

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA, NO TERCEIRO SETOR, COMO MEIO DE VIABILIZAR O DIREITO À SAÚDE NOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: SOLUÇÕES PARA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.

Clodomiro José Bannwart Junior
Marina Zuan Benedetti Chenso

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compor o cenário da prestação de serviço de saúde pelo terceiro setor, de forma mais prática e realista, no sentido de demonstrar a existência de um profissional que, apesar de estar presente na realidade, encontra-se excluído do sistema. Verificando a estrutura tradicional da responsabilidade civil percebe-se a insuficiência frente à constitucionalização do direito civil, a qual incorporou a reparação do dano de forma integral. O corte metodológico desta pesquisa é traçar um raciocínio jurídico para que se possa alocar o plantonista à distância na cadeia da relação jurídica médico-paciente, como parte integrante da estrutura atual da responsabilidade civil no Brasil, para sedimentar a aplicação do instituto reparatório de forma homogênea em todas as categorias profissionais inseridas no mesmo contexto. Para isso, tece considerações sobre a responsabilidade médica e o serviço de saúde no Brasil; verifica a ausência do nexo causal na relação do plantão à distância; e desenvolve soluções para incluir este plantonista na cadeia de relação jurídica do atendimento médico realizado pelo terceiro setor, no Sistema Único de Saúde.

Palavras- Chave: Plantão à distância, responsabilidade civil, nexo causal, reparação integral.

DISTANCE DUTY MEDICAL SERVICE CIVIL RESPONSIBILITY, IN THE THIRD SECTOR, AS A WAY TO ENABLE THE HEALTH RIGHT IN THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION: SOLUTIONS TO CAUSAL ABSENCE

ABSTRACT

The purpose of this work is draw up the Third Sector health service context, more practical and realistic, to demonstrate the existence of the professional strange to legal system. Checking the traditional civil responsibility structure it's possible to see the legal failure front of the civil law Constitutionalization, which incorporated the full compensation for the damage. The methodological approach of this search is outline a legal rationale to allocate the distance specialist in the medical-patient chain, as a piece of civil responsibility relation, in Brazil, to pellet the reparative institute application homogeneously in all categories. For this, presents considerations about medical responsibility and the Brazilian health service; verify the causal absence in the distance medical relation; and develops solutions to include this professional in the Third Sector medical legal relationship, in the Single System of Health.

Keyword: distance duty; civil responsibility, causal, full compensation.

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 a responsabilidade do Estado é prestada 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.

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 ocorrência 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 possíveis injustiças.

O corte metodológico desta pesquisa é traçar um raciocínio jurídico para que se possa alocar o plantonista à distância na cadeia da relação jurídica médico-paciente, como parte integrante da estrutura atual da responsabilidade civil no Brasil, de modo que, principalmente nos Tribunais Superiores, a jurisprudência seja articulada, não para criar novas teorias que deslocam o nexo de causalidade para um momento anterior na relação jurídica, prestigiando apenas a relação médico presente-paciente, mas para sedimentar a aplicação do instituto reparatório de forma homogênea em todas as categorias profissionais inseridas no mesmo contexto.

A irresponsabilidade dos plantonistas à distância, por ausência de determinação normativa, prestigia o médico displicente que acaba sendo beneficiado, porque simplesmente

pode chegar quando bem entender. Ademais, as resoluções do Conselho de Medicina não determinam a necessidade de justificativa pela demora e a norma civil, na mesma direção, 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.

Essa circunstância fática fere em demasia o direito à saúde nos moldes dispostos pela Constituição Federal em razão de, justamente, dar sustentação a um comportamento profissional que atenta contra a prestação efetiva do atendimento, deixando o paciente à mercê de um sistema de atendimento em falência gradativa. Essa é a razão pela qual se registra necessário estabelecer uma construção teórica que comporte o plantonista à distância, do terceiro setor, na cadeia de responsabilidade civil pelo atendimento na saúde pública.

Para isso, impõe primeiramente a necessidade de tecer algumas considerações a respeito da responsabilidade médica e o serviço de saúde no Brasil; na sequência, verificar a ausência do nexos causal; e, por último, as possíveis soluções para a estruturação do plantão à distância como integrante da cadeia de relação jurídica do atendimento médico realizado pelo terceiro setor, no Sistema Único de Saúde.

1. ASPECTOS GERAIS DO DIREITO À SAÚDE E A ATIVIDADE DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA

A partir da construção constitucional de prestação do serviço de saúde, a organização da assistência do SUS é 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 atenção básica é composta de procedimentos mais simples e baratos que visam o tratamento da maior parte dos problemas comuns de saúde, sendo oferecido 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 atendimento 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 (*sic*) 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 por meio da 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.¹ Esta determinação ainda não se dirige ao plantonista à distância. Ambos os médicos envolvidos pela regulação do paciente são plantonistas presentes, normalmente clínicos gerais que atuam diretamente no atendimento do paciente.

Em regra, a população não pode procurar em primeiro lugar os grandes hospitais para ser atendida, com exceção ao 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 for a vontade do cliente ou familiar.

Em síntese, 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

¹ Essa diretiva foi retirada do Parecer nº 1283/2000, Conselho Federal de Medicina (CFM).

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 no Estado do Paraná, sob a égide de um contrato temporário de prestação de serviços específicos, ou ainda, são docentes nos casos de hospitais universitários.

Nesse caso, 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 estão vinculados. Sendo assim, não será preciso discutir no presente trabalho a atuação destes profissionais. Diferente, pois, 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.

Para absorver o contingente de atendimentos e obedecer todos os princípios universalizantes do SUS, o Estado disponibiliza a população os serviços dos hospitais públicos e dos postos de saúde. De acordo com o artigo 24, da lei 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, mantidos 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 as entidades com verbas públicas.

Nos hospitais filantrópicos, normalmente os plantonistas, presentes ou à distância, estão subordinados ao diretor clínico. A título de curiosidade, em um hospital há, normalmente, 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, escalas, 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 ficaram 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, em casos que há risco para a vida ou procedimentos extremamente complexos, como por exemplo, 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 complexidade².

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.

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, passassem 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, das condições de julgar e disciplinar a classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar

² 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”.

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 acordo com a resolução nº 1.834/2008, as disponibilidades de médicos em sobreaviso devem obedecer a normas de controle que garantam a boa prática médica e o direito do Corpo Clínico sobre sua participação ou não nessa atividade e deve 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 este parecer já começa a ser delineada a problemática em relação ao plantão à distância, uma vez que, na opinião do conselheiro, *não podem ser impostos ou obrigatórios*. Mas esta questão será discutida a diante. Voltando à resolução, sua exposição de motivos é muito importante, 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.

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.

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. 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”.

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 anestesista, 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 resolução nº 1834/2008 (CFM)³ definiu a atividade do plantonista à distância como

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.

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

³ Publicada no D.O.U. de 14 de março de 2008, Seção I, pg. 195.

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* e 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, é importante destacar 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 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 quanto à obrigatoriedade de comparecimento e, também, quanto às consequências da ausência deste profissional no atendimento requerido pelo plantonista presente.

2. PROBLEMAS NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE MÉDICA DO PLANTONISTA À DISTÂNCIA

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 do 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.

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 confusão no delineamento da responsabilidade tratada: 1. A existência do plantonista em sobreaviso, sua disponibilidade para figurar presente no atendimento, mas a 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, por 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 atendimento⁴. Isso impossibilita o cálculo médio do tempo despedido 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 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 que está 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.

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.⁵ Da mesma maneira, conforme a disposição do artigo

⁴ 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.

⁵ 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.

930, do CC, é possível ação regressiva do plantonista substituído em face do substituto ausente.⁶

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 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 nexo de causalidade tanto para a circunstância quanto para a ação ou omissão do sujeito.

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.

No Direito Civil existem três teorias sobre o nexo causal, 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

⁶ 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.

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 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. 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 nexo de causalidade seja 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 à 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 ainda mais necessária 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.

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 nexos de causalidade, ou seja, significa que o plantonista à distância só será responsabilizado se da sua omissão for proveniente o dano. Por exemplo, o paciente que adquire sequelas irreversíveis em razão de um coágulo que deveria ter sido drenado por um neurologista 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 uma enorme elaboração teórica 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 estatal (PEREIRA, 1997).

3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE AO PLANTONISTA À DISTÂNCIA, VISANDO FORTALECER O VÍNCULO, SEM INVOCAR A PRESUNÇÃO CAUSAL.

Durante todo este texto, 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 motivos⁷ para que o comportamento dos profissionais em sobreaviso ocorra desta maneira, sendo um deles, e o principal, a falta de, ou a baixa, remuneração.

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 (anexo II). Em regra, os pareceres surgem no sentido de indicar constrangimento imposto ao médico pelo fato de serem obrigados a participarem de plantões ou de praticar qualquer ato médico quando este não se encontra tecnicamente preparado⁸. Além disso, considera descabida e 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 a realização desta é obrigatória, está claramente configurada a relação trabalhista e ao médico é reconhecido o vínculo trabalhista e o devido salário de direito (art.244 da CLT)⁹. Não é o entendimento desta pesquisa, visto que, a partir das considerações dos capítulos

⁷ 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.

⁸ Parecer CFM No. 13/90, de 11/05/90; Parecer CFM No. 19/93, de 12/11/93.

⁹ Parecer CFM No. 19/93, de 12/11/93.

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.

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 se faça presente 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 afixarem diariamente a escala de plantão com os nomes dos médicos e suas especialidades, e por uma questão de competência, restringiu 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.

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 prováveis soluções passíveis de serem comportadas 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, a exemplo da 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.

O conteúdo 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 interessante uma composição normativa que abrangesse o sistema e a execução do serviço, deixando as questões de financiamento para o Poder Público nas leis orçamentárias¹⁰.

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 e 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 responda 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.

¹⁰ 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.

A discussão em relação ao Código de Defesa do Consumidor e ao Direito Penal torna-se penosa, 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 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 devam 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 necessário 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 à proposta como tentativa para maior efetividade no tratamento com as relações que envolvem o plantonista à distância, no sentido da responsabilização do real sujeito causador, e a 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.

CONCLUSÕES

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, em hospital filantrópico pertencente ao terceiro setor.

A responsabilidade civil no CC/02 existe em duas modalidades e, portanto, 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, 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. O Direito Civil permite a flexibilização do nexo 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, 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 de Medicina, 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 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 seja 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.

Em que pese a construção de uma relação causal entre a omissão do plantonista à 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.

Mas a solução está um tanto distante, visto que o Brasil tem uma cultura jurídica que estabelece 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, entre coisas como a natureza jurídica das relações e as responsabilidades.