Mélenec:

é deveras perigoso adotar a responsabilidade sem culpa no âmbito médico, posto que se estaria fomentando a despersonalização num campo tão estritamente pessoal como os da relação médico-paciente, que nenhuma semelhança possui com o ato de se conduzir um automóvel por uma rua. Isso faria com que se equiparasse o médico estudioso, atento e diligente, com o profissional descuidado, que nunca mais abriu um livro de medicina desde sua formatura (apud KFOURI NETO, 2003, p. 35-36).

Genival Veloso de França:

O certo é que num hospital onde entram dezenas de doentes haverá sempre o risco, apesar de todos os cuidados empregados em qualquer intervenção cirúrgica, por mais simples e trivial que ela seja. Seria injusto, pois, culpar a instituição ou o médico por um acidente inevitável. [...] pela simples razão de um médico ter um diploma, não se exime de seu estado de falibilidade. Por outro lado, a lei não entrava o progresso de nenhuma ciência; ao contrário, ela ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da medicina é a irresponsabilidade médica [...] embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de afastarem os erros considerados evitáveis (FRANÇA, 1994, p. 236-237).

Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, lembra que a responsabilidade civil do médico está expressamente disposta no artigo 951 do CC/02, e, citando Teresa Ancona Lopez, conclui:

[...] o Direito Civil Pátrio abraçou totalmente a teoria da culpa no que diz respeito à responsabilidade médica. Sendo assim, terá a vítima do dano de provar a imprudência, negligência e imperícia do profissional para ser plenamente ressarcida (apud STOCO, 2004, p. 539).

Em que pese não tenha sido mencionado no texto de LOPEZ, deve ser considerado para a atribuição de dever de indenizar, além da culpa por meio das três modalidades, o dolo, pois, como visto anteriormente, no Direito Civil pátrio também está localizado no instituto da culpa.

A responsabilidade civil referente ao profissional da medicina deve ser considerada subjetiva por algumas razões: a) a responsabilidade objetiva disposta pelo CC/02 é de caráter excepcional; b) a responsabilidade subjetiva do médico está disposta no artigo 951, do CC/02, reforçando a regra geral; c) pela falta de conhecimento técnico-científico do magistrado para identificar quais os casos que deveriam ser responsabilizados, evitando graves injustiças; d) o Código de Defesa do Consumidor determina a responsabilidade subjetiva.

Argumenta-se que as graves dificuldades encontradas pelo lesado, para obter a prova do nexu causal e, até, da autoria do dano, justificam a opção pela responsabilidade objetiva. Doutro lado, a proliferação dos grandes hospitais, onde convivem inúmeros enfermos ou médicos, e a utilização sempre crescente de equipamentos sofisticados na atividade curativa, contribuíram para despersonalizar a atividade médico-paciente, na vida moderna. Haveria, pois, uma evolução, iniciando-se pela teoria subjetiva, passando pela teoria do risco (exacerbação da teoria objetivista), até se estabelecer, em definitivo, a responsabilidade objetiva (KFOURI NETO, 2003, p. 35).

Dentro desta perspectiva, caso a obrigação médica fosse considerada de responsabilidade objetiva, haveria um retrocesso ao Código de Hamurabi. O trato com a atividade médica perderia as características de humanidade, e deixar-se-ia de considerar que se tratam de respostas humanas, para problemas humanos, muitas vezes sem padrões definidos ou a lógica certa de outras atividades como engenharia e matemática.

Portanto, com relação ao médico, deve ser considerada apenas a responsabilidade subjetiva, com inclusão das novas teorias na interpretação do conceito de culpa, com prudente apoio a uma teoria intermediária. Estas teorias estão calcadas na presunção da culpa. Por hora, a jurisprudência do STJ é unânime em exigir a existência da culpa para caracterizar a responsabilidade do médico:

[...] Na realidade, não se olvida que a relação entre médico e paciente é obrigação de meio, e não de resultado. Em razão disso, para a caracterização da responsabilidade civil do médico por danos decorrentes de sua conduta profissional, imprescindível se apresenta a demonstração do nexu de causalidade, bem como de culpa, sendo descabido presumir esta última à guisa de responsabilidade objetiva (ut REsp 1.078.057/MG, relator Ministro

João Otávio de Noronha, DJe de 26.2.2009). Confira-se, ainda: REsp 196.306/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 3.8.2004.[...] ³⁸

Ainda existem equívocos com relação aos conceitos de cada uma das modalidades de responsabilidades, tanto que o ministro Noronha indica como sinônimas a responsabilidade objetiva e a presunção de culpa. É preciso esclarecer que na responsabilidade objetiva não há sequer consideração da culpa. A culpa deixa de ser considerada como requisito indispensável na configuração do dever de indenizar. A presunção de culpa é, na verdade, uma nova interpretação da responsabilidade subjetiva, a qual será melhor explorada quando tratar dos elementos da responsabilidade civil para o plantonista à distância.

Em que pese a maioria dos doutrinadores indicarem, como fez França, a necessidade da interpretação tradicional de culpa, as novas tendências do direito coletivo, unidas à teoria da efetividade jurisdicional, permitem a criação de novas estruturas para a melhor aplicabilidade da norma, ainda que em caráter excepcional.

³⁸ Ag Nº 1.088.225 – SP; Relator : Ministro Massami Uyeda; DJ 13/08/2009

CAPÍTULO III

PROBLEMAS NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PLANTONISTA À DISTÂNCIA: CONDUTA, DANO, NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA.

Introdução

O contexto descrito até o presente momento indica uma relação jurídica razoavelmente estável entre o plantonista presente e o paciente. As condutas típicas estão pré-definidas pelo ordenamento jurídico e as teorias do nexo causal vêm sendo aprimoradas para melhor atender a demanda casuística e as modificações tanto no Código de Ética Médica, como no Código Civil, visando beneficiar a vítima e buscaram melhor reparação. A aplicação das teorias ao instituto da responsabilidade médica está pautada na subjetividade da relação, ou seja, a presença obrigatória do elemento culpa, ainda que esta seja presumida.

Estabelecidas essas premissas a respeito da responsabilidade médica, além das inconsistências normativas já apresentadas, a problemática passa a girar em torno de uma situação pouco explorada pela doutrina civilista: a existência de mais de um agente na mesma circunstância fática, isto é, a segunda categoria de médicos que atua no atendimento, leia-se o plantonista à distância.

Como foi possível perceber, a estrutura de estudos formada sob a percepção da responsabilidade civil do médico não considera essa relação e indica os requisitos como se somente um profissional fosse responsável pelo atendimento do paciente. Nesse sentido, a comunidade jurídica, principalmente os Tribunais Superiores, articulou a jurisprudência para criar novas teorias que deslocam o nexo de causalidade para um momento anterior na relação jurídica, contudo, ainda continuam prestigiando apenas a relação médico presente-paciente.

Independente de qual tipo de atendimento, a determinação é, no caso de haver necessidade, o plantonista presente, ou um membro da equipe, acionar o médico assistente, informar a gravidade do caso e a urgência do atendimento e anotar os horários do comunicado no prontuário do paciente (artigo 3º, Res. nº 1834/08). Como já visto, o Conselho determina que esse médico, quando acionado, estará obrigado a se deslocar até o hospital para prestar atendimento presencial.

O paciente internado em nome do plantonista presente é de sua responsabilidade integral, não importando em qual setor aquele esteja, sendo necessária a comprovação pela vítima da conduta, do dano, do nexo de causalidade e da culpa, no caso de

erro médico, para aferir indenização. No caso do plantão à distância, o médico que deu o primeiro atendimento fica totalmente responsável pelo paciente até a chegada do outro médico.

Caso o médico plantonista interne o paciente, sem concordância prévia ou autorização do médico assistente, assume toda e qualquer responsabilidade pelo que vier a ocorrer em decorrência da internação. Se o paciente em espera vier a ter complicações e o plantonista presente não puder se dirigir até ele em razão de outro atendimento, poderá, em tese, haver responsabilização deste médico por eventuais danos causados, ou ainda, se este profissional tiver atuado da melhor forma possível, não haverá atribuição de responsabilidade a ninguém. Isso porque, a relação com o hospital é praticamente verbal, não existe contrato entre o paciente e o médico, e o nexo de causalidade resta prejudicado.

A conduta médica, como manifestação humana voluntária (ato), torna-se extremamente importante para o estudo da responsabilidade quando provocado o dano. Nesse sentido, pressupõe-se para este capítulo a presença do dano na relação jurídica. Essa é a razão pela qual apenas a conduta será explicitada de forma a compreender as circunstâncias fáticas que deveriam levar o plantonista em sobreaviso a ser responsabilizado.

É preciso recordar que o dano não sobrepõe simplesmente pelo fato de não ter havido resultado satisfatório. Deve haver previsibilidade de ato, sendo o dano evitável, porque, regra geral, a atividade médica tem natureza de obrigação de meio, para a qual não existe obrigatoriedade de um resultado totalmente favorável.

Além disso, este ato deve ser considerado ilícito, ou seja, ação ou omissão voluntária, do médico, que possa ser prevista e evitada por este profissional, descartando a técnica e a ciência amplamente conhecida e aceita pela comunidade médica e a falta de zelo na execução, caracterizada por imprudência ou negligência, desde que cause dano a alguém. Portanto, a conduta, para a caracterização do erro médico, inclui a ação ou omissão voluntária, o que caracteriza uma conduta dolosa, ou negligência, imprudência ou imperícia, o que caracteriza uma conduta culposa.

Nos capítulos anteriores, a conduta foi considerada de forma tradicional, estruturada de acordo com a relação jurídica entre o clínico (plantonista presente) e o paciente, sendo relacionada civil e penalmente às consequências jurídicas, a exemplo da ausência de consentimento informado, na qual poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no dever de informar, ainda que não se possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal (KFOURI NETO, 2003, p. 39); a falta de zelo na

execução dos procedimentos; a utilização de especialidade para a qual não possui competência técnica; entre outros.

No caso do plantão à distância, a análise deve ser iniciada pela ausência do profissional no momento do atendimento, isto é, o médico deveria estar presente e não compareceu, porque em todos os outros casos, comportar-se-á como se plantonista presente fosse. Assim, é preciso entender primordialmente qual é a natureza jurídica desta “não-ação”. Para isso, é necessário compreender se deve se tratar de omissão, ou seja, havia um dever jurídico de agir e uma ação possível, circunstância a qual não foi atendida, e se isso pode ser enquadrado no sistema jurídico desta maneira.

Parte-se de algumas circunstâncias problemáticas na relação entre plantonista presente, o clínico, e os plantonistas à distância: 1. Os médicos obrigados a estarem no local do plantão e não estão (pediatra, cirurgião geral e ortopedista); 2. O médico de sobreaviso que chega tarde, com justificativa e sem justificativa; 3. O médico de sobreaviso que não vem, com justificativa e sem justificativa; 4. O médico de sobreaviso que delega o atendimento a outro colega do grupo de trabalho, e este não comparece. Para entender se é omissão, é preciso analisar o instituto.

No Código Civil de 2002, a omissão é tratada como a ausência de ação, independentemente de dolo ou culpa, cuja relevância só tem sentido quando provocar um dano. “Omissão dolosa” aparece no trato com os negócios jurídicos, no caso da informação do negócio ser suprimida no sentido de prejudicar. Tanto o Código, quanto a doutrina civilista não trabalha de forma minuciosa com o instituto da omissão, principalmente porque o Direito das Obrigações, do qual o instituto da Responsabilidade Civil é decorrência lógica, trabalha especialmente com deveres impostos por uma relação jurídica que geram uma prestação, ou seja, uma ação (ainda que considerada a obrigação de não fazer).

De forma resumida, a obrigação sempre envolve pelo menos duas pessoas, que estabelecem um vínculo jurídico de dever/agir, em termos mais técnicos, corresponde ao direito de exigir a coisa ou o crédito cujo vínculo se constitui no poder que a lei outorga ao credor em reclamar o cumprimento da obrigação (RIZZARDO, 2008). Sujeito ativo é aquele que tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação, esta imposta pela norma jurídica ou pactuada, trata-se do beneficiário da prestação. Sujeito passivo é aquele que assumiu o encargo de cumprir determinado ato, ou se encontra numa posição de obrigatoriedade perante a lei, ou que praticou um ato nocivo e prejudicial a outrem (RIZZARDO, 2008, p. 37). O conteúdo se resume à prestação.

Nessa perspectiva, ao colocar os personagens da relação jurídica ora estudada, já começam a ser delineados os problemas apresentados. A obrigação é de atendimento, assumida pelo hospital e pelo Estado, ambos em comunhão de ações, já que se trata de um instrumento de convênio para operacionalizar a prestação de serviço de saúde pública no terceiro setor. Ambas as partes, em regra, possuem vontades afins. Sendo assim, estes se tornam os sujeitos passivos da obrigação. O sujeito ativo será o paciente, que poderá exigir o cumprimento da obrigação a qualquer momento, de acordo com as determinações constitucionais.

Dentro dessa relação dinâmica, está, como continuação obrigatória do braço do Estado, o plantonista clínico, que atua presencialmente no atendimento e assumiu a obrigação de dar o plantão do dia. O plantonista à distância somente começará a fazer parte dessa relação quando chegar ao local do atendimento, segundo a interpretação sistemática da norma, que, apesar de exigir a presença a partir da convocação, só atribui responsabilidade a partir do momento em que tiver contato direto com o paciente.

Rizzardo (2008, p. 39) inclui mais um elemento gerador de problemas para essa relação: “em princípio, não existe cerceamentos ou limitações quanto às obrigações que podem ser estabelecidas e exigidas, *desde que contratadas e decorrentes do ordenamento jurídico.*” Tanto a circunstância quanto o ordenamento jurídico impõem o dever ao hospital, como conveniado do Estado. O vínculo obrigacional está diretamente ligado ao hospital e não ao plantonista, pois constitui o devedor na necessidade de efetuar uma prestação, a que pode ser compelido coativamente (MOREIRA, 1911, p. 18).

Até chegar ao local, o médico em plantão à distância não pode ser compelido a cumprir a obrigação³⁹. Assim, não tem dever jurídico, nem obrigação de prestar o atendimento, nem está em estado de sujeição, porque é o próprio hospital que figura nesta condição. Essa é a razão pela qual, na tentativa de adequar as circunstâncias fáticas ao ordenamento jurídico em matéria civilista, é preciso analisar com bastante atenção a estrutura da omissão delineada pelo Direito Penal e, com isso, comparar a norma civilista e estabelecer um paralelo eficaz.

³⁹ Algumas distinções conceituais são necessárias neste momento. Obrigação é diferente de dever jurídico, que é diferente de estado de sujeição. Dever jurídico é o comando imposto, a todas as pessoas, para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica (DINIZ: 2008, p. 25). No estado de sujeição uma pessoa não terá nenhum dever de conduta devendo sujeitar-se, mesmo contra a sua vontade, a que sua esfera jurídica seja constituída, modificada ou extinta pela simples vontade de outrem, ou melhor, do titular do direito potestativo (VARELA: 1977, p.55). Na obrigação, existe o dever jurídico de prestar e o direito de receber a prestação, com base em um vínculo jurídico determinado por norma ou por contrato.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA: OMISSÃO, CAUSALIDADE, DANO E CULPA

3.1.1 A Escala de Plantões e a Responsabilidade Contratual

Para identificar a natureza jurídica da responsabilidade atribuída ao plantonista à distância, é preciso analisar qual é o tipo de vínculo estabelecido entre este e o hospital para o qual presta serviços. A princípio, a escala é um documento administrativo interno do hospital, que organiza o grupo de trabalho. Na maioria das consultas feitas ao Conselho Federal de Medicina e aos Conselhos Regionais, as respostas vieram no sentido de considerar a confecção da escala, a organização dos plantões e a possibilidade de delegação deste plantão para outro colega, como atos administrativos internos de competência do Diretor Clínico. Contudo, é preciso compreender qual o papel que este instrumento administrativo organizacional exerce no âmbito jurídico.

Em primeiro plano, aparece como a materialização documentada da manifestação de vontade entre o prestador de serviço e o hospital, criando um vínculo obrigacional. Mais especificamente, a livre disposição exteriorizada com a intenção de conjugar os sentidos para estabelecer um negócio determinado. Em regra, a declaração de vontade não depende de forma especial (artigo 107, CC), desde que se manifeste e seja provada, nascem obrigações e direitos para os indivíduos que a emitem (RIZZARDO, 2009).

Assim, a escala serve como comprovação da livre manifestação de vontades para a prestação dos serviços de atendimento médico em regime de plantão à distância. Sem entrar no mérito da natureza desta relação jurídica, regra geral, trata-se de um vínculo civil, levando em consideração a condição de autônomo do plantonista. Apesar de, no caso dos hospitais filantrópicos, não existir propriamente um contrato escrito, com as especificações do serviço prestado, é amplamente difundida na jurisprudência a possibilidade da existência de contrato verbal, em matéria cível. Nas palavras de Rizzardo (2009, p. 614), o contrato de prestação de serviços é de forma livre, o que importa em afirmar admissibilidade tanto pela celebração escrita, quanto pela verbal, o que sucede na maioria dos casos.

Portanto, em que pese a não existência do contrato escrito, a escala prova a existência de um contrato verbal, de natureza civil, cujo conteúdo é a prestação de serviço de atendimento médico especializado, em regime de sobreaviso, cujas regras de execução se encontram no regimento interno do hospital, nas resoluções dos Conselhos Federal e Regional, entre elas, o Código de Ética Médica e as regras do plantão à distância. Essas

normas infralegais estão sedimentadas em normas nacionais, com base nas determinações Constitucionais relacionadas à saúde pública brasileira.

Além disso, de acordo com o artigo 593, do CC, a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições do capítulo VII, deste código, que trata justamente da prestação de serviço. Todo tipo de serviço, não importando sua natureza, pode ser objeto da prestação, seja na ordem material ou imaterial, braçal ou intelectual, doméstico ou profissional (RIZZARDO, 2009, p.612). A conclusão a que se chega é que esta relação jurídica deve ser tratada nos moldes das relações obrigacionais contratuais, sujeitas às regras de responsabilidade civil, neste caso, contratual, quando se tratar do vínculo entre o médico e o hospital na atribuição da responsabilidade pela omissão (a responsabilidade por omissão será discutida no próximo tópico).

No outro polo da relação jurídica está o lesado. Em regra, a atividade médica pressupõe natureza contratual entre o profissional e o paciente, conquanto as partes acordam a forma de prestação, o pagamento, estabelecendo os direitos e obrigações. A partir da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em razão do artigo 3º, §2º, a relação médica tornou-se ainda uma relação de consumo. Essas duas realidades não podem ser aplicadas à relação médico-paciente no terceiro setor, quanto se tratar de prestação de serviço por meio do sistema único de saúde, porque, um dos pressupostos para a efetividade dessa relação contratual e de consumo é a remuneração, e o paciente não remunera, nem pode remunerar, o profissional que faz o seu atendimento. Além disso, não possui vínculo, pois será atendido pelo médico que estiver de plantão e não pelo “seu” médico.

Essa é a razão pela qual a responsabilidade do plantonista (neste caso, tanto o presente quanto o plantonista em sobreaviso) deve ser considerada extracontratual, no sentido de existir a necessidade de um ato ilícito imediatamente anterior para sua configuração, porque, para caracterizar a responsabilidade contratual, seria necessária a remuneração do serviço pelo paciente.

Portanto, tem-se na relação do plantonista um vínculo com o hospital, por meio de um contrato verbal de prestação de serviço, de natureza cível, sem relação de subordinação, provado pela existência da escala fixada no próprio ambiente de trabalho, gerando responsabilidade contratual em caso de dano do médico ao hospital ou vice-versa e possibilitando a caracterização da omissão; e um curto vínculo momentâneo com relação ao paciente, estritamente durante o atendimento, sem remuneração, sem vínculo e sem contrato, o que gera responsabilidade aquiliana no caso de dano.

Mesmo assim, faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre essa questão em razão das consequências que cada uma das interpretações pode gerar no sistema. Quando a prestação de serviço público é caracterizada, existem regras específicas de contratação, as quais não podem ser violadas, sob pena de ofensa à Democracia. Quando o tema é convênio, também existe lei específica regulamentando. Portanto, o tema “natureza jurídica da escala de plantões” merece um estudo específico. Por hora, considerar-se-á a escala como um contrato verbal de prestação de serviços, de natureza cível.

3.1.2 Conduta Omissiva e Relação de Causalidade

Para o Direito Penal, os elementos da conduta, em resumo, são a vontade, a finalidade, a exteriorização e a consciência. A vontade, porque sem vontade não há manifestação juridicamente relevante; a finalidade, porque só são relevantes para o Direito Penal as circunstâncias para as quais o agente contribuiu de forma a buscar o resultado jurídico (naturalístico, na maioria das vezes); a exteriorização, porque não se pode punir o pensamento do agente; e a consciência, porque ele conhecia ou deveria conhecer o possível resultado. A conduta pode ser expressa pela ação ou omissão, e esta última está diretamente ligada à infração de normas imperativas⁴⁰.

Existem duas teorias que tratam da omissão, em âmbito penal: teoria naturalística, que considera a omissão por si só como fator modificador do mundo exterior, ou seja, criadora de fato jurídico; e a normativa, que indica a omissão como um nada jurídico, passando a ter relevância a partir do momento que ofende a norma e pode causar um resultado desfavorável ao bem jurídico protegido⁴¹. O Código Penal divide os crimes omissivos em próprios e impróprios. Os crimes omissivos próprios estão tipificados e o simples descumprimento da imposição normativa permite a aplicação da pena, independente do resultado naturalístico desfavorável. É o caso da omissão de socorro, por exemplo.

Já os crimes omissivos impróprios, estrutura que interessa a este estudo, são compostos de forma genérica e tornam-se crimes de resultado, por isso, também chamados de comissivos por omissão. O dever jurídico de agir surge para evitar um resultado concreto, assim, o agente tem a obrigação de agir para evitar o dano (BITENCOURT, 2002, p. 171). A

⁴⁰ Normas imperativas são aquelas relacionadas à determinação de um comportamento positivo do agente, qual seja, o dever de agir. Em contraposição a essas normas, as normas proibitivas impõem um comportamento de não fazer. Sendo assim, por construção lógica, a omissão está relacionada a um dever jurídico de fazer que não foi cumprido.

⁴¹ O Código Penal adota a teoria normativa e, por uma questão de segurança jurídica, faz-se mais prudente adotá-la para este estudo.

norma de dever de segundo grau (MONREAL, 1984, p.139) é imposta a um número restrito de sujeitos, no Brasil, determinado pelo artigo 13, §2º, do Código Penal:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Quanto ao primeiro requisito, a expressão *por lei*, deve ser entendida de forma ampliativa, no sentido de considerar lei *lato sensu*, ou seja, qualquer norma impositiva, caso contrário, todos os dispositivos determinantes de comportamentos profissionais determinados por atos jurídicos diferentes de lei, não teriam validade. O inciso terceiro (representado pela letra 'c'), indica uma omissão consequência de uma ação que criou o risco proibido. Esses dois casos não se relacionam com o plantonista à distância pelo fato de, como já foi visto, não haver uma norma imperativa, ainda que em âmbito administrativo, que obrigue o seu comparecimento ao plantão, mesmo porque, existe a possibilidade de delegação da atividade. Em outro polo, esse agente também não contribuiu com a criação do risco.

Nesse sentido, interessa a análise do agente que, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Em primeira análise afirmava-se a necessidade de um dever contratual para a caracterização desta modalidade de omissão, contudo, seguindo o posicionamento de Bitencourt (2002, p. 174), o contrato não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidade, sendo relevante a omissão do sujeito que se coloca voluntariamente na condição de garantidor. Esse é o caso do plantonista em sobre aviso que autorizou a colocação do seu nome na escala de plantão. Portanto, este médico se dispôs voluntariamente a preencher a vaga de plantonista daquela especialidade e ter o dever jurídico, de segundo grau, de comparecer ao plantão assim que for requisitado.

O problema maior dessa relação surge imediatamente na avaliação dos pressupostos fundamentais da omissão imprópria: poder de agir, a evitabilidade do resultado e o dever de impedir o resultado. O poder agir é um pressuposto básico de todo comportamento humano, ou seja, é a soma do dever de agir e da possibilidade física de agir. A omissão só poderá começar a ser analisada se esse pressuposto for preenchido.

Ainda que o omitente tenha a possibilidade de agir, deve haver um juízo hipotético de acréscimo para verificar se a realização da conduta devida impediria o resultado, considerando a sua omissão causa desse resultado (BITENCOURT, 2002, p. 173). E essa

verificação é imprescindível sob pena de estabelecer-se responsabilidade objetiva desse profissional, fator já descartado no capítulo anterior.

O terceiro pressuposto é a exigência de que o sujeito figure como garantidor no caso concreto, de acordo com o raciocínio jurídico, já que a norma exposta pelo preceito do artigo 13, §2º, b, do Código Penal, não elenca quais são especificamente tais agentes. Assim, é preciso considerar que o plantonista em sobreaviso assumiu voluntariamente o dever de estar presente, caso seja solicitado, para o atendimento em hospital do terceiro setor prestador de serviço de saúde pública. Em que pese esta construção lógico-jurídica, esse tipo de omissão somente terá relevância caso haja um resultado naturalístico desfavorável, que só é possível atribuir a esse profissional com uma análise pormenorizada da relação de causalidade, sob pena de figurar responsabilidade objetiva.

Assim, ações e omissões, apesar de parecerem duas oposições para uma mesma circunstância, de tal forma que quase tudo que se aplique a uma ação deve poder ser aplicado à omissão correspondente, importam em situações para as quais devem ser aplicadas apenas às omissões, em razão de seu caráter negativo. O ideal seria encontrar uma teoria que explicasse ambas de maneira uniforme, o porquê da assimetria, usando em sua explicação apenas o caráter negativo das omissões (PINHEIRO, 2006).

De acordo com Pinheiro⁴² (2006), há três propriedades principais que pertencem essencialmente tanto a ações quanto a omissões: a intencionalidade, a liberdade e a causalidade. O autor diferencia intenção de intencionalidade. Para o ambiente jurídico, intenção corresponde ao dolo e intencionalidade corresponde à culpa ou dolo, conquanto a intenção componha a intencionalidade. A liberdade indica a possibilidade de agir, apartando as circunstâncias excludentes de culpabilidade que ofendam a liberdade. A terceira é a relação de causalidade, explorada no item seguinte.

Para esta pesquisa, devem ser consideradas as ações e omissão pelas quais o sujeito possa a ser juridicamente responsável e, por essa razão, é preciso adequar as circunstâncias do plantão à distância ao ordenamento jurídico. Aqui, não importa responsabilidade moral do agente. Além disso, como as duas primeiras causas estão presentes tanto na ação quanto na omissão, sobra a causalidade como possível fonte de diferença entre elas.

A doutrina tradicional, no estudo da omissão, partiu de pressupostos estabelecidos pela filosofia, no sentido de perceber as nuances da omissão em relação à ação

⁴² Este autor considera a ação e a omissão equivalentes na sua construção lógico-filosófica.

para que fosse possível determinar sua culpabilidade. A primeira corrente, traduzida majoritariamente por Chappell⁴³ (2002, p. 214-215), sugere que pode haver graus de responsabilidade conectados a graus de autoria, determinados pela presença de todas ou de apenas uma das propriedades mencionadas acima, tanto na ação quanto na omissão.

Esse estudo partiu das questões cruciais propostas por Joseph Boyle, quem estabeleceu duas distinções sobre ação e omissão: *the action/omission distinction (AOD)* e *the principle of double effect (PDE)*.⁴⁴ O primeiro indica que “somos menos responsáveis ou culpáveis por nossas omissões (e possivelmente nada responsáveis ou culpáveis) do que por nossas ações”, e o segundo, “somos menos responsáveis ou culpáveis (e possivelmente nada responsáveis ou culpáveis) por nossas ações sob sua descrição em que as fazemos conscientemente, mas não intencionalmente, do que por nossas ações sob sua descrição em que as fazemos conscientemente, mas intencionalmente.”⁴⁵

Determina essas duas premissas para explicar porque existem os graus, já que é da natureza humana julgar as atitudes e as banalidades a partir de um conjunto de valores, diferentes para cada grupo, sendo que passam a figurar como medidores das ações proferidas no grupo (actionhood).⁴⁶ A construção dessa teoria transforma a penalização da omissão em um arcabouço lógico-dedutivo que utiliza como ponto de partida um conjunto de valores pré-estabelecidos. No caso do Brasil, essa teoria não pode ser aplicada desta forma em razão da pré- formação de uma estrutura que aceita o conjunto de valores prescritos e impostos pelo Estado, sendo que um de seus primórdios é baseado no princípio da legalidade.

Ainda assim, é preciso considerar a composição distinta entre ação e omissão, proposta por Chappell (2002), para conseguir estabelecer um vínculo de causalidade na ausência do médico e o dano. Propõe, em primeiro plano que ações e omissões são diferentes em sua descrição: enquanto as ações podem ser descritas como a realização de relações causais genuínas entre um agente e o resultado de suas ações, as omissões relacionam-se com seus resultados de maneira, ao mesmo tempo, intencional e não causal. Nesse sentido, as consequências das omissões seriam abstratas e vagas, enquanto as

⁴³ Este autor considera a ação e a omissão distintas em sua construção lógico-filosófica.

⁴⁴ Tradução: a distinção entre ação e omissão; o princípio do duplo efeito.

⁴⁵ Originalmente: AOE: *Ceteris Paribus*, we are less responsible or culpable for our omission (and possibly not responsible or culpable at all) than for our action; PDE: *Ceteris Paribus*, we are less responsible or culpable (and possibly not responsible or culpable at all) for our actions under those description under which we do them knowingly but do not intend them, than for our actions under those description under which we do them knowingly but do intend them (CHAPPELL, 2011, p. 113).

⁴⁶ O texto completo com todas as explicações a respeito desta teoria pode ser encontrado em: CHAPPELL, Timothy. *The action-omission and double effect distinctions*; in: *Bioethics with Liberty and Justice: Themes in the work of Joseph M. Boyle*, p. 113-140. Org: Christopher Tollefsen. South Carolina University, Spring Science Business Media: 2011.

consequências das ações, concretas e particulares. Essa característica, por sua vez, estaria ligada ao fato de que “as omissões não deveriam ser caracterizadas como um tipo especial de causalidade, mas justamente como a ausência de influências causais” (CHAPPELL, 2002, p. 221).

Este é o primeiro termo que é preciso ser contraposto. De acordo com a tradição jurídica, a omissão própria não possui nexos de causalidade porque implica apenas na desobediência de um dever jurídico, e a omissão imprópria possui um nexo não naturalístico, porque considera a omissão um nada jurídico. Portanto, a omissão seria composta de um nexo de não impedimento porque o sujeito que deveria ter impedido o resultado não o fez, estando vinculado a ele por um reflexo, e, assim, estaria equiparado ao verdadeiro causador do dano⁴⁷.

Chappell (2002, p. 217) assinala especialmente que as omissões não têm caráter aditivo, porque, no caso das ações, “se *X* causa *A* e se *X* causa *B*, *X* causa *A* e *B*.” Ao contrário, nas omissões, “se *X* se omite e permite que *A* ocorra e se *X* se omite e permite que *B* ocorra”, não necessariamente a omissão de *X* permitirá que *A* e *B* ocorram. Daí concluir que o nexo de evitabilidade deverá ser analisado em cada circunstância fática, sem empreender em uma cadência de acontecimentos que levam ao resultado. Essa é a consequência experimentada pela parcela da doutrina que trata a ação diversamente da omissão, uma com relação causal e outra não.

Pinheiro (2006) tem uma tese oposta, para qual demonstra que as omissões e as ações são igualmente caracterizadas como o estabelecimento de relações causais genuínas entre certos comportamentos e suas consequências e que os resultados das ações e das omissões têm o mesmo estatuto ontológico. Dessa forma, caracterizar a responsabilidade do plantonista à distância como membro da relação causal, apesar de figurar como membro externo à relação jurídica, fica muito mais razoável. Continua:

Minha estratégia aqui será dupla. 1) Em primeiro lugar, mostrarei que, em certo sentido, nem toda causalidade envolve aditividade e que, portanto, podemos afirmar que as omissões relacionam-se causalmente com suas consequências, embora a aditividade possa não ocorrer. 2) Em segundo lugar, mostrarei que as omissões, em outro sentido, de fato envolvem aditividade e que, portanto, não é preciso separar os conceitos de causalidade e aditividade para afirmar que as omissões se relacionam causalmente com

⁴⁷ Zaffaroni explica: “No tipo omissivo não se requer um nexo de causalidade entre a conduta proibida (distinta da devida) e o resultado, e sim um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria rompido o processo causal que desembocou no resultado. Esse nexo de evitação é estabelecido por uma hipótese mental similar à que empregamos para estabelecer o nexo de causalidade na estrutura típica ativa: se imaginamos a conduta devida e com isto desaparece o resultado típico, haverá um nexo de evitação; enquanto que, se imaginamos a conduta devida e o resultado típico permanece, não existirá um nexo de evitação”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, 5ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 513).

suas consequências. Ou seja, nessa segunda estratégia, mostrarei que, mesmo que aceitemos a premissa de Chappell, segundo a qual a causalidade envolve a aditividade, será possível refutar sua tese central. 1 e 2 parecem contraditórias, mas veremos, na verdade, que elas são duas maneiras de exprimir a mesma ideia básica acerca de um aspecto importante da causalidade (PINHEIRO, 2006).

O autor explica que, no caso das omissões, o comportamento da pessoa que se omite é apenas uma condição para que a consequência visada ocorra, o que gera independência lógica entre a omissão e a existência de sua consequência, porque a omissão envolve cadeias causais externas àquelas que estão sob o controle do agente. Assim, se tais cadeias causais não operarem, o estado de coisas visado não ocorre, e, portanto, a aditividade falha. Ao considerar ação e omissão como ambas passíveis de estabelecer relações causais genuínas, percebe que a natureza negativa das omissões gera diferença no modo como a causalidade opera nos dois casos, e, por isso, faz-se necessário formular um modelo geral da causalidade por omissão.

Ao traçar seu raciocínio para justificar sua teoria, invoca a tese de Thomson⁴⁸ (2003), que diferencia o papel causal exercido por eventos e o exercício por estado de coisas. O primeiro pode ser considerado como “a modificação das propriedades de uma coisa” e o segundo, como as “situações possíveis e atuais, representadas por nominalizações de proposições declarativas” (PINHEIRO, 2006). Sendo assim, eventos são modificações de propriedades das coisas e estados de coisas são imutáveis (THOMSON, 2003, p. 83).

A grande questão, segundo ela, é o fato de toda causalidade ocorrer por intermédio de eventos, envolvendo, ao mesmo tempo, evento e um estado da coisa; ao contrário da omissão, que é um estado de coisa negativo, por exemplo, a ausência de João na festa, contudo, sem eventos negativos, porque não pode existir uma “não-modificação” no estado das coisas. A não modificação é o próprio estado da coisa. De acordo com o modelo de Thomson, a causalidade própria da omissão é:

Se nem x nem y são eventos, então, para x causar y, é preciso que algum evento apropriadamente relacionado com x CAUSE algum evento apropriadamente relacionado com y.

⁴⁸ Ao iniciar o seu texto a respeito da importância da omissão em relação à ação, Judith Thomson coloca da seguinte maneira: “Are absences spookier than presences? Suppose that Jane came to our party but John did not. If we thought that Jane’s presence in our party is Jane herself, then we might well think that John’s absence of our party had better be----- what? Non-John? Verrrry Spook.”

A explicação de Pinheiro (2006): Dada essa definição, podemos tomar x e y como estados de coisas (positivos ou negativos), e estabelecer relações causais indiretas entre eles. E lança uma pergunta: Como descrever a causalidade quando um dos estados de coisas envolvidos for negativo, como é o caso das omissões, nas quais não há um evento envolvido diretamente em sua descrição? É o caso estudado aqui, do não comparecimento do plantonista de sobreaviso em seu plantão. Surge o seguinte modelo:

Se x não é um evento e y é um evento, então, para x causar y é preciso que um evento apropriadamente relacionado com x CAUSE y .

Até agora o raciocínio parece simples, porque envolve apenas uma causa relacionada a uma consequência, que, no caso da omissão, até então, não geraria efetivo nexo de causalidade. O problema começa a surgir com a seguinte proposição de Pinheiro (2006):

Se y , por sua vez, pode estar "apropriadamente relacionado" a um estado de coisas (suponhamos, por comodidade, que se trata de um estado de coisas positivo). Se x é um estado de coisas negativo, x causa y se um evento z , apropriadamente relacionado a x , causa y , e y está apropriadamente relacionado a um certo estado de coisas, como x está relacionado a z ?

O autor explica, no caso, para compreender essa teoria é preciso lembrar que x é a negação do estado positivo (p ; $\sim p$), e não corresponde ao estado de coisa negativo (omissão). Assim, se o estado de coisas negativo x não fosse o caso, o estado de coisas positivo do qual x é a negação estaria "apropriadamente relacionado" a um evento w que não permitiria que z causasse y .⁴⁹

Concluindo o raciocínio, Pinheiro (2006) indica as omissões como causas parciais de seus efeitos, entendidas como estado de coisas negativo, e que têm como a causa complementar suficiente da causalidade os eventos "apropriadamente relacionados" a esses estados de coisas negativos. A expressão "apropriadamente relacionados a" indica que o estado das coisas é uma condição para que determinado evento ocorra. Simplesmente uma condição, que não precisa ser exclusiva e nem necessária – como é composta a estrutura da ação.

A explicação para esse raciocínio torna-se um pouco mais complexa, visto que, naturalmente é preciso admitir a existência de fatos negativos no modelo proposto,

⁴⁹ Neste trabalho importa relacionar a omissão intencional, ou seja, um raciocínio teleológico ou uma previsão da qual o sujeito tenha consciência e antecipe sua ocorrência.

porque como seria possível explicar um fato negativo (omissão), se ele não existisse?⁵⁰ Para o modelo funcionar faz-se necessário admitir que a ausência de certos fatos no mundo está "apropriadamente relacionada" a eventos que causam outros eventos, ou seja, basta interpretar os estados de coisas negativos como sendo a situação descrita por uma proposição negativa que é verdadeira justificativa para a ocorrência dos fatos positivos subsequentes. No caso da explicação causal das omissões, diríamos que, se *A* existisse, o fato positivo *B* não teria produzido o efeito *C* que ele realmente produziu (PINHEIRO, 2006).

Em que pese a consideração da omissão, ainda não está clara a identificação e explicação da totalidade de eventos dentro do estado das coisas. É preciso que haja vínculo deste evento com o estado negativo, de tal forma que, sem este fato a ocorrência do evento não seria possível e uma consequência tenha se seguido exatamente por conta deste evento. Essa construção lógica é o chamado nexos de inevitabilidade. Contudo, a tentativa aqui é demonstrar que as ações e as omissões funcionam de maneira equiparada, no sentido de não haver necessidade de obrigatoriamente se evitar o resultado, mas trabalhar com a ideia de que um evento negativo tem imediatamente um evento positivo anterior diverso que compõe o contexto, de forma a dar a previsibilidade da consequência desfavorável que aquele fato negativo causará, permitindo identificar uma omissão intencional.

Porque a escolha do sujeito pelo não agir é relevante para se entender o que aconteceu no ambiente fático, pois, a própria escolha se torna um fato positivo real. Segundo Pinheiro (2006), se a liberdade for um fenômeno real, ao menos no caso das omissões intencionais há relevância na inclusão de estados de coisas negativos.

Existem estados de coisas permanentes e temporários. Os estados de coisas permanentes são o fato sempre, por exemplo, o sujeito estar de plantão; já os estados de coisas temporários só são o caso de tempos em tempos (ou, eventualmente, nunca), por exemplo, o sujeito de plantão ser convocado para comparecer no pronto socorro. Tanto os estados de coisas positivos quanto os negativos podem ser permanentes ou temporários. O estado de coisas permanente, que entra em relações causais, pode estar "apropriadamente relacionado" com um evento pelo fato de "ser o começo de um estado de coisas", uma vez que estados de

⁵⁰ A tese de que há fatos negativos gera vários problemas, por exemplo, a ideia de que uma proposição negativa só seria verdadeira com a existência de um fato negativo correspondente. O melhor, para evitar tais dificuldades, é manter que a verdade de uma proposição negativa deve ser analisada em termos da falsidade da proposição afirmativa que ela nega, mas isso levaria a admitir apenas a existência de fatos positivos. Nesse caso, a ausência de um fato no mundo não seria ela mesma um fato do mundo (um fato negativo), mas seria caracterizada através da falsidade da proposição afirmativa negada (a negação seria somente o operador proposicional que introduz a inversão do valor de verdade da proposição afirmativa). (PINHEIRO, 2006).

coisas permanentes não têm um começo, pois são o caso sempre (THOMSON, 2003, p. 90-91).

Assim, se o enunciado de leis causais parece supor estados de coisas temporários, que indicam *tipos* de estados de coisas, as realizações concretas dessas leis supõem estados de coisas permanentes, que são *instâncias* desses tipos (PINHEIRO, 2006), ou seja, a convocação e o plantão, respectivamente. Conquanto esteja estabelecido que a convocação é o estado de coisa temporário para o caso do sobreaviso, o evento “convocar o plantonista à distância” torna-se o início desta relação causal positiva⁵¹.

Existem duas diferenças entre ação e omissão, segundo os ensinamentos de Pinheiro (2006): 1. As ações são, em geral, mais claramente circunscritas no tempo, ou seja, é possível atribuir claramente um início e um fim precisos; 2. Há um número limitado de ações realizadas em certo momento, enquanto há um número ilimitado de omissões ocorrendo no mesmo momento⁵².

A problemática da banalização do vínculo causal da omissão pode ser solucionada pela restrição na aditividade aos casos em que as consequências das omissões intencionais forem existentes de tal forma que elas não existiriam se a omissão não fosse o caso. Essa dependência contrafactual é explicada pela relação causal legítima entre eventos. Em resumo, é preciso que as consequências em questão, além de existentes, sejam dependentes contrafactualmente da omissão (PINHEIRO, 2006). Nesse sentido, estará formado o nexos causal genuíno.

3.1.3 Identificação da Conduta Omissiva do Plantonista à Distância na Estrutura Causal da Omissão Proposta por Thompson e Pinheiro

Para a caracterização da responsabilidade civil do plantonista à distância no caso de dano em razão de sua ausência no local do plantão é preciso compartilhar tanto a estrutura da omissão disposta pelo Direito Penal, quanto pela teoria de responsabilidade moral resultante da conjugação das teorias de Thompson (2003) e Pinheiro (2006). Em primeiro

⁵¹ A partir de agora utilizarei os termos “ação” para estados das coisas positivos e “omissão” para estados das coisas negativos.

⁵² A causalidade só pode ser uma relação entre entidades existentes, pois, caso contrário, infinitas coisas que não fiz poderiam ser causas de infinitas coisas que ocorrem em seguida no mundo, inclusive de consequências que seriam, elas mesmas, estados de coisas negativos, o que me levaria a afirmar que infinitas coisas que não fiz causam infinitas coisas que não existem, e que tudo o que não existe causa todos os estados de coisas futuros que existem e os que não existem, superpovoando a face total do mundo com uma multidão de fatos negativos. Ora, isso trivializaria de tal forma o conceito de causalidade que ele se tornaria inaplicável (justamente porque, em certo sentido, ele seria aplicado a tudo).

plano, é preciso contextualizar a circunstância que estabelece o nexos de causalidade entre o fato inicial e a consequência danosa, depois, tentar atribuir este nexos ao sujeito responsável, no caso, o plantonista ausente.

Em primeiro plano, é preciso definir a premissa básica de que a relação causal surge a partir de um contexto fático, ou seja, de acordo com o conjunto de atos e fatos em certo tempo e espaço. Parte-se do pressuposto de que as omissões, assim como as ações, estabelecem relações causais genuínas entre certos comportamentos e suas consequências, sendo que o comportamento da pessoa que se omite é apenas uma condição para que a consequência visada ocorra, no sentido de que a omissão envolve cadeias causais externas àquelas que estão sob o controle do agente. Em sendo assim, as omissões devem ser consideradas como causas parciais de seus efeitos.

Antes de aplicar a teoria, também é preciso reforçar que haja vínculo do evento, ou seja, da circunstância que venha a modificar o estado da coisa, com a omissão, de tal forma que, sem este fato a ocorrência do evento não seria possível e uma consequência tenha se seguido exatamente por conta deste evento. Além disso, deve haver um evento que transforme o estado da coisa positivo imediatamente anterior à omissão. Traçadas as linhas iniciais, é preciso aplicar esta construção lógica à ausência do plantonista.

O estado da coisa inicial é o plantonista x estar escalado, por sua própria vontade, a ser o médico responsável pelo plantão à distância naquele determinado dia. O evento imediatamente anterior ao estado negativo (ausência do plantonista no local) é a convocação, por qualquer meio de comunicação, pelo plantonista presente, ou qualquer membro da equipe, deste profissional para comparecer no local e prestar o atendimento. As cadeias causais externas àquelas, que estão sob o controle do agente podem incluir, por exemplo, o fato de o plantonista presente não ter autorização para internar o paciente ou mesmo fazer procedimentos alheios à sua competência, sob pena de ser acusado de imperícia.

É possível construir o ambiente fático a partir da escala, que é mantida em edital no próprio pronto socorro e é determinada pelo diretor clínico do hospital, e pela comprovação da ligação efetuada a esse plantonista. Assim, a obrigação de comparecer ao atendimento se torna o estado da coisa permanente positivo, em razão da permissão do próprio profissional de manter seu nome na escala, ou seja, a incidência normativa se faz desnecessária, visto que (de acordo com a alínea 'b' do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal) este plantonista se colocou na situação de garantidor por livre e espontânea

vontade. Ainda mais quando o Código de Ética Médica determina que este profissional pode se recusar a permanecer no serviço, se as condições de trabalho não forem adequadas⁵³.

Essa construção evita problemas de fundamentação jurídica, como a que ocorreu na construção do processo, levado ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da apelação criminal nº 97.005654-0, de Videira, cujo Relator foi o Desembargador José Roberge, da Segunda Câmara Criminal, de 1997⁵⁴. Segue a ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL - OMISSÃO DE SOCORRO. AGENTE QUE FRENTE À ADMINISTRAÇÃO DO HOSPITAL, DEIXA DE IMPLANTAR ESCALA DE PLANTÃO MÉDICO 24 HORAS, DETERMINADO PELO CONVÊNIO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, RESULTANDO NA MORTE DE PACIENTE ENCAMINHADA AO NOSOCÔMIO COM PARADA CÁRDIO RESPIRATÓRIA, POR FALTA DE IMEDIATO ATENDIMENTO. RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO. DOLO NÃO COMPROVADO. FATO ATÍPICO. DECISÃO ABSOLUTÓRIA MANTIDA. Para que se tenha tipificado o delito de omissão de socorro é imprescindível a prova da vontade livre e consciente do agente de não prestar o auxílio ou assistência a quem sabe estar necessitando. Inexistindo essa prova, imperiosa se torna a absolvição, em face da atipicidade do fato. Ninguém pode ser responsabilizado pela omissão da prática de um ato que não tem competência e nem obrigação de realizar. A entidade dirigida pela agente é integrante do Instituto de Ensino e Assistência Social, com sede em outra cidade, a quem competia a organização e implantação de novos serviços.

De acordo com o delineamento dos fatos, na linha causal simplista “causa mais próxima-consequência” a inexistência de escala do plantão absolveu a ré e sequer possibilitou a construção de outro contexto, porque, segundo o Desembargador “ninguém pode ser responsabilizado pela prática de ato que não tem competência nem obrigação de realizar” e, logo em seguida, diz quem era o responsável pela confecção da escala, no caso, o Instituto de Ensino e Assistência Social.

A obrigação de implantar a escala se torna o estado positivo da coisa imediatamente anterior evento e o vincula necessariamente à não existência de médico para o

⁵³ É preciso reforçar sempre que a discussão em tela trata da hipótese de plantão à distância em hospital filantrópico pertencente ao terceiro setor, conveniado com o Estado para a prestação de serviço público de saúde, nos casos de urgência e emergência, ou seja, atendimento terciário. Nesse caso, a relação entre o médico e o hospital é de autônomo, figurando como pessoa física ou jurídica. Em relação aos hospitais públicos, existem inúmeras decisões indicando o vínculo de subordinação e a discricionariedade administrativa para a construção da escala, visto que trata-se de servidor público em regime único (vide, TJSP - APL 994061771118 SP, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Regina Capistrano, DJ 18/05/2010; TRF 1 - AG 6231 DF 0006231-29.2010.4.01.0000, 7ª turma, rel. Luciano Tolentino Amaral, 02/07/2010 e-DJF1 p.223; TJES - AGT 48079001284 ES 048079001284, 2ª Câmara Cível, rel. Elpídio José Duque, DJ 22/07/2007; etc.) e para os hospitais privados, o vínculo é de trabalho (vide, TST - RR 476009520015010012 47600-95.2001.5.01.0012, 2ª turma, rel. Ventuil Abdala, DJ 18/04/2008)

⁵⁴ Em que pese a decisão ter sido proferida há algum tempo, ilustra uma circunstância corriqueira e de lógica jurídica ainda utilizada pelos profissionais da área.

imediatamente atendimento, evento apropriadamente relacionado com a morte da paciente. Reforço a ideia de que a escolha do sujeito pelo não agir é relevante para se entender o que aconteceu no ambiente fático, pois, a própria escolha se torna um fato positivo real. Ainda que se trate de um ato anterior ao comparecimento do plantonista, que no caso em tela nem existia, em razão da inexistência da escala, ainda que o atendimento não esteja incluído nos atos de competência do sujeito, a omissão em confeccionar a escala causou o vácuo circunstancial que provocou a morte da paciente.

O erro na construção processual em epígrafe foi tipificar o fato na omissão de socorro, porque este tipo penal é um caso de omissão própria, que não necessita do resultado naturalístico, e caracteriza-se pelo ato de deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (art. 135, CP).

O tipo utilizado nesse caso poderia ser o crime de exposição a perigo para a vida ou saúde de outrem, expresso no artigo 132, CP: “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”, com a agravante do artigo 61, II, j, CP: “em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”. Ou ainda, em um exercício hermenêutico, homicídio culposo, a partir da criação do risco proibido. Mas essa estrutura não interessa para este trabalho.

Para o direito penal, em razão do princípio da adequação típica, é preciso exercitar o raciocínio para que haja preenchimento de todos os elementos exigidos para a técnica jurídica. Já o Direito Civil permite a flexibilização do nexos causal a ponto de permitir a relocação dos elementos da relação jurídica de modo a estabelecer um vínculo presumido entre a causa e a consequência jurídica. Nesse sentido, tanto o não comparecimento do plantonista quanto a não confecção da escala, exigem o mesmo raciocínio e a mesma fundamentação jurídica, construídos a partir das teorias ora apresentadas.

As circunstâncias fáticas, portanto, podem ser definidas a partir da localização do estado permanente da coisa e dos eventos relacionados ao estado negativo, ou seja, das ações imediatamente anteriores à omissão que deu causa ao resultado. O próximo passo é estabelecer o vínculo do dano efetivo ao profissional escalado, de forma que seja possível avaliar todas as situações possíveis para os casos de omissões indenizáveis.

O maior problema na área da saúde é determinar que esta omissão tenha sido o estado negativo “apropriadamente relacionado” com o dano causado ao paciente. Novamente, a causalidade direta estaria prejudicada conquanto não seria possível determinar,

de forma certa e objetiva, que o dano fosse diretamente relacionado à ausência do profissional. Talvez, em razão do modelo de Direito Penal adotado no Brasil, não seria possível estabelecer um nexo causal em relação ao sujeito para que houvesse responsabilização pessoal pela omissão. Contudo, a partir da relação causal exposta pelas teorias anteriormente apresentadas, na esfera cível poderia ser utilizado o mesmo modelo de relação causal positiva imediatamente anterior à omissão causadora do dano.

O raciocínio deve ser construído a partir de alguns questionamentos interessantes ao exercício da profissão e às normas a serem seguidas. Levando em consideração que a escala de plantões é o único documento por escrito que vincula o profissional à obrigação de prestar o serviço, já que, como já dito, trabalha como autônomo e não estabelece outro vínculo com o hospital, é preciso compreender a natureza jurídica deste documento.

3.1.4 Análise das Circunstâncias Práticas da Omissão no Plantão à Distância e o Vínculo Causal desta com o Dano

Antes de analisar o nexo causal entre a omissão e o dano, é preciso considerar todas as circunstâncias as quais praticamente geram a possibilidade de dano para o paciente. Como foi dito anteriormente, existe o plantonista clínico que permanece o tempo todo no local do atendimento da urgência e emergência, no hospital; existem os especialistas, que devem estar presentes no hospital para que o pronto socorro possa ser mantido aberto; e existem os profissionais que atual em plantão de sobreaviso e somente comparecem ao local do atendimento se forem convocados. Essa pesquisa tem seu foco na última modalidade.

A omissão, exaustivamente discutida até o presente momento, não é estabelecida por uma relação linear de uma só situação fática. Da mesma maneira que a relação médico-paciente é complexa, pela atuação de vários profissionais concomitantemente, na relação de plantão em sobreaviso a complexidade se dá nas possibilidades de eventos positivos geradores da omissão. Antes de discutir o plantão em sobreaviso, é preciso eliminar desta análise duas situações fáticas que podem gerar certa confusão no delineamento da responsabilidade ora estudada: 1. A existência do plantonista em sobreaviso, sua disponibilidade para figurar presente no atendimento, contudo há exigência do paciente para o comparecimento do “seu” médico; e 2. Os médicos especialistas que são obrigados a estarem presentes no local do atendimento para manter o pronto-socorro aberto e não estão (cirurgião geral, pediatra e ortopedista).

Com relação à primeira hipótese, configura-se uma típica relação médico-paciente, cuja natureza jurídica é contratual e consumerista, a qual gera o vínculo obrigacional específico, e, pela escolha do próprio paciente, exige a presença de seu médico particular. Nestas conjecturas, o especialista responsável será o médico particular, e, caso este não compareça, a responsabilidade tem que ser discutida fora das atribuições do plantonista em sobreaviso que atua pela prestação de serviço de saúde pelo SUS.

Na segunda hipótese, a responsabilidade está diretamente ligada ao hospital. A obrigação normativa de ter os profissionais relacionados pelo Conselho Federal de Medicina é do próprio hospital, para que possa funcionar. Se não cumpre, deve fechar. Se não fecha, presume-se a culpa por ato ilícito na ação por omissão. Aprofundamentos sobre essa relação, como já dito, não interessa para a pesquisa em tela.

Excluídas essas duas situações, devem ser analisadas as seguintes, para a constatação da omissão vinculada ao possível dano: 1. O médico de sobreaviso que chega tarde, (a) com justificativa e (b) sem justificativa; 2. O médico de sobreaviso que não vem, (a) com justificativa e (b) sem justificativa; 3. O médico de sobreaviso que delega o atendimento a outro colega do grupo de trabalho, e este não comparece.

O atraso na chegada do plantonista se torna de difícil percepção em razão da determinação normativa estar expressa em termos vagos e inexatos, como por exemplo, “tempo razoável”, tornando a compreensão do que seria atraso um ato discricionário tanto do plantonista presente quanto do diretor clínico. Dessa forma, é preciso diferenciar, em primeiro plano, o atraso com justificativa e o atraso sem justificativa. O primeiro, torna-se excludente de responsabilidade, visto que, como foi exposto no capítulo anterior, o erro médico, no caso a omissão, deve ser previsível e inescusável para gerar responsabilidade.

Sendo assim, neste caso, somente o atraso injustificado gera a obrigação de indenizar, quando for razoável. A razoabilidade pode ser determinada por circunstâncias objetivas que indiquem a displicência do médico. A premissa de que o plantonista à distância deve esperar em casa pelo chamado não procede, pelo fato de que, em regra, este plantão não tem remuneração se não houver atendimento⁵⁵. Isso impossibilita o cálculo médio do tempo dispendido para percorrer essa distância. Uma solução para este problema é determinar, nas normas internas de prestação de serviço em regime de sobreaviso, que o plantonista não saia da cidade, por exemplo. Contudo, não há espaço nesta pesquisa para esgotar tais

⁵⁵ Em alguns casos essa hora vale 30% do valor dos honorários presenciais, mas mesmo assim, não importa exigir do profissional que se mantenha em sua residência durante as vinte e quatro horas de plantão, porque incorreria no tolhimento da liberdade de ir e vir, ofendendo o dispositivo constitucional.

possibilidades e determinar a razoabilidade do atraso em uma regra geral. Seria necessário elencar todas as circunstâncias e solucionar cada uma delas.

Diferente da situação em que o médico de plantão não comparece ao atendimento. Nesse caso, também é preciso analisar a justificativa: caso se trate de caso fortuito ou um evento escusável, não há implicação de responsabilidade. O evento deve ser tal que impeça a locomoção do médico, e deve ser alheio à sua vontade. A vontade é o elemento principal na construção da cadeia causal da responsabilidade que enseja a indenização e, por uma decorrência lógica, exclui-se o dever de indenizar quando a vontade está ausente na situação fática.

Nesta seara, responde o médico em sobreaviso que não comparece sem justificativa ao atendimento quando convocado. Contudo, ainda é necessário construir um nexos causal entre o dano e a omissão, sob pena de considerar essa responsabilidade objetiva, fator incompatível com a atividade médica. A construção do nexos será discutida adiante.

Sobre a terceira circunstância, quando o médico se faz substituir, qualquer que seja o motivo, deve arcar com as decorrências das vicissitudes causadas pelo profissional que colocou para atuar em seu lugar, não interessa que não figure como substituto ou preposto (RIZZARDO, 2007). Apurada situação que importe em culpa, a responsabilidade civil deve recair sobre o profissional escalado, em solidariedade com o substituto ausente. A justificativa para essa conclusão é a interpretação analógica do parágrafo único e da segunda parte do caput do artigo 942, do Código Civil.⁵⁶ Da mesma maneira, conforme a disposição do artigo 930, do CC, é possível ação regressiva do plantonista substituído em face do substituto ausente.⁵⁷

Depois de apuradas as causas, as circunstâncias fáticas, a causalidade entre a omissão e a possibilidade de causar dano, a necessidade da comprovação do vínculo e a vontade de permanecer ausente, é preciso encaixar o último elemento da cadeia causal, qual seja, o vínculo entre o dano e a omissão (ausência). Para a teoria filosófica exposta anteriormente, não importa o sujeito, mas a circunstância. Para o direito penal importa a vontade do sujeito na caracterização do dolo ou da culpa. No direito civil, para estes casos especificamente, é imprescindível comprovar o nexos de causalidade tanto para a circunstância quanto para a ação ou omissão do sujeito.

⁵⁶ Art. 942: [...] e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

⁵⁷ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado

A problemática está focada na inter-relação entre o dano e a omissão, porque esta deve ser a causa necessária e suficiente para a ocorrência do dano. Contudo, na área médica existe um diferencial: a consequência danosa, às vezes, não pode ser identificada porque o objeto atingido é o próprio corpo, seja fisicamente, seja psicologicamente. Essa também é uma das razões para considerar a responsabilidade subjetiva do agente.

Como foi demonstrado no capítulo anterior, existem três teorias, alternativas à teoria clássica, as quais tentaram coordenar os casos de responsabilidade que não possuíam a tradicional estrutura causal: *res ipsa loquitur*, a perda de uma chance e o direito de evidência circunstancial. A última não pode ser trabalhada neste caso, do plantão à distância, porque indica a necessidade de uma ação (e não da omissão) e responsabiliza diretamente o plantonista presencial, que não é o caso.

Em segundo plano, como já foi demonstrado, a teoria *res ipsa loquitur* (as circunstâncias falam por si mesmas) entende pela existência da presunção da negligência, quando as circunstâncias do fato forem tais que só existe a possibilidade de atribuir a responsabilidade ao suposto causador do dano, nas hipóteses em que for impossível obter prova da culpa (vide capítulo II, item 1.3). Nesse caso, presume-se a omissão e presume-se a culpa, em razão da causalidade fática. Mesmo que pareça uma teoria de fácil aplicabilidade, torna o vínculo de causalidade muito frágil, pois, por qualquer raciocínio lógico falacioso, é possível chegar ao resultado pretendido.

Já a perda de uma chance é a teoria que mais coaduna com a estrutura desenvolvida até o presente momento. Os requisitos impostos pelo STJ para a aplicação dessa teoria são, em primeiro plano, “a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com a conduta”. Seria como fazer a seguinte pergunta: Se o plantonista estivesse no local, o paciente teria chances reais de ter um resultado favorável?

Não obstante a incerteza da eficácia do tratamento médico que seria empregado ou mesmo a despeito da reação corporal do paciente, é unânime o entendimento de que a presença do especialista gera maior chance de sucesso. Assim, há seriedade na probabilidade dos ganhos desse paciente, caso o tratamento fosse empregado pelo profissional competente. Quanto à relação de causalidade é preciso refletir novamente a respeito das teorias da causalidade adequada e da causalidade direta e imediata. No caso da decisão que definiu os pressupostos de aplicação dessa teoria, o STJ utilizou a teoria da causalidade direta.

Para utilizar essa teoria na aferição da responsabilidade do plantonista à distância seria necessário modificar esse último requisito. No caso da perda de uma chance existe a presunção do nexos de causalidade com relação ao dano, porque o vínculo estará na

omissão do médico em relação à possibilidade de sucesso do paciente. Ainda que seja um panorama latente, não existe causalidade direta, apenas uma presunção. Portanto, não existe o vínculo de necessariedade da omissão ao dano como causa direta e imediata, há apenas o evento que determinou o último estado positivo da coisa (convocação), o qual gerou o estado negativo (a omissão).

Essa teoria, dentro deste contexto, só conseguiria atribuir a responsabilidade à omissão do plantonista se permitisse a utilização da teoria da causalidade adequada, que possui um juízo de probabilidade e considera causa apenas o antecedente abstratamente idôneo, necessário e adequado à produção do dano. Portanto, causa é o fator mais apropriado para a produção do dano. Assim, abstratamente é possível a presunção do liame causal entre a omissão e o dano, já que a relação causal da conduta, o dano efetivo e a culpa já foram estabelecidos em momento anterior.

A culpa, nesse caso, foi definida pela ausência sem justificativa, ou seja, a omissão voluntária e a ofensa ao dever jurídico de prestação de serviço de saúde, que viabiliza diretamente a possibilidade de um dano. Desta feita, caminhando de trás para frente na relação de causalidade, é possível presumir, não que a omissão gerou o dano, mas que a omissão impediu uma real possibilidade de ganho para aquele paciente que não recebeu o atendimento.

Quando o doutrinador determina que o nexos de causalidade é estabelecido por meio da causa mais adequada à geração do resultado danoso, permite que se estabeleça o raciocínio coerente com a realidade: a ausência do plantonista à distância foi a primeira ocorrência relevante para a caracterização do dano, a contrário senso, se o plantonista estivesse presente, haveria grande chance de o dano não ter ocorrido.

Aumenta-se o nível de subjetividade da relação jurídica, fazendo-se mais necessária ainda a atuação dos Conselhos Médicos na promoção de pareceres sobre tais circunstâncias fáticas. Mais coerente que atribuir esse tipo de opinião aos Tribunais Superiores, os quais não possuem profissionais da área médica e, portanto, não estão aptos a opinarem sobre as consequências dos atos médicos.

Vale lembrar que o objeto potencial sofredor de dano é o corpo humano, que por vezes tem reações inesperadas e surpreendentes, sendo impossível determinar a certeza absoluta de determinado resultado. Portanto, a partir do momento em que o plantonista à distância foi avisado da existência de um paciente a sua espera, deverá imediatamente se dirigir ao hospital. Decorrido tempo razoável para sua chegada, o plantonista presente deixa de ter responsabilidade sobre tal paciente, passando

automaticamente a caracterizar omissão por parte do plantonista à distância. Como foi possível perceber, ainda existe a subjetividade com relação à razoabilidade do prazo. Assim, a avaliação sobre a ausência do plantonista continua na seara do bom senso. Essa é a razão pela qual reforço a ideia de que é necessário estabelecer regulamentos internos, nos hospitais, referentes ao plantão à distância, no sentido de determinar as condições objetivas para identificar o tempo real de um “prazo razoável” para que o plantonista chegue ao plantão.

Os meios de prova são os prontuários do paciente, nos quais fica estabelecido qual o horário do aviso ao médico e qual o horário de chegada do médico, sob a responsabilidade do corpo de enfermagem, quem também fica responsável pela manutenção do paciente, estabilizado pelo plantonista emergencista presente, nesse ínterim. Além da possibilidade de análise das ligações telefônicas efetuadas e da verificação do médico correspondente na escala de plantonistas.

É óbvio que, se este paciente tiver complicações enquanto seu médico não está presente, e for possível ao plantonista atendê-lo, deverá fazê-lo por uma determinação ética. Mas, caso não seja possível reverter o quadro, ou mesmo quando houver sequelas, com exceção de erro crasso, esse plantonista presente não poderá ser responsabilizado.

Não se pode esquecer que a responsabilidade está atrelada ao conceito de culpa e do nexo de causalidade, ou seja, significa que o plantonista à distância só será responsabilizado se o dano for proveniente de sua omissão. Por exemplo, o paciente que adquire sequelas irreversíveis em razão de um coágulo que deveria ter sido drenado por um neurocirurgião ausente. Esse médico responderá civil e penalmente, nos moldes dos artigos 948 a 951, do CC/02, e da capitulação do fato típico no código penal, inclusive, por omissão de socorro.

Mesmo que esta estrutura tenha demandado um enorme exercício mental para a sua construção, ainda resta muito frágil a relação causal entre o plantonista em regime de sobreaviso e o paciente lesado, justamente pela ausência de uma determinação normativa regulamentando os detalhes da prestação desse serviço, no terceiro setor. Além disso, ainda que se consiga estabelecer esse vínculo, não é certeza que a vítima terá seu dano efetivamente reparado, conquanto o plantonista não ressarcir, não existe determinação normativa para buscar a reparação em nível hierárquico superior. Nesse sentido, é preciso uma nova construção doutrinária que abrace a relação jurídica estabelecida entre o médico, o hospital e

o Estado, na prestação de serviços de saúde pública pelo terceiro setor, ou seja, o ente público não-estatal⁵⁸.

⁵⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reformado Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997.

CAPÍTULO IV

DELINEMANETOS PARA UMA REPARAÇÃO EFETIVA NA ESTRUTURA DE PLANTÃO À DISTÂNCIA NO TERCEIRO SETOR

Introdução

De acordo com a pesquisa, recapitulando as matérias tratadas até agora, estabelecidos os vínculos causais entre a circunstância fática e a omissão, e entre a circunstância fática e o dano, restou desencaixada a composição do nexos de causalidade entre a omissão (sujeito) e o dano. Todas as teorias estabelecidas consideram, para caracterizar o nexos de causalidade, a teoria da causalidade direta. Na relação entre o paciente e o plantonista ausente, que deveria estar presente, a teoria da causalidade direta deveria ser readequada para permitir uma ponte entre o dano e seu potencial causador.

A relação causal, em razão dessa inexistência normativa e inexistência de uma teoria efetivamente aplicável, entre o plantonista em regime de sobreaviso e o paciente lesado, justamente pela ausência de uma determinação normativa regulamentando os detalhes da prestação desse serviço, no terceiro setor, gera a composição de um nexos de causalidade muito sensível.

Além disso, com já foi mencionado, ainda que se consiga estabelecer esse vínculo, não é certeza que a vítima terá seu dano efetivamente reparado, porque se o plantonista não ressarcir, não existe determinação normativa para buscar a reparação em nível hierárquico superior. Nesse sentido, é preciso uma nova construção doutrinária que abrace a relação jurídica estabelecida entre o médico, o hospital e o Estado, na prestação de serviços de saúde pública pelo terceiro setor, ou seja, o ente público não-estatal⁵⁹.

A razão primordial de sedimentar os alicerces desta relação jurídica é melhorar o nível dos requerimentos em âmbito judicial e proporcionar efetiva reparação ao lesado. Isso porque, os pedidos jurisdicionais devem vir acompanhados de um mínimo legal para a sua apreciação, para não gerar a movimentação da máquina judiciária sem necessidade. Um exemplo para a falta de concretude do sistema é a opinião explicitada pelo artigo publicado pela Escola de Saúde Pública da Harvard, em *The New England Journal of Medicine*, ‘uma reclamação frívola é aquela baseada em nenhuma evidência ou lei que lhe dê

⁵⁹ A organização da gerência do Estado construída por PEREIRA divide os entes em públicos e privados, sendo incluídos no rol de entes públicos os privados prestadores de serviço público, classificados como públicos não estatais. Vide: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reformado Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997.

suporte'.⁶⁰ E o artigo continua descrevendo que pelo menos um terço das ações intentadas nos Estados Unidos, entre as 1492 causas arquivadas, estavam sem nenhuma comprovação e o resultado para as demais foi apenas uma a cada quatro sentenças atribuindo o dever de indenizar. Não houve pesquisas desse gênero ainda no Brasil, porque as ações de indenização em âmbito de direito médico ainda não são intentadas em número significativo aqui, como são nos Estados Unidos.

Portanto, para concluir esta pesquisa, sem esgotar as possibilidades no sentido de tentar determinar efetivamente e definitivamente a relação jurídica entre médico em sobreaviso e paciente, é preciso delinear algumas opções para a melhora do sistema, aliados às teorias do direito administrativo capazes de efetivar concretamente a reparação do dano quando se tratar de atuação pública não-estatal pelo terceiro setor.

Para isso, é preciso estabelecer a relação jurídica entre o plantonista e o hospital concomitante à relação entre o Estado e o hospital filantrópico prestador de serviço de saúde pública. Em seguida, determinar algumas sugestões para a solução, tanto do problema em relação à causalidade médico-paciente, quanto à efetividade do ressarcimento, traduzido na pirâmide hierárquica da prestação do serviço.

4.1 RELAÇÕES JURÍDICAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE PELO TERCEIRO SETOR: ATIVIDADE PÚBLICA NÃO-ESTATAL E OS VÍNCULOS DE RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL E DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA PARA A EFETIVIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO

4.1.1 Relação entre Hospital Filantrópico e Estado: Regime Jurídico de Direito Público e os Reflexos na Reparação do Dano

Para estabelecer o vínculo obrigacional e as consequências das relações jurídicas, na prestação do serviço de saúde pública, é preciso compreender o sistema de prestação deste serviço. Para compreender um sistema, eminentemente hierárquico, como é o caso do Brasil, é possível caminhar das macros para as micro-relações ou vice versa. Como a estrutura normativa brasileira possui a Lei Maior, traduzida na Constituição Federal, torna-se mais interessante o estudo no sentido das macro-relações.

⁶⁰Special Article From the Harvard School of Public Health (D.M.S., M.M.M., A.A.G., A.L.P., T.A.B.), Brigham and Women's Hospital (A.A.G., T.K.G., A.K., C.Y., T.A.B.), and the Harvard Risk Management Foundation (A.L.P.). Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation. The New England Journal Of Medicine. N Engl J Med 2006;354:2024-33. www.nejm.org (litigation.pdf) maio, 2006. Acessado em 10/07/2009

É possível extrair da leitura da Lei nº 8080/90, e da Constituição Federal Brasileira, sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, sendo que, deverá dar preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. A circunstância descrita indica uma das faces do novo recorte estrutural denominado, a partir da década de 1970, de Terceiro Setor.

Terceiro setor é a denominação dada à alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar as demandas sociais, inserido em um contexto neoliberal, externada pela adoção da política de governo que enaltece a prestação de saúde complementar pela iniciativa privada. Esse desenho de Estado só é possível em razão de sua organização burocrática, que permite deter, sobre a sociedade civil, o ‘poder extroverso’ do Estado, ou seja, significa ter um poder que ultrapasse seus funcionários e atinja diretamente à sociedade, para legislar e punir, para tributar e para realizar transferências de recursos denominados pela ciência das finanças de “a fundo perdido”.

Esse modelo de Estado possui três áreas de atuação: as atividades exclusivas; os serviços sociais e científicos; e a produção de bens e serviços para o mercado⁶¹. As atividades exclusivas do Estado podem ser divididas em três categorias: as provenientes do regime Liberal, o que significa as atividades de monopólio por meio das quais o Poder Estatal é exercido (Função Executiva, Função Legislativa e Função Jurisdicional); as atividades Econômicas, para garantir a estabilidade da moeda e dos sistemas financeiros, além de assumir a responsabilidade pela fiscalização dos serviços; e, as atividades Sociais, que circundam a promoção de políticas públicas.

As últimas são elencadas como atividades exclusivas pelo fato de o mercado não as remunerar de forma adequada, contudo, serem atividades necessárias a qualquer sociedade já que envolvem direitos humanos de seus cidadãos. A primeira categoria de atividades deve ser entendida de forma simples como monopólios do Estado pela própria garantia do sistema republicano democrático. A produção de bens e consumos para o mercado deve ter menos intervenção estatal por um motivo mais prático que ideológico, ou seja, a atividade empresarial não é própria do Estado e pode ser muito melhor controlada pelo mercado.

⁶¹ Essa teoria é apresentada por Luiz Carlos Bresser Pereira, na tentativa de instituir uma reforma administrativa, com foco a organizar melhor as áreas de atuação do governo e resolver as deficiências experimentadas na década de 1990. (vide, PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reformado Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília, 1997)

Entre as atividades exclusivas do Estado e a produção de bens e serviços para o mercado existe uma série de atividades na área social e científica que não são exclusivas do Estado, porque não envolvem seu Poder, ao passo que ficam sendo atividade exclusiva seus financiamentos, mas não a execução dessas atividades. Ocorre que não há razão para que essas atividades permaneçam como monopólio do Estado, contudo, não se justificam que elas sejam privadas. É nesse sentido que Bresser Pereira (1997) se utiliza da expressão ‘publicização’, com o intuito de identificar a transferência para o setor público não-estatal, de forma a distinguir esse processo de reforma do de privatização. Defende que existem três tipos de propriedade: propriedade privada, propriedade estatal e propriedade pública não estatal.

Analisando essa classificação, diante do que está definido pela Constituição Brasileira de 1988, em matéria de saúde, pode-se afirmar de que não existe monopólio do Estado e, por isso, há possibilidade de ser prestado pelas três esferas mencionadas. Contudo, a concentração dos problemas que impedem a viabilidade do sistema está na prestação dos serviços de saúde pelas organizações do setor público não-estatais.

De qualquer forma, seguindo a proposta estabelecida pelo autor, essas instituições de Direito Privado voltadas para o interesse público, e não para o consumo privado, não são privadas, mas sim públicas não-estatais. Estas estruturas têm entre suas diretrizes a possibilidade de transferir serviços sociais de caráter competitivo (saúde, educação, pesquisas científicas) à iniciativa privada denominando estes setores de “públicos não-estatais”. Atualmente, constata-se que os governos que sucederam à reforma do Estado, optaram pela prestação de serviços de saúde por meio da administração pública direta e indireta e, de forma complementar por meio do terceiro setor, e de hospitais com fins lucrativos.

A participação complementar dos serviços privados é formalizada mediante contrato, convênio ou termo de parceria. Os convênios administrativos, contratos de gestão ou termos de parceria, são instrumentos que permitem a uma determinada pessoa jurídica de direito público conjugar esforços com outros entes, com vistas à realização de um determinado objetivo que condiz com o interesse público (MIRAGENS, 2009). No âmbito da saúde complementar, tradicionalmente, principalmente se tratando de hospitais filantrópicos, o instrumento de acordo se formaliza na forma de convênio. Apesar do acordo firmado entre os entes, público e particular, não há interferência do Estado na regulamentação das atividades internas dos hospitais conveniados, com relação à execução do serviço. Nesse seara está a

primeira controvérsia sobre a natureza da relação jurídica entre Estado e hospital filantrópico: a qual regime jurídico essa relação está submetida.

Regime jurídico significa o conjunto de normas a que uma situação fática está submetida e pode ser classificado em regime jurídico de direito público ou regime jurídico de direito privado. O primeiro é regido pela norma pública, com todos os princípios embasados na supremacia e na indisponibilidade do interesse público; o segundo, na composição do interesse privado, sempre respeitando os princípios constitucionais. A utilização de um ou de outro implica em várias modificações pontuais, como, por exemplo, a necessidade da utilização do processo licitatório para a contratação de mão de obra para a prestação de serviço público.

No terceiro setor, existe uma peculiaridade no fato de a prestação do serviço ser feita por instituição privada. Isso levou alguns autores⁶² a tentarem compor um sistema híbrido, que misturasse os dois regimes jurídicos e os aplicassem ao mesmo tempo. Contudo, não é necessária essa reestruturação porque a norma jurídica é uma só, e será aplicada concomitante. A identificação entre ser um regime jurídico de direito público ou privado estará na prevalência de um regime sobre o outro, porque, no Brasil, o interesse público se divide em primário (interesses sociais gerais e imediatos) e secundário (interesses diretos do Estado na qualidade de pessoa jurídica titular de direitos e obrigações).

Para perceber qual o regime jurídico que prevalece na prestação do serviço de saúde pública pela entidade privada, partindo da classificação de setor público não estatal, é preciso observar qual o formato e os elementos desta estrutura. Em primeiro plano, a prestação de serviço de saúde é qualificada como política pública. O artigo 199, §2º, da CR/88, veda a destinação de recursos públicos de saúde para entidades privadas com finalidade lucrativa.

As políticas públicas, executadas pelo terceiro setor, consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico (APPIO, 2011, p. 143). No sistema Constitucional Brasileiro, essas necessidades sociais foram traduzidas em forma de direitos fundamentais, especificamente, os direitos sociais. Neste contexto, passou a ser imprescindível a intervenção do Estado na

⁶² Massimo Severo Gianini. *Corso di Diritto Amministrativo 4 - 1 Procedimenti Amministrativi*. Milão: Dott.A. Giuffrè (AG), 1969; Maria João Estourinho. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

promoção das políticas públicas como meio viabilizador de sua efetividade, no sentido do financiamento e fiscalização.

A evolução política e social dos sistemas jurídicos culminou na constitucionalização do modelo brasileiro de promoção de políticas públicas, efetivado por meio das conversões de recursos públicos às áreas sociais, no caso específico, da saúde, as quais surgem como meios de garantia mínima, por meio de repasses automáticos de verbas públicas, promovendo a igualdade de acesso entre os entes federativos. Assim, o financiamento dos hospitais filantrópicos se dá pelo repasse de verba pública e, de acordo com as normas constitucionais, da mesma forma deverá estar submetido aos controles e fiscalização do Estado.

O responsável pela fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município é o Tribunal de Contas da União (artigo 71, VI). Pelo princípio da simetria⁶³, igualmente será atribuição do Tribunal de Contas do Estado quando a verba for estadual. Nesse sentido, também faz parte das atribuições do Ministério Público atuar como fiscal da lei. Para a saúde suplementar existe mais um ator na fiscalização: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que tem por finalidade regulação e fiscalização da saúde suplementar, por meio de um contrato de gestão firmado com o Ministério da Saúde.

A partir disto, conclui-se que o prestador do serviço público está atuando como se fosse o próprio Estado, pois presta o serviço público e não aufero lucro, e, portanto, deve ser submetido ao regime jurídico de Direito Público. No Brasil, esta é a posição mais acertada. Oliveira (2007, p. 232) explica que, sobre a Administração, incidem normas de direito público. O mesmo vai ocorrer com seus parceiros privados, quando a estes forem transferidas verbas públicas para a consecução de atividades de interesse público, desde que isso esteja expressamente previsto em lei.

Essa mesma estrutura pode ser encontrada na cartilha oferecida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, quando, ao definir a participação da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde declara que as ações serão feitas pelos serviços públicos e de forma complementar pelo setor privado, preferencialmente pelo setor filantrópico e sem fins lucrativos, por meio de contrato administrativo ou convênio, o que não

⁶³ Princípio da simetria é decorrência do artigo 2º, da Constituição Federal, e determina que haja relação simétrica entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, por meio da equivalência entre os institutos jurídicos da Constituição Federal, as Constituições dos Estados-Membros e as Leis Orgânicas Municipais, em relação às normas de caráter geral.

descaracteriza a natureza pública dos serviços (SALAZAR; RODRIGUES; SILVER; SCHEFFER, 2010).

Outro ponto importante para definir a utilização da preponderância do regime jurídico de direito público na prestação de serviço de saúde pública, no Brasil, é o fato de os acordos entre o ente privado e o Estado serem celebrados por meio de convênios. Convênio é o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação (Decreto nº. 6.170/07 e alterações).

O convênio é composto de etapas mais complexas que os contratos administrativos. É iniciado com a habilitação da entidade e dirigentes, elaboração e proposição de projetos, os quais serão avaliados por meio de pareceres técnico-econômico e de mérito, a publicação do convênio e exigência de prestação de contas.⁶⁴

A primeira etapa, portanto, é a análise e formalização do convênio. O Poder Público exige das entidades uma contrapartida, ou seja, a entidade oferta ao Poder Público, de acordo com sua capacidade financeira ou operacional, entendida como recursos financeiros, bens e serviços, desde que economicamente mensuráveis, um percentual, estabelecido pela lei de diretrizes orçamentárias. As entidades de assistência social e saúde, registradas no Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), não se submetem à exigência de contrapartida para operar conveniada ao SUS.

Existem limitações quanto à aplicação dos recursos orçamentários disponibilizados, além de exclusão das entidades que não estiverem regulares no sistema de administração financeira ou com relação às obrigações fiscais, aquelas pertencentes a membros dos Poderes ou seus cônjuges/companheiro, ou controlada por eles.

Depois de avaliada a entidade e com a aprovação do Poder Público, celebra-se o convênio com a assinatura representando o pacto, por meio do ato formal, o qual deverá ser publicado no Diário Oficial da União. São essas etapas que garantem a eficácia e a

⁶⁴ Ministério da Saúde/Secretaria Executiva/ Fundação Nacional de Saúde. Manual de Cooperação Técnica e Financeira por meio de Convênios/2008. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Livro Digital disponível em <http://www.saude.gov.br/bvs> p 11

publicidade do convênio, nos moldes do artigo 37, caput, da Constituição Federal. O poder Legislativo e os Conselhos de Saúde também devem ser informados sobre a assinatura do convênio.

No convênio está contido o plano de trabalho: instrumento de planejamento e execução com as ações que serão financiadas descritas de forma detalhada. Esse documento é gerado automaticamente, a partir das informações incluídas na proposta apresentada, sendo de responsabilidade do proponente a fidedignidade das informações. Durante a execução do convênio, para cumprir o estabelecido, o Manual fornecido pelo Ministério da Saúde indica a obrigatoriedade do procedimento licitatório como preconiza a Lei nº 8.666/93, reafirmando novamente a característica de submissão ao regime jurídico de Direito Público das entidades privadas prestadoras de serviços públicos.

Todas essas características não impedem que a natureza jurídica deste acordo seja eminentemente contratual, porque, possui todos os elementos fundamentais do contrato, com a diferença da natureza da verba remuneratória. Ainda que se defenda interesses comuns entre a entidade privada e o Poder Público, o fato é que um presta o serviço e o outro remunera.⁶⁵ É a natureza de verba pública que implica na prevalência da aplicação do regime jurídico de direito público e exige toda essa formalidade descrita anteriormente para que se possa estabelecer o convênio.

Em resumo, o instrumento de acordo entre os entes público e privado tem uma constituição estabelecida pelo direito privado, mas submete-se às formalidades essenciais ao direito público, tornando-se um instrumento público. Assim, o hospital, entre privado, faz um convênio com o Estado e passa a exercer o serviço público, no intuito de dar efetividade ao direito social à saúde, nos molde da Constituição, ou seja, o ente privado presta serviço público.

Essa construção metodológica é necessária para justificar o posicionamento com relação à responsabilidade civil do Estado pelo dano, decorrente da prestação de serviço de saúde pelo hospital filantrópico. O artigo 37, da CR/88, determina que a pessoa jurídica de direito público e as *pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público* responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa.

⁶⁵ Diferente dos consórcios intermunicipais, por exemplo, em que a verba é destinada e os hospitais públicos trabalham em conjunto para melhor atender a população, de forma racionalizada. Mas esse não é o tema da dissertação.

Essa é a chamada teoria do risco administrativo⁶⁶, isto é, a Administração Pública vai responder objetivamente pelo dano causado pelo agente. Sempre que o sujeito surge como agente, o que vem a mente é a pessoa física envolvida no ato, contudo, o agente pode ser representado tanto por uma pessoa física, quanto por uma pessoa jurídica. Nesta relação existem, na realidade, duas cadeias causais, uma composta pelo hospital como agente em relação ao Estado, e outra com o médico figurando como agente frente ao hospital, que no caso, faz as vezes do Estado.

Assim, o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seu agente, no caso o hospital, e pode se valer do regresso caso haja dolo ou culpa. A eventual responsabilização do hospital opera nos limites das situações previsíveis, mas inevitáveis por falta de recursos ou condições técnicas existentes, as quais não estão disponíveis em razão da omissão estatal. Portanto, ainda que esteja mais direcionada à casuística, é possível identificar os elementos para a caracterização da responsabilidade civil do Estado, baseada na omissão da função estatal de manutenção e viabilização da própria prestação do serviço, ou da falta de fiscalização, ou ainda, em função da má administração dos recursos.

Por outro lado, o hospital atuando como se Estado fosse, chama para si a responsabilidade objetiva, nos moldes do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, e responde sempre que houver uma ocorrência comissiva ou omissiva daqueles que estão subordinados ao regime de plantões, com a possibilidade de ação regressiva contra o médico em razão de dolo ou culpa.

Entretanto, em razão da natureza do serviço prestado, é necessário estabelecer as premissas de forma clara e objetiva, para que não ocorra exagero na aferição da responsabilidade de qualquer um dos sujeitos. É preciso lembrar que em primeiro lugar deve haver uma conduta (comissiva ou omissiva), cujo nexos de causalidade a faça adequadamente necessária ao evento apropriadamente adequado para a ocorrência do dano. Depois de verificada a circunstância fática é que se volta o olhar para o agente, na tentativa de estabelecer o nexos causal entre a sua conduta e o evento necessário para a ocorrência do dano.

Estabelecido o nexos causal, a questão recai sobre contra quem o lesado deve intentar a demanda. O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que não é possível intentar a ação contra o Estado e o sujeito em litisconsórcio. Discutiu-se em vários

⁶⁶ Pela teoria do risco administrativo surge a obrigação econômica de reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independente da existência da falta do serviço e muito menos de culpa do agente público. Basta que haja dano sem que para ele tenha concorrido o particular (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 711).

recursos extraordinários a possibilidade de ajuizamento de ação de responsabilidade diretamente contra agentes públicos causadores do dano.⁶⁷

De acordo com a decisão “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.” A partir desta premissa, o Ministro Eros Grau chega a conclusão de que, (*in verbis*)

[...] Se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como extrair do §6º do art. 37 da Lei das Leis a responsabilidade “per saltum” da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou dolo do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes (STF - RE 470.996-1/RO).

Segundo o mesmo julgado, o dispositivo constitucional consagra dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

O raciocínio se baseia nas ideias de Silva (2005, p. 349), para quem a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a quem pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora do serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também. O problema é o fato de, no terceiro setor, não existir um quadro funcional e nem a situação de um plantonista à distância que pertença ao hospital filantrópico, porque o contrato firmado é de natureza civil.

É preciso lembrar a natureza das relações jurídicas: entre o hospital e o Estado, o vínculo é público e está submetido ao regime jurídico de direito público; entre o médico e o hospital, o vínculo é privado. Portanto, ainda que o Supremo tenha definido que a demanda deve ser direcionada apenas à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, para futura ação de regresso contra o sujeito que causou o dano voluntariamente, novamente a relação do terceiro setor não se encaixa neste panorama.

⁶⁷ RE 228.977, Min, Nélcio da Silveira, DJ 12/04/2002; **RE 327904 / SP, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 15/08/2006**; Ag. Reg. no RE 470.996-1/RO – Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 18/08/2009.

Essa é a razão pela qual deve ser conhecida, em primeiro plano, as circunstâncias causais que conectam uma conduta ao dano. Quando a construção fática demonstra que a causa foi exclusivamente a conduta do médico, neste caso específico a omissão (seu não comparecimento) a demanda deve ser contra este profissional, respeitando a relação jurídica de direito privado estabelecida entre este e o hospital. Eventualmente, poder-se-ia pensar em responsabilidade subsidiária do hospital filantrópico, a partir de uma presunção de culpa, pela falta de fiscalização sobre a prestação do serviço de saúde em questão.

Noutra situação, se o médico tem sua responsabilidade excluída com base em comprovada omissão do hospital, ou seja, ele foi diligente e fez o que estava ao seu alcance e dentro das suas possibilidades, como prestador do serviço público é o próprio hospital quem responderá pela eventual indenização, com a possibilidade de demanda contra o Estado, sob a égide da teoria do risco administrativo. Isso porque, a relação jurídica entre estes entes é de direito público. Da mesma forma, quando o dano foi causado pela omissão do Poder Público, deve restar caracterizada a responsabilidade extracontratual do Estado.

É possível uma nova acepção para esta relação jurídica complexa: quem deve pagar a indenização devida nos casos de dano, na saúde pública prestada pelo hospital filantrópico, quando as circunstâncias fáticas apontarem a causalidade para a omissão, é o próprio médico, solidariamente com o Hospital, e subsidiariamente o Estado, com a devida possibilidade de ação regressiva contra seu agente, no caso, o próprio hospital. Já o hospital, terá a possibilidade de entrar com ação regressiva contra o médico, não na forma do preceito constitucional, mas sob a égide do código civil, que a permite para evitar o enriquecimento ilícito.

Desta feita, a discussão se concentra em qual das esferas federativas deverá responder pelo dano. Mais uma vez, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça está dimensionado no sentido de responsabilizar exclusivamente o município, por eventual indenização decorrente de demanda pleiteada contra serviço de saúde pública, a exemplo do julgado:

Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do **SUS**, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI). As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o **SUS** serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas

no art. 198 da CF/88, obedecendo, entre outros, o princípio da descentralização político-administrativa, com "ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios" (Lei 8.080/90, art. 7º, IX, a). "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios [...] prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).⁶⁸

É mais prudente concordar com o ilustre Ministro José Delgado, que na mesma demanda, em voto vencido, discorre sobre a responsabilidade solidária da União no pagamento de indenizações por danos causados a terceiros, independentemente de culpa, que também pode ser aplicado ao hospital conveniado com o SUS.

Ademais, muito embora todos os entes da Federação integrem e financiem o SUS, e suas respectivas tarefas constituam uma rede bastante complexa dentro do sistema, verifica-se, a partir do art. 15, inc. II, da Lei n. 8.080/90, a qual regula a execução de ações e serviços de saúde, que os Estados e Municípios apenas administram os recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde em cada ano, não tendo competência para intervir nas questões referentes à destinação dos recursos orçamentários e financeiros do SUS. Sendo assim, o pagamento de indenização que venha a ser estipulada em caso de procedência de ação de indenização relacionada a atendimento médico realizado no âmbito do SUS competirá, em última análise, à União, que é o ente responsável pela distribuição de verbas direcionadas a esse Sistema.⁶⁹

No mesmo Tribunal Superior, a Segunda Turma tem posicionamento exatamente oposto no sentido de responsabilizar solidariamente os entes públicos: '[...] O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de **responsabilidade** solidária da União, **Estados**-membros e Municípios [...]'⁷⁰. Nesse sentido está o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nas palavras de Gilmar Mendes:

[...] O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. [...]

⁶⁸STJ. REsp 992265 / RS Ministra Denise de Arruda. Primeira Turma DJe 05/08/2009; e REsp 717800 / RS. Ministra Denise de Arruda. Primeira Turma. DJe 30/06/2008.

⁶⁹ STJ. REsp 992265 / RS Ministra Denise de Arruda. Primeira Turma DJe 05/08/2009

⁷⁰ STJ. REsp 913776/RS. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. DJ 20/11/2007.

Através do panorama apresentado é possível perceber a dificuldade no trato com o tema da responsabilidade extracontratual do Estado, porque, com a mesma lógica, é possível defender posicionamentos opostos. A lógica permite concluir que: se a União é a detentora da verba, ela deve ser a responsável pelo pagamento da indenização. No entanto, a realidade é complexa e não é possível atribuir a responsabilidade de pagar a um ente federativo, quando outro era responsável pela execução do serviço. E, ainda que essa questão fosse resolvida, o pagamento seria feito por meio de precatórios e não haveria efetiva satisfação na reparação do dano, devido a todos os problemas amplamente conhecidos desse sistema de pagamento de dívida pública.

Adequar a norma constitucional brasileira à realidade experimentada pelos usuários do serviço, no terceiro setor, é complicado, em razão das inúmeras inexactidões na estrutura criada na tentativa de sanar um problema de gestão pública. A ineficiência do Estado está em todas as esferas, daí a vertente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de responsabilizar objetivamente o Estado, quando o dano for decorrente necessário da omissão do Poder Público, em sua função de provedor e fiscalizador do sistema, de forma solidária e subsidiária entre os entes da federação. Mesmo assim, para sedimentar melhor a relação entre o Estado e o terceiro setor, seriam necessárias algumas modificações no sistema, entre elas a promulgação de normas específicas na tratativa desta matéria.

Em resumo: A relação entre Estado e hospital filantrópico é pública e se submete ao regime de direito público, por isso, está adequada à teoria do risco administrativo, já que o hospital recebe dinheiro público e honorários destinados ao SUS, para prestar o serviço de saúde de forma complementar. Já a relação entre o hospital e o plantonista é privada, visto que a escala gera o contrato verbal de prestação de serviço, cuja responsabilidade se restringe ao elemento subjetivo da culpa, já que não é possível atribuir responsabilidade objetiva ao médico.

Nesta construção, ainda existe mais um problema de coesão normativa, porque, de acordo com o art. 327, §1º, CP, os médicos que atuam na saúde pública são considerados funcionários públicos para a legislação penal e podem cometer os crimes contra a Administração Pública (esse entendimento foi utilizado recentemente em um julgado do STJ⁷¹). Entretanto, é preciso desconsiderar essa tratativa no âmbito do terceiro setor, porque se trata de uma circunstância especial, já que este médico presta serviço público em regime de direito privado.

⁷¹ STJ. REsp 252.081/PR. Arnaldo Esteves Lima, DJ 24/06/2006

Manter as relações anteriores pressupõe considerar responsabilidade subjetiva do médico, com responsabilidade solidária⁷² do hospital, na qualidade de responsável pela prestação do serviço e, conseqüentemente, com ação regressiva contra o médico, nos moldes da lei civil; responsabilidade objetiva do hospital, quando se tratar de conduta exclusiva deste (por exemplo, a manutenção de aparelhos, esterilização, existência de profissional qualificado, existência de medicação adequada, etc.), porque figura na qualidade de ente privado prestador do serviço público, com a devida ação regressiva, nos moldes do artigo 37, §6º, da Constituição Federal; e responsabilidade objetiva do Estado, quando o problema na relação jurídica estiver relacionado à própria prestação do serviço (ambulância, leito, etc.), ou tudo que for regulado e financiado pelo Estado, com a devida ação regressiva contra o hospital, nos moldes do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Não é razoável estabelecer responsabilidade objetiva do hospital para qualquer situação, porque, como já foi dito anteriormente, é preciso viabilizar a prestação do serviço, da melhor forma possível, e não criar entraves que possam vir a bloquear a atuação do terceiro setor, levando em consideração que são responsáveis por grande parte do atendimento de urgência e emergência do SUS. Sendo assim, melhor coordenar as relações de forma que justifiquem a aferição da responsabilidade, na modalidade objetiva, quando a atuação do ente o fizer figurar na posição de ente público.

Quanto à efetivação do montante indenizatório, quando se tratar de dívida pública, deverá ser feito por meio dos precatórios (artigo 100, CF), com exceção das dívidas de pequeno valor (Constituição Federal, art. 100, § 3.º), para o efeito de cobrança das dívidas da Fazenda Pública Estadual ou Municipal, independentemente de precatório requisitório, aquele inferior a quarenta (40) e trinta (30) salários-mínimos, respectivamente, nos termos previstos no art. 86 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 37/2002⁷³.

Assim, a promulgação da Emenda Constitucional n.º 37, (art. 3º), fixa o entendimento sobre a dívida de pequeno valor, no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e já caminha para a melhoria da efetividade dos montantes indenizatórios. *In verbis*:

⁷²“A responsabilidade pelas eventuais falhas de atendimento em decorrência da prática de sobreaviso, será assumida em conjunto pela Instituição e pelo médico contratado” (CRM - Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. Manual De Orientação Ética e Disciplinar. Volume 1 - 2a. edição revista e atualizada; Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos; Florianópolis - Março, 2000)

⁷³ TRT, 14ª região. AP. 0417/2002, ACÓRDÃO Nº:160/2003 PROCESSO, rel. Lafite Mariano TRT/RO 04/04/2003.

Art. 87 - Para o efeito do que dispõe o § 3.º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4.º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário que tenham valor igual ou inferior a: I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios [...].

Por outro lado, na relação privada, não existe nenhuma forma de efetividade certa na satisfação da dívida relacionada ao pagamento da indenização, o que torna necessária a responsabilidade subsidiária do hospital, no caso de não pagamento da dívida pelo plantonista responsável. Uma das soluções possíveis é o pedido de penhora do pagamento efetuado pelos planos de saúde ao hospital, enquanto não exista uma parcela de dinheiro reservada ao pagamento destas indenizações. Esta é uma das soluções encontradas pela prática forense.

Como pode ser visto até aqui, todas as relações e as opções de efetividade para a reparação do dano são frágeis e confusas. As relações são híbridas e demandam um raciocínio jurídico elástico para que haja justiça, além disso, a eficácia dos preceitos e a efetividade das demandas também ficam prejudicadas pelo liame frágil e de difícil concretização probatória. Daí, a necessidade do estudo de algumas soluções possíveis para esses problemas.

Da mesma forma que as relações foram delineadas serão as soluções: primeiro o trato com a relação entre o Estado e o hospital filantrópico, depois a relação entre o hospital e o plantonista à distância.

4.1.2 Contrato de Gestão como Ferramenta para a Problemática da Fiscalização dos Recursos

A terceirização da prestação do serviço de saúde para atendimentos terciários vem sendo promovida pelo Poder Público em convênios com a atividade privada, de hospitais filantrópicos. O convênio é diferente da delegação do serviço público ao particular, porque na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas tenham competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir os objetivos (PIETRO, 2011, p. 135).

O problema encontrado no convênio é a falta de reciprocidade de obrigações, o que gera vínculo do valor ao objeto do convênio durante toda a execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados (PIETRO, 2011, p. 236). Como a natureza da verba

continua sendo pública, a composição da responsabilidade civil se restringe aos moldes do regime jurídico público, com todas as implicações que isto pode gerar.

Além da exigência de prestação de contas, ao Tribunal de Contas competente, em razão do regime jurídico de direito público (artigo 24, parágrafo único, da lei 8080/90), deveria haver em todos os hospitais filantrópicos a existência de pelo menos um teste seletivo que vinculasse o profissional à instituição. Assim, o planejamento e o pagamento por plantão trabalhado restaria melhor estruturado e o vínculo entre o profissional e a instituição seria mais concreto. Este tema será explorado no próximo item.

A realidade experimentada por diversas instituições filantrópicas do terceiro setor demonstram a deformidade do sistema, visto que recebem dinheiro público e comportam-se como se privado fosse, já que a prestação de contas está à míngua, pela inexistência de funcionários para executar esse serviço no próprio Tribunal de Contas⁷⁴ e o comprometimento do plantonista dar os plantões tem sido feito verbalmente.

Neste contexto, uma das opções existentes no sistema é o contrato de gestão, que foi idealizado no direito francês como meio de controle administrativo ou tutela sobre as suas empresas estatais. Mesmo antes disso, o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado. Mais recentemente, os contratos de gestão passaram a ser celebrados com os próprios entes da Administração Direta, a atingir determinados objetivos institucionais, fixados em consonância com programa de qualidade proposto pelo órgão interessado e aprovado pela autoridade competente, em troca, também, de maior autonomia de gestão (PIETRO, s/data).

Além disso, o contrato de gestão tem sido utilizado para acordos celebrados com entidades da administração indireta e entidades paraestatais (principalmente as organizações sociais). Nada impede, porém, que os contratos de gestão possam ser utilizados na situação em que, atualmente, utiliza-se do instrumento de convênio. Isso porque, nos ordenamentos jurídicos atuais, a incorporação dos direitos sociais como metas de políticas públicas em função do texto constitucional, fez com que fossem criados mecanismos capazes de estender o instituto da delegação aos serviços públicos sociais: exercício do Estado sem a exclusão do setor público não-estatal.

⁷⁴ O Tribunal de Contas do Paraná é um exemplo desse contexto, pelo fato de ter requerido auxílio das Universidades Estaduais de Londrina e de Maringá para conseguir fiscalizar a aplicação do dinheiro público aplicado nestes municípios.

Essa delegação deve ser entendida de uma forma mais abrangente, diferente da explicação de Pietro. Explica Aragão (2008, p. 744) que, nesses casos, não é o exercício da atividade delegado sem trespasse, mas sim, o exercício com o apoio do Estado de atividade que poderia ser exercida por direito próprio, tanto pelo Estado como pelo particular. Lembrando que se está diante das entidades públicas não-estatais, no sentido de exercer serviços públicos e administrar o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público, que se flexibiliza, deixando de ser essencialmente formal, como ocorre hoje em relação às entidades da Administração Indireta, e passa a ser um controle de resultados (PIETRO, s/data).

Da mesma forma ocorrerá com as organizações sociais, e da mesma forma poderá ocorrer com relação ao terceiro setor. Não se pode, por meio do contrato de gestão, descumprir as normas, pois deve ser respeitado o direito positivo. Assim, a autonomia concedida a essas entidades não pode ultrapassar os limites legais. No caso do terceiro setor, haveria cerceamento da autonomia, pois estas ficariam submetidas às exigências contidas no contrato de gestão, cujo conteúdo, em razão do tipo de serviço prestado (essencial), deveria ser o mesmo exigido para os contratos de gestão internos à Administração Direta: a. forma como a autonomia é exercida; b. metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato; c. controle de resultado.

Assim, que hipótese da existência de um contrato de gestão entre as entidades sem finalidade lucrativa e o Estado, surge como possibilidade de solução de problemas, na seara da prestação do serviço de saúde, no sentido de possibilitar maior fiscalização para evitar o dano e reduzir o montante de indenização, o que beneficia tanto o Estado, quanto o usuário. Isso porque, o principal objetivo desse tipo de instrumento é a eficiência, nos moldes do *caput* do artigo 37, da CF; o Estado fixa as metas, estimula sua prestação por meio dos incentivos e isenções, além da aplicação de verba pública, e sujeita essas entidades ao controle de resultados, que na situação atual, não tem nenhuma expressividade.

O problema maior está na forma de verificação dos resultados, no sentido da ausência de índices técnicos e a baixa quantidade de índices econométricos metodologicamente definidos para determinar os resultados de eficiência na área da prestação do serviço de saúde, impedindo a fiscalização real com necessidade de uma reformulação desse controle. Não existe hoje, na atuação público não-estatal uma composição de metas e a verificação *in loco* na aplicação dos recursos financeiros aplicados pelo Poder Público.

A questão, portanto, é determinar que essas entidades, juntamente com o Tribunal de Contas da União e dos Estados, até em conjunto com as Universidades possam estabelecer indicadores sócio-econômicos, submetidos a uma metodologia direcionada ao controle das políticas públicas, para que haja mais objetividade nos critérios de controle da aplicação das verbas públicas, principalmente no setor público não-estatal. A forma mais interessante de adequação desses resultados é prestigiar as entidades mais eficazes com maior repasse das verbas. Já se cogita a possibilidade de concretizar esta opção.

Fora isso, ao estabelecer o contrato de gestão, no qual o Poder Público delimita a atuação da entidade sem finalidade lucrativa, o Estado passa a figurar alheio à cadeia de responsabilidade, facilitando a movimentação processual para a satisfação do crédito indenizatório. A relação entre o Estado e o terceiro setor passa a ter natureza mais privada do que pública e vincular sua responsabilidade às disposições do contrato, formalizando concretamente sua atuação. Em outro polo, a entidade privada será obrigada a gerir os seus recursos de forma eficaz porque se tornará o pico da cadeia, ou seja, haverá presunção de culpa se a meta estabelecida pelo contrato de gestão não for cumprida. Da mesma forma, ao atender um contingente que ultrapasse as condições específicas, o hospital estaria isento da responsabilidade, passando o Estado a figurar no polo passivo da ação indenizatória. Dessa forma, o conteúdo da prestação de serviço fica melhor delimitado, e a aplicação da verba poderia ser verificada com uma simples auditoria externa.

4.1.3 Regime de Sobreaviso: Contrato Civil, Remuneração pelo Serviço e Publicidade da Relação Jurídica

Durante toda esta pesquisa, falou-se do médico plantonista à distância na relação com o hospital, exclusivamente sobre seu comparecimento em razão de figurar na escala e ser responsável pelo plantão. Contudo, para que haja o delineamento de uma solução razoável, é preciso compreender um pouco mais essa problemática relação. Existem alguns motivos⁷⁵ para que o comportamento dos profissionais em sobreaviso venha se desenvolvendo desta maneira, sendo um deles, e o principal, a falta de, ou a baixa, remuneração.

⁷⁵ A utilização da palavra “motivos”, e não “justificativa”, reside na ideia de que existem razões para que os plantonistas estejam displicentes no cumprimento de suas obrigações em sobreaviso, contudo estas não justificam, no sentido de isentarem a responsabilidade, a negligência.

São diversas as consultas ao Conselho Federal de Medicina e aos conselhos regionais questionando tanto a ausência de remuneração, quanto o controle que a direção clínica exerce sobre os plantonistas em sobreaviso. Em regra, os pareceres surgem no sentido de indicar constrangimento imposto ao médico quanto à obrigatoriedade de participar de plantões ou de praticar qualquer ato médico quando este não se encontra tecnicamente preparado⁷⁶. Além disso, considera descabida a existência de escala de plantão gratuito; admite que qualquer médico pode exercer a atividade de plantonista geral; considera que somente a existência de vínculo empregatício torna obrigatória a participação em plantões.

Em um de seus pareceres, o CFM indica ainda que, se existir uma escala de plantão e se o cumprimento desta é obrigatório, está claramente configurada a relação trabalhista e ao médico é reconhecido o vínculo trabalhista e o devido salário de direito (art.244 da CLT)⁷⁷. Não é o entendimento desta pesquisa, visto que, a partir das considerações dos capítulos anteriores, a relação entre o médico plantonista e o hospital se restringe à esfera cível, transpondo-se para o direito do trabalho apenas quando houver carteira assinada.

Contudo, o mesmo conselho opina no sentido de o sobreaviso remunerado ser “uma forma condenável de trabalho médico, ante o fato de que muitos profissionais nunca ou raramente são encontrados, gerando reclamações e denúncias nunca provadas ante a resposta: “não fui encontrado”, “o *bip* ou o *celular* não chamou.” Essa indecisão sobre a correta formalização da prestação de serviço de atendimento médico em regime de sobreaviso confirma a inquietação para qual foi destinada esta pesquisa.

Esta é a razão pela qual se faz necessário, após refletir sobre a posição desse profissional na relação jurídica e na cadeia de responsabilidade, tentar estabelecer certa homogeneidade no trato com a própria profissão, no sentido de tentar eliminar muitos dos problemas enfrentados até agora. Como já foi dito, parte-se da premissa que o vínculo entre o médico em sobreaviso e o hospital privado, prestador de serviço público relativo ao SUS, é um contrato civil de prestação de serviços. Agora é preciso definir o conteúdo deste acordo.

O fato deste acordo de vontades não ter caráter remuneratório pela disponibilidade, não significa que não seja remunerado, como muitos profissionais têm defendido e questionado no CFM. A remuneração é por produção e vem direto do Poder Público, repassada para o médico. Para melhorar a efetividade da prestação do serviço é possível pensar em um valor referente às horas em disponibilidades, mas o regime para o médico plantonista presente também deverá ser considerado em horas e não em produção.

⁷⁶ Parecer CFM No. 13/90, de 11/05/90; Parecer CFM No. 19/93, de 12/11/93.

⁷⁷ Parecer CFM No. 19/93, de 12/11/93.

Assim, se o plantonista presente receber por produção, o plantonista à distância deverá receber também por produção, mas não poderá deixar de atender em razão do acordo estabelecido pela autorização da colocação do seu nome na escala. Em contrapartida, se o plantonista presente recebe por plantão, o plantonista à distância poderá ter sua hora remunerada em um percentual inferior, e mais ainda, estará obrigado a comparecer ao atendimento com prontidão.

Prontidão significa chegar ao destino em um tempo razoável. Nesse sentido, seria interessante estabelecer algumas regras para que o médico esteja no local do atendimento no momento em que é convocado, por exemplo, deixar expressa a impossibilidade de estar em outra cidade no dia que estiver de plantão. Além disso, sempre deixar um substituto, na própria escala, em caso de imprevistos ou casos fortuitos.

Por último, em razão da prestação de serviço público, é preciso dar publicidade ao conteúdo da escala, como nas tentativas dos projetos de lei no norte do País. O projeto de autoria do deputado Júnior Ferrari (PTB) tentou que as unidades de saúde do estado do Pará fossem obrigadas a afixar diariamente a escala de plantão com os nomes dos médicos e suas especialidades, e por uma questão de competência, restringiu-se a regular as unidades estaduais. Uma das razões foi melhorar problemas como a falta de corpo médico, o acúmulo de plantões em diversos hospitais, a não observância das escalas de plantões e a impunidade, por absoluta falta de fiscalização. Outros deputados também fizeram as mesmas propostas para suas casas legislativas, mas ainda não houve resposta definitiva.

Caso a prestação de serviço público fosse gerida por um contrato de gestão, o hospital teria maior liberdade com relação aos plantonistas escalados, não seria necessária essa publicidade, mas ficaria também responsável por qualquer intercorrência que viesse a acontecer durante estes plantões, excluindo, como já foi dito, o Estado do polo passivo da ação de indenização, o que facilitaria o trâmite processual. Nesse caso, os médicos teriam que se submeter ao contrato escrito e teriam que decidir, definitivamente, qual a natureza do vínculo contratual mantido com a entidade (se trabalhista ou civil).

Por óbvio que, mesmo que haja máximo esforço para sanar todas as lacunas desta relação jurídica, fica impossível resolver todos os problemas porque o plantão à distância é apenas um pequeno item do complexo universo da prestação de serviço de saúde pública pelo terceiro setor. Não há como identificar uma única solução adequada e eficiente ao ponto de eliminar as dúvidas em relação a esse tipo de demanda.

4.1.4 Normatização da Responsabilidade Jurídica do Plantonista à Distância como Meio de Viabilizar o Sistema

O objeto desta pesquisa começou a ser delineado a partir da ausência de normas jurídicas que disciplinassem a matéria relativa ao plantão à distância e as consequências pela omissão do médico responsável, que poderia vir a causar dano a pacientes em espera. Neste sentido, em que pese as possíveis soluções passíveis de serem compostas pelo próprio sistema, o ideal seria a confecção de um instrumento normativo, o qual regulasse essa circunstância.

O Brasil tem uma cultura jurídica que exige a existência de um documento formal de regulamentação para que se cumpra uma norma, muitas vezes já existente em outro documento jurídico e que possa ser adaptada.

Assim, mesmo com o Código de Ética (resolução do CFM) e com o Código Civil (lei), a relação jurídica do plantonista à distância continua deficiente. É nesse sentido que uma solução para o sistema poderia ser a confecção de uma lei, com formato de estatuto, que regulamentasse a prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor, nas modalidades de filantropia, OS e OSCIP, além de estabelecer as regras sobre a execução dos serviços e os profissionais envolvidos, entre coisas como a natureza jurídica das relações e as responsabilidades.

A lei que regulamenta o SUS (8080/90) dedica uma pequena parte de seu texto para a iniciativa privada na prestação de serviço público (Título III), composta de apenas sete artigos. Uma composição fática tão complexa merece maior dedicação no trato, na tentativa de eliminar o máximo de problemas decorrentes.

Além disso, o conteúdo⁷⁸ repete automaticamente as normas constitucionais e tem como maior preocupação o financiamento e a coordenação dos serviços. A execução fica toda por conta da entidade. Os Conselhos, com as consultas específicas, acabam regulando peculiaridades sem atinarem-se para o todo. Essa é a razão pela qual seria

⁷⁸ Vide artigos 20 a 26, da Lei nº 8080/90, em especial: Art. 20 “Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.”; art. 24 “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.”; Art. 25 “Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

interessante uma composição normativa que abrangesse o sistema e a execução do serviço, deixando as questões de financiamento para o Poder Público nas leis orçamentárias⁷⁹.

Os problemas a serem resolvidos são inúmeros e as sugestões servem como base para entender um pouco, na prática, o funcionamento deste sistema. Reclamações giram em torno, basicamente, da remuneração do médico, da falta de estrutura para o atendimento e da forma de pagamento dos financiamentos. A construção de um instrumento normativo, ou mesmo, uma alteração na norma já existente, a partir das experiências práticas dos envolvidos, torna o conteúdo mais democrático. Por óbvio que é impossível coordenar os interesses individuais de todos. Por essa razão, devem ser prestigiados os interesses sociais coletivos, no caso, o atendimento mais eficiente. Dentro desta perspectiva, é preciso definir, então, quais são os elementos necessários para a confecção deste instrumento.

Em primeiro plano, indicar as normas Constitucionais, ou seja, em quais são embasadas a possibilidade de prestação de serviço pelo terceiro setor. Depois, definir qual a natureza jurídica desta relação e qual o instrumento do acordo. Se for convênio, o sistema é público e o contrato deverá se submeter ao regime jurídico de direito público, se for contrato de gestão, ao regime de direito privado, ambos com prestação de contas, devido à natureza da verba pública aplicada ao hospital filantrópico.

Assim, quando se tratar de convênio, o médico plantonista à distância estará vinculado à responsabilidade subjetiva do artigo 37, §6º, da CF, de forma que o hospital vai responder como se Poder Público fosse, sozinho ou em litisconsórcio, com possibilidade de ação regressiva contra o responsável. Para a vítima, mais interessante é a formação do contrato de gestão, no qual o vínculo tanto do médico quanto do hospital se torna privado, e o trâmite não possuirá, nesse caso, todas as prerrogativas do Poder Público.

A discussão em relação ao Código de Defesa do Consumidor e ao Direito Penal torna-se desgastante, visto que cada um coloca o profissional liberal com uma natureza: o Código Penal como se agente público fosse, porque considera a natureza do serviço, e o Código de Defesa do Consumidor como profissional liberal, com responsabilidade subjetiva, impossibilitando a solidariedade ou subsidiariedade com relação ao hospital.

Assim, se a relação for considerada a partir da estrutura delineada acima, será equiparado a agente público o plantonista à distância que trabalhar em hospital filantrópico vinculado ao SUS por meio de convênio. Este não se submete ao Direito do

⁷⁹ A título de curiosidade, porque não faz parte do objeto desta pesquisa, foi editado um decreto (7508/11) recentemente, para regulamentar a lei do SUS (8080/90), com a intenção de homogeneizar os conceitos do SUS e as ações específicas, como por exemplo, a distribuição de medicamentos. Não faz menção à execução do serviço dentro dos hospitais. Ver Decreto 7.508/11.

Consumidor, porque os responsáveis pelo bom atendimento serão o hospital e o próprio Estado, dentro da norma consumerista a qual determina que os serviços públicos devem funcionar com qualidade e eficiência. Já o médico com vínculo civil, a partir de um contrato de gestão do hospital com o Estado, não terá firmado um contrato direto com o paciente, restando como fornecedor o próprio hospital. Assim, com relação ao direito do consumidor, sempre ou Estado ou hospital seriam os demandados.

Estabelecidas essas premissas, é preciso identificar, tanto no regime jurídico de direito público, quanto no regime jurídico de direito privado, quais são as obrigações e os direitos do plantonista à distância, em consonância com a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Ética Médica. Ao analisar as reclamações nas consultas ao CFM, percebe-se que não é só o paciente prejudicado pela ausência de estrutura normativa, mas o próprio profissional também. Essa é a razão pela qual resta fundamental um rol de direitos e obrigações. Seria possível até incluir no Código de Ética um capítulo a respeito do plantão à distância.

Deve ser tomado o cuidado necessário nessa construção para que se torne viável ao hospital manter o vínculo com o SUS. Definir o conteúdo desse documento no final de uma pesquisa como esta seria temeroso, o que permite apenas alguns delineamentos sobre o tema. Os problemas já foram reconhecidos durante o trabalho: discussões sobre a remuneração do plantão à distância, a obrigatoriedade de atendimento sem condições de viabilidade e a obrigatoriedade de comparecimento pessoalmente ao atendimento no local do plantão. Pelo menos essas três matérias devem integrar o conteúdo normativo.

A dificuldade na construção desta norma está no fato de que cada uma das determinações implica em consequência jurídica modificadora do sistema, com vínculo real de responsabilidade direta a um dos envolvidos, como, em regra, deveria acontecer em todas as relações jurídicas. Daí que essa confecção deve ser feita com muita calma e tentando verificar qual seria a consequência prática da mudança, para que nenhuma das partes venha a ser prejudicada ou a prestação do serviço seja inviabilizada.

A despeito de toda a discussão proferida no decorrer deste trabalho, resta a proposta como meio de tentativa para maior efetividade no tratamento com as relações que envolvem o plantonista à distância, no sentido da responsabilização do real sujeito causador, e sua respectiva indenização, como meio eficaz de reparação do dano. Ainda que não exista um formato engessado para a solução do problema, é preciso enfrentar o tema e criar um instrumento que regule essa prestação de serviço, de forma que homogeneíze a tratativa desta matéria em todo território nacional.

CAPÍTULO V

CONCLUSÕES

O Estado social retomou para si o dever de promover e manter o bem estar de sua sociedade, em todas as suas dimensões. Contudo, o sistema de saúde pública está deficiente: há desproporcionalidade entre o exercício da atividade médica e sua remuneração; os meios de atendimento e os estabelecimentos de saúde estão sucateados; e há incompatibilidade entre os valores gastos com os tratamentos executados e os valores repassados pelo SUS. A estrutura normativa que resguarda tanto a vítima quando a relação entre médicos está incoerente com a realidade.

A Democracia exige uma visão ampla do direito porque a norma por si só não vem sendo capaz de tutelar, de forma efetiva, as relações na área médica. É preciso formar uma consciência mais expressiva, para que possa exigir as implementações necessárias ao Poder Público, e na comunidade jurídica, para que analise os casos da forma mais eficaz, adaptando as normas às novas teorias jurídicas que estruturam a realidade atual.

O corte metodológico desta pesquisa permitiu identificar na relação jurídica que envolve o plantonista à distância uma deficiência normativa que impede, atualmente, a aferição da responsabilidade pelos atos geradores de danos, com relação à prestação de serviço destes profissionais, no hospital filantrópico pertencente ao terceiro setor.

A responsabilidade civil no CC/02 existe em duas modalidades e, portanto, é composta de elementos essenciais genéricos, quais sejam, a conduta volitiva, a contrariedade da norma, o dano e o nexo de causalidade. E um elemento específico: culpa, na modalidade responsabilidade subjetiva. A responsabilidade civil tem um caráter preponderantemente reparatório, sendo reflexo disso a indenização medida pela extensão do dano causado.

A análise fática da responsabilidade deve observar as relações Hospital-médico; plantonista presente-plantonista à distância; médico-paciente. A norma referente à relação plantonista à distância-plantonista presente está deficiente e não corresponde à realidade, desrespeita a ética, a dignidade, a razoabilidade e o profissionalismo, gerando graves injustiças para o profissional que atua de forma presente nos atendimentos de urgência e emergência, para a vítima e para o próprio profissional que atua sem segurança jurídica.

Para sanar essa lacuna, é preciso utilizar-se de subterfúgios doutrinários conectando as novas teorias da responsabilidade à norma existente, readaptando o contexto fático descrito ao real. Portanto, há necessidade de uma nova interpretação jurídica que

atribua ao real causador do dano a responsabilidade por sua omissão, pela readequação da teoria da causalidade direta para permitir que se faça uma ponte entre o dano e seu potencial causador.

A medicina é uma atividade antiga nascida num contexto místico, cuja responsabilização por eventuais prejuízos nasceu de forma objetiva no Egito Antigo e incorporou os conceitos gregos filosóficos da ética e da moral, sendo estruturada sob tais princípios, até se tornar subjetiva, responsabilizando o médico somente quando houvesse provada sua culpa. Atualmente, é pacífico o entendimento de que a responsabilidade médica é subjetiva, ainda que a culpa seja presumida.

Só gera responsabilidade de indenizar ou sanção pessoal a responsabilidade jurídica. Responsabilidade moral se restringe ao próprio consciente do ser humano. Portanto, só geram responsabilidade os fatos produzidos por um indivíduo, no caso o médico, juridicamente capaz, puníveis ou moralmente reprováveis, ou ainda violação de direito, que acarrete reflexos jurídicos. Enquanto a responsabilidade civil tem um caráter preponderantemente reparatório, a responsabilidade penal tem um caráter punitivo. Reflexo disso é que a indenização civil é medida pelo dano causado, enquanto a pena é calculada na medida da reprovabilidade do ato.

De forma genérica, o que foi possível constatar, dentro da estrutura normativa existente no Brasil é: o Estado tem responsabilidade objetiva e deve responder em todos os casos, solidária ou subsidiariamente, para resguardar o direito a reparação total do dano sofrido, nos moldes da Teoria do Risco Integral, além de cumprir o dever de manutenção da saúde ainda que não haja estipulação legal, quando se tratar de serviço público submetido ao regime jurídico de direito público.

O Hospital, quando possuir vínculo com o Estado através de um convênio ou termo de parceria, pode figurar equiparado ao ente público, conforme interpretação literal no artigo 37, §6º, da CF, e submeter-se-á à teoria do risco administrativo da mesma maneira, respondendo objetivamente pelos danos causados por profissionais vinculados ao atendimento. O problema na relação com o plantonista à distância foi estabelecer o vínculo.

A solução encontrada teve como base o artigo 13, §2º, II, do Código Penal, o qual indica que tem responsabilidade pela omissão quem voluntariamente se colocou na posição de garantidor. Neste caso, estar na escala é uma decisão exclusivamente discricionária do médico, e, sendo voluntária, gera a responsabilidade pelo não comparecimento, com a presunção da culpa e o deslocamento do nexos causal para o momento anterior, no qual o paciente perde a chance de cura. Assim, é preciso condensar a construção da omissão, no

direito penal, com a causalidade adequada e a perda de uma chance para que seja possível vincular o plantonista à distância ao dano provavelmente causado pelo seu não comparecimento.

Apesar de a doutrina sustentar um posicionamento de ausência de nexo causal na omissão, ou chamado por alguns de nexo de impedimento, preferiu-se nesta discussão a composição teórica de Pinheiros, baseando-se em Thompson, que diferencia o papel causal exercido por eventos e o exercício por estado de coisas, sendo o primeiro modificação nas propriedades da coisa e o segundo imutável. Existem estados de coisas permanentes e temporários. Assim, se o enunciado de leis causais parece supor estados de coisas temporários, que indicam tipos de estados de coisas, as realizações concretas dessas leis supõem estados de coisas permanentes, que são instâncias desses tipos.

A omissão é um estado de coisa negativo, ou seja, é a negação do estado positivo da coisa, sendo preciso que haja vínculo deste evento com o estado negativo, de tal forma que, sem este fato a ocorrência do evento não seria possível e uma consequência tenha se seguido exatamente por conta deste evento (nexo de evitabilidade). Nesse sentido, a escolha do sujeito pelo não agir é relevante para se entender o que aconteceu no ambiente fático, pois, a própria escolha se torna um fato positivo real.

Mesmo assim, existem duas conclusões básicas na relação entre ação e omissão: 1. As ações são, em geral, mais claramente circunscritas no tempo, ou seja, é possível atribuir claramente um início e um fim precisos; 2. Há um número limitado de ações realizadas em certo momento, enquanto há um número ilimitado de omissões ocorrendo no mesmo momento. Por essa razão foi preciso definir a premissa básica de que a relação causal surge a partir de um contexto fático, em certo tempo e espaço, sob o pressuposto de que as omissões, assim como as ações, estabelecem relações causais genuínas entre certos comportamentos e suas consequências, sendo que o comportamento da pessoa que se omite é apenas uma condição para que a consequência visada ocorra, no sentido de que a omissão envolve cadeias causais externas àquelas que estão sob o controle do agente.

Em sendo assim, as omissões devem ser consideradas como causas parciais de seus efeitos, vinculada a um evento que venha a modificar o estado da coisa, de tal forma que, sem este fato a ocorrência do evento não seria possível e uma consequência tenha se seguido exatamente por conta deste evento. Além disso, deve haver um evento que transforme o estado da coisa positivo imediatamente anterior à omissão.

O estado da coisa inicial é o plantonista x estar escalado, por sua própria vontade, a ser o médico responsável pelo plantão à distância naquele determinado dia. O

evento imediatamente anterior ao estado negativo (ausência do plantonista no local) é a convocação, por qualquer meio de comunicação, pelo plantonista presente, ou qualquer membro da equipe deste profissional, para comparecer no local e prestar o atendimento.

Assim, a obrigação de comparecer ao atendimento se torna o estado da coisa permanente positivo, em razão da permissão do próprio profissional de manter seu nome na escala, ou seja, a incidência normativa se faz desnecessária, visto que (de acordo com a alínea 'b' do parágrafo segundo do artigo 13 do Código Penal) este plantonista se colocou na situação de garantidor por livre e espontânea vontade.

Talvez, em razão do modelo de Direito Penal adotado no Brasil, não seria possível estabelecer um nexo causal em relação ao sujeito para que houvesse responsabilização pessoal pela omissão. Contudo, a partir da relação causal exposta pelas teorias anteriormente apresentadas, na esfera cível poderia ser utilizado o mesmo modelo de relação causal positiva imediatamente anterior à omissão causadora do dano.

O Direito Civil permite a flexibilização do nexo causal a ponto de possibilitar a relocação dos elementos da relação jurídica de modo a estabelecer um vínculo presumido entre a causa e a consequência jurídica. Nesse sentido, tanto o não comparecimento do plantonista quanto a não confecção da escala, exigem o mesmo raciocínio e a mesma fundamentação jurídica, modificando apenas a condição do agente responsável.

A escala de plantões aparece como a materialização documentada da manifestação de vontade entre o prestador de serviço e o hospital, criando um vínculo obrigacional. Mais especificamente, a livre disposição exteriorizada com a intenção de conjugar os sentidos para estabelecer um negócio determinado e serve como comprovação da livre manifestação de vontades para a prestação dos serviços de atendimento médico em regime de plantão à distância. Portanto, em que pese a não existência do contrato escrito, a escala prova a existência de um contrato verbal, de natureza civil, cujo conteúdo é a prestação de serviço de atendimento médico especializado, em regime de sobreaviso, cujas regras de execução se encontram no regimento interno do hospital, nas resoluções dos Conselhos Federal e Regional, entre elas, o Código de Ética Médica e as regras do plantão à distância.

Mas esse é apenas um dos problemas. O não comparecimento ou o atraso no comparecimento do plantonista ou de seu delegado gera a problemática na relação entre a omissão e o dano porque na área médica existe um diferencial: a consequência danosa, às vezes, não pode ser identificada porque o objeto atingido é o próprio corpo, seja fisicamente, seja psicologicamente. Por isso, foi preciso analisar qual das novas teorias da responsabilidade é possível ser aplicada para aumentar a efetividade da reparação deste dano.

A teoria da perda de uma chance é a teoria que melhor se adéqua às circunstâncias fáticas. Os requisitos impostos pelo STJ para a aplicação dessa teoria são a seriedade da probabilidade dos ganhos e sua relação de causalidade direta com a conduta. Não obstante a incerteza da eficácia do tratamento médico que seria empregado ou mesmo a despeito da reação corporal do paciente, é unânime o entendimento de que a presença do especialista gera maior chance de sucesso.

No caso da perda de uma chance existe a presunção do nexo de causalidade com relação ao dano, porque o vínculo estará na omissão do médico em relação à possibilidade de sucesso do paciente. Assim, há seriedade na probabilidade dos ganhos desse paciente, caso o tratamento fosse empregado pelo profissional competente.

Quanto à relação de causalidade, não existe o vínculo de necessariedade da omissão ao dano como causa direta e imediata, há apenas o evento que determinou o último estado positivo da coisa (convocação), o qual gerou o estado negativo (a omissão). Assim, fica clara a necessidade da utilização da teoria da causalidade adequada para esse tipo específico de situação, pois causa será o fator mais apropriado para a produção do dano. Assim, abstratamente é possível a presunção do liame causal entre a omissão e o dano, já que a relação causal da conduta, o dano efetivo e a culpa já foram estabelecidos em momento anterior. De trás para frente na relação de causalidade, é possível presumir, não que a omissão gerou o dano, mas que a omissão impediu uma real possibilidade de ganho para aquele paciente que não recebeu o atendimento.

Quando o doutrinador determina que o nexo de causalidade é estabelecido por meio da causa mais adequada à geração do resultado danoso, permite que se estabeleça o raciocínio coerente com a realidade: a ausência do plantonista à distância foi a primeira ocorrência relevante para a caracterização do dano, a contrário senso, se o plantonista estivesse presente, haveria grande chance de o dano não ter ocorrido.

Aumenta-se o nível de subjetividade da relação jurídica, fazendo-se mais necessária ainda a atuação dos Conselhos Médicos na promoção de pareceres sobre tais circunstâncias fáticas. Mais coerente que atribuir esse tipo de opinião aos Tribunais Superiores, os quais não possuem profissionais da área médica e, portanto, não estão aptos a opinarem sobre as consequências dos atos médicos.

Em que pese a construção de uma relação causal entre a omissão do plantonista á distância e o dano, o vínculo jurídico ainda é tênue. Para facilitar a reparação do dano e a prova de autoria é possível identificar alguns elementos que, se modificados na

relação jurídica, poderiam solidificar a segurança jurídica do paciente que sofre algum atentado contra a sua dignidade.

A existência do convênio na prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor gera a responsabilidade extracontratual do Estado e a colocação do hospital filantrópico como se Estado fosse, indicando a sua responsabilidade objetiva pelo dano causado ao paciente. Mas o trâmite processual se daria de forma muito complicada. Assim, uma das soluções propostas é a utilização do instrumento de contrato de gestão, o qual atrairia essas relações jurídicas para o campo privado, simplificando o trâmite processual, contudo ainda existirá o problema da verificação dos dados para a fiscalização. Quanto à relação do plantonista, é preciso que haja contrato civil, remuneração pelo serviço e publicidade da relação jurídica.

Mas a solução está um tanto distante, visto que o Brasil tem uma cultura jurídica que exige a existência de um documento formal de regulamentação para que se cumpra uma norma, muitas vezes já existente em outro documento jurídico e que possa ser adaptada. É nesse sentido que uma solução para o sistema poderia ser a confecção de uma lei, com formato de estatuto, que regulamentasse a prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor, nas modalidades de filantropia, OS e OSCIP, além de estabelecer as regras sobre a execução dos serviços e os profissionais envolvidos, além da natureza jurídica das relações e determinar de forma específica estrutura jurídica da atribuição das responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ABIPEM. Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais. Disponível em: <<http://www.abipem.org.br/>>.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

ÁLVARES, Agenor. *Entendendo o SUS*. Ministério da Saúde, Governo Federal. Disponível em: <http://189.28.128.100/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf>.

ANVISA. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisa legis/>>.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. *Dicionário das citações*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BASSOLI, Marlene Kempfer; CHENSO, Marina Zuan Benedetti. O Direito social fundamental à saúde: responsabilidade (extra) contratual do estado e o terceiro setor. In: CONPEDI, 19., Florianópolis, 2010. *Anais...* Florianópolis: Boiteux, 2010

BASSOLI, Marlene Kempfer; CHENSO, Marina Zuan Benedetti. Serviço de saúde no Brasil: atuação pública e pública não-estatal a partir do modelo constitucional (1988) e da reforma do Estado (EC 19/98). In: CONPEDI, 20., Florianópolis, 2011. *Anais...* Florianópolis: Boiteux, 2011

BELTRAME, Alberto; PICON, Paulo Dornelles (Ed.). *Protocolos Clínicos e diretrizes terapêuticas*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/index.htm>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

_____. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2.

BOBBIO, Norberto; MANTTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BOKLIS, Daniel. *Erro médico*. Saúde Business na Web. Disponível em: <<http://www.saudebusinessweb.com.br/noticias/index.asp?cod=60925>>. Acesso em: 18 set. 2009.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Organização da sociedade civil de interesse público (oscp): promoção e construção de (novos) direitos e assessorias jurídica de caráter suplementar.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor empresa e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Fundação Nacional de Saúde. *Manual de cooperação técnica e financeira por meio de convênios/2008*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Livro Digital. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/bvs>>.

BRUCH, Kelly Lissandra. Convênios administrativos. *Rev. Disc. Jur.*, Campo Mourão, v. 4, n. 2, p.91-121, ago./dez. 2008.

BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. *História da civilização ocidental: dos homens das cavernas às nave espacial*. Tradução de Donaldson M. Garschagem. 38. ed. São Paulo: Globo, 1997. v. II.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Imprensa Nacional, 1995.

CASTIGLIONI, A. *Histoire de la médecine*. Paris: Payot, 1931.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAPPELL, Timothy. The action-omission and duple effect distinctions. In: TOLLEFSEN, Christopher (Org.). *Bioethics with liberty and justice: themes in the work of Joseph M. Boyle*. South Carolina University, Spring Science Business Media, 2011. p. 113-140

CHAPPELL, Timothy. Two distinctions that do make a difference: the action/omission distinction and the principle of double effect. *Philosophy*, v. 77, n. 2, p. 211-233, 2002.

CNBI. *Relatório do Comitê Nacional de Bioética Italiano*. 21 jun. 1996. Versão em português. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM. *Pareceres*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1834_2008.htm>.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE - CONASS. *Assistência médica de alta complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – CRM. *Manual de orientação ética e disciplinar*. 2. ed. Florianópolis: Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos, 2000. v. 1. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crm-sc/manual/parte2c.htm>>.

COSTA, Henrique Araújo; COSTA, Alexandre. *Erro médico: a responsabilidade civil e penal dos médicos e hospitais*. Brasília: Thesaurus, 2008. Livro Digital.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

- DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. II.
- _____. *Lei de introdução do código civil brasileiro interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidência. *J Vasc Bras*, v. 6, n. 1. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>>.
- ESTOURINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 6. ed. São Paulo: BKY, 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FL., Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3
- GIANINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo 4 - I procedimenti amministrativi*. Milão: Dott.A. Giuffrè (AG), 1969.
- GORDON, Richard. *The alarming history of medicine*. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Ediouro, 2002.
- GUIMA. *Definições de saúde*. Rede Humaniza SUS. 2008. Disponível em: <<http://redehumanizasus.net/node/3589>>. Acesso em: 29 jul. 2009.
- HAYES, Andrew Wallace. *Principles and meyhods of toxicology*. 5. ed. Boston: Taylor and Francis, 2007.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. III, Parte Especial.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: RT, 2003.
- LEGAL DICTIONARY. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/R/ResIpsaLoquitur.aspx>>.
- LEITE, Maurílio Moreira; BUCH, João Marcos. *Reflexões sobre as alterações do CPP pela lei n. 11.719/08*. Disponível em: <http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ CPP_alteracoes_2008_-_reflexoes_ambos_-_encarte.pdf>.
- LONDRES, Luiz Roberto. *Plante a semente*. Ecos, sociologia médica. Disponível em: <<http://www.luizrobertolondres.com.br/ecos/citacoes.asp?tema=18>>.
- LYONS, Albert S.; PETRUCCELLI, R. Joseph. *Historia de la medicina*. Tradução de Nelson Gomes de Oliveira. São Paulo: Manole, 1997.
- MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord). *Terceiro setor empresa e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARQUARDT, Marcelo; PRATES, Núria Derviche. A responsabilidade penal do médico e o processo penal. *J Vasc Bra*, v. 2, n. 3, 2003. Disponível em: <www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-241.pdf>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MERGULHÃO, Paulo Roberto. Socorro à saúde ou quebrando paradigmas. *Notícias Hospitalares – Gestão de Saúde em Debate*, ano 5, n. 55, fev./mar./abr. 2008.

MIRAGENS, Bruno Nubens Barbosa. *Convênios e consórcios administrativos: instrumentos do federalismo brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=457>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Fundamentos de los derechos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições de direito civil português – das obrigações*. Coimbra: Coimbra, 1911. v. II.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Gestão Privada de Recursos Públicos para fins Públicos: o modelo das OSCIP. In: _____. Terceiro setor empresa e estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reformado estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: RT 2011. v. 1.

PIETRO, Maria Sylvia Zanello de. *Contratos de gestão*. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>>.

PINHEIRO, Flávio César de Toledo. *Erro de impressão ou aberração jurídica?*. São Paulo: Associação dos Advogados Criminalistas – ACRIMESP. Disponível em: <<http://www.acrimesp.com.br/Artigo2.htm>>.

PINHEIRO, Ulysses. Omissões. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 47, n. 113, jun. 2006. Disponível em: <www.scielo.com.br, <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2006000100009>>.

PINOTTI, Henrique Walter. *Filosofia da cirurgia: códigos e leis vigentes para o médico ao longo da história e suas repercussões atuais*. Hammurabi, Moisés, Manu, Hermes-Toth, XII Tábuas, Lex Aquilia, Common Law. São Paulo: OLM, 2008

PINSKY, Jaime. *100 textos da história antiga*. Cultura Brasileira. Disponível em: <www.culturabrasil.pro.br/zip/hamurabi.pdf>.

PORTER, Roy. *The cambridge illustrated history of medicine*. Tradução de Geraldo Magela Gomes da Cruz e Sinara Mônica Leite Miranda. Rio de Janeiro: Revinter, 2001.

RAIMUNDI, Fábio. A Responsabilidade Penal do Médico. *Jornal O SUL*, 28 ago. 2005. Caderno de Colunistas, p. 2. Disponível em: <<http://raimundirammon.blogspot.com/2005/08/responsabilidade-penal-do-mdico.html>>.

REIS, Fábio Wanderley. Governabilidade e instituições políticas. In: VELLOSO, João Paulo Reis (Org.). *Governabilidade, sistema político e violência urbana*. Rio de Janeiro: VI Forum Nacional, 1994.

REZENDE, Joffre Marcondes. *A sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: UNIFESP, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Parte geral do código civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Responsabilidade CIVIL*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSA, Marco Aurélio Martins. O problema do nexos causal na responsabilidade civil subjetiva. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11969>>.

ROYAL commission on civil liability and compensation for personal injury: evidence presented by the society of occupational medicine. Oct. 1973. *Occupational Medicine*, v. 24, n. 1, p. 27-30, 1974. Disponível em: <<http://occmed.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/24/1/27>>.

SALAZAR, Andrea et al. *O SUS pode ser o seu melhor plano de saúde*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/>>. Acesso em: 20 ago 2010.

SANCHES, Rogério. *Direito penal especial*. Curso preparatório LFG, Intensivo II. 2010.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA. *Health care brazil*. Disponível em: <http://www.infectologia.org.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciaId=1753>. Acesso em: 29 jul. 2009.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no código civil francês e no código civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9704/9270>>.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

TEIXEIRA, Hélio. Competência em medicina. *Revista Eletrônica da Biomed.*, n.1, p. 12-21, 2005. Disponível em: <<http://biomed.uninet.edu/2005/n1/teixeira.pdf>>.

THOMSON, Judith-Jarvis. Causation: omissions. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. LXVI, n. 1, p. 81-103, jan. 2003

UNIMED. Políticas públicas. O Sistema da Unimed completa 42 anos de existência no Brasil como a melhor alternativa para o trabalho médico e atendimento de qualidade. *Revista Ampla*, ano 4, n. 13, jun. 2009.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Silvio de Salvo. *A perda de uma chance como dano autônomo e reparável*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6086.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2009.

_____. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 4.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo, RT: 2004.

<http://www.orçamento.org>

http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/reco_11.htm

<http://www.ans.gov.br>

<http://www.saude.pr.gov.br>

<http://www.senado.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>