

**Parecer técnico jurídico sobre situação relatada por Fisioterapeuta acerca de profissionais que, por iniciativa própria ou por comando superior, realizam atendimento em setor de emergência de hospital, abandonando seu plantão em Unidade de Tratamento Intensivo.**

## 1. Origem

O SINFITO-RJ recebeu consulta de um de seus associados acerca da legalidade do ato praticado na situação descrita acima.

Diante da abordagem feita pelo Consulente, que extravasa as questões técnicas do exercício profissional e adentra o campo da legalidade, a Diretoria do SINFITO-RJ endereçou a consulta ao seu Departamento Jurídico para a elaboração do presente parecer.

Tendo em vista a consulta ser pautada para a situação em tese, desnecessária a identificação do Consulente e, tampouco, da unidade hospitalar em que o caso concreto estaria ou não ocorrendo.

## 2. Normas aplicáveis à espécie

Além das questões gerais de direito que serão abordadas adiante acerca da legalidade do ato delimitado, sobre as Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), a norma “mãe” aplicável à espécie é a Resolução nº 7, de 24 de fevereiro de 2010, editada pela Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ou simplesmente RDC-7/2010).

Esclarece-se que a competência da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para a edição da referida norma decorre do art. 11, IV do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, a saber:

**Decreto nº 3.029/1999**

Art. 11. **Compete à Diretoria Colegiada**, a responsabilidade de analisar, discutir e decidir, em última instância administrativa, sobre matérias de competência da autarquia, bem como sobre:

IV - **editar normas sobre matérias de competência da Agência.**

O que vem a ser da competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por sua vez, foi definido na Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências.

Na referida Lei, o art. 7º, III e o art. 8º, §2º afastam qualquer dúvida que compete a este órgão da administração pública (ANVISA), mormente à sua Diretoria Colegiada, a elaboração de normas sobre UTIs, *in verbis*:

**Lei nº 9.782/1999**

Art. 7º. **Compete à Agência** proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

III - **estabelecer normas**, propor, acompanhar **e executar** as políticas, **as diretrizes e as ações de vigilância sanitária**;

Art. 8º. **Incumbe à Agência**, respeitada a legislação em vigor, **regulamentar**, controlar e fiscalizar os produtos e **serviços que envolvam risco à saúde pública**.

§ 2º. **Consideram-se serviços submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência**, aqueles voltados para a atenção ambulatorial, seja de rotina ou de emergência, os realizados em regime de internação, os serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, bem como aqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias.

Nesse sentido, encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio a RDC-7/2010, que dispõe sobre os **requisitos mínimos para funcionamento de Unidades de Terapia Intensiva** e dá outras providências.

### 3. Responsabilidade pelos Recursos Humanos na UTI

Interessante observar que a RDC-7/2010 não atribui como uma responsabilidade da instituição ou do órgão administrativo responsável pela saúde pública (nos casos da administração pública) o provimento dos recursos humanos. A norma estabelece responsabilidade pessoal àquele(s) que exerce(m) a direção do hospital no qual a UTI está inserida.

De acordo com o art. 7º, I da RDC-7/2010, é dever **exclusivo** da pessoa física que exerce a função de diretor do hospital assegurar a existência/manutenção dos recursos humanos que a própria Resolução estabelece. Veja-se:

Art. 7º. **A direção** do hospital onde a UTI está inserida **deve garantir**:

I - **o provimento dos recursos humanos** e materiais **necessários ao funcionamento da unidade e à continuidade da atenção**, em conformidade com as disposições desta RDC;

Repise-se que não basta que haja uma lista de profissionais escalados para atuarem no setor. A norma é taxativa, quando diz recursos humanos necessários “à continuidade da atenção”, que deve haver em tempo integral aquele quadro mínimo de pessoal definido na Resolução.

#### **4. Quadro mínimo e dedicação exclusiva**

Para fins de direito, muito mais que a leitura das palavras, é muito importante uma leitura analítica do que se expressa nas disposições da norma, eis que não raras as vezes que se encontram proibições e obrigações em que passam longe comandos específicos com as palavras correlatas.

Nesse sentido, prosseguindo na leitura analítica da RDC-7/2010, vê-se que o art. 14 (no caso dos Fisioterapeutas, com especial atenção ao inciso IV) é completamente impositivo ao afirmar que **a todo momento do dia** deve haver na UTI, **no mínimo**, 1 fisioterapeuta para cada 10 leitos ou fração.

Parece óbvio, mas não custa destacar que, de acordo com o comando normativo, 11 leitos já implicam na necessidade de haver 2 fisioterapeutas, no mínimo!

Também estabelece o mesmo dispositivo que os profissionais escalados para UTI prestam serviços exclusivos na unidade.

Art. 14. Além do disposto no Artigo 13 desta RDC, deve ser designada uma equipe multiprofissional, legalmente habilitada, a qual deve ser dimensionada, quantitativa e qualitativamente, de acordo com o perfil assistencial, a demanda da unidade e legislação vigente, **contendo, para atuação exclusiva na unidade, no mínimo**, os seguintes profissionais:

IV - **Fisioterapeutas: no mínimo 01 (um) para cada 10 (dez) leitos ou fração**, nos turnos matutino, vespertino e noturno, perfazendo um total de 18 horas diárias de atuação;

Para fins de direito, não existe “mais ou menos”. “Exclusividade” significa exatamente “exclusividade”, ou seja, que exclui outra atividade.

O Fisioterapeuta ali escalado está proibido de atuar em qualquer outro setor do hospital concomitantemente, pois sua dedicação é exclusiva nas tarefas para as quais foi devidamente designado. Tanto é assim, que logo o artigo seguinte ousa na boa técnica normativa para evidenciar a exclusividade já tratada no art. 14. Veja-se o que dispõe o art. 15 da RDC-7/2010.

Art. 15. Médicos plantonistas, enfermeiros assistenciais, **fisioterapeutas** e técnicos de enfermagem **devem estar disponíveis em tempo integral para assistência aos pacientes internados na UTI, durante o horário em que estão escalados para atuação na UTI.**

De acordo com a norma supra, não há que se falar em compatibilidade de horários, tampouco há previsão legal para a ausência do profissional que desempenha suas funções nas Unidades de Tratamento Intensivo em escala de plantão, o que caracteriza a dedicação exclusiva do Fisioterapeuta.

## 5. Espécies de responsabilidades por afronta à norma

Nas disposições finais da RDC-7/2010, o art. 73 dá a conotação que deveria ser dada a toda norma, ou seja, estabelece a sanção pelo descumprimento. Trata-se da espada que acompanha a balança, o império do Estado para que o particular cumpra as normas.

Art. 73. O descumprimento das disposições contidas nesta Resolução **constitui infração sanitária**, nos termos da Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977, **sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis**.

As infrações sanitárias são tratadas com penalidades estabelecidas na própria Lei 6.437/1977, sendo desnecessários maiores comentários neste parecer.

### 5.1. Responsabilidade administrativa

A respeito da responsabilidade administrativa, em se tratando de instituição privada, esta pode chegar a ter impedida sua autorização de funcionamento, porquanto está sujeita a fiscalização da Vigilância Sanitária que exige a presença do Fisioterapeuta para atuação exclusiva na unidade para a qual está escalonado.

Em unidades vinculadas à administração pública, os servidores podem vir a responder a PAD (processo administrativo disciplinar)<sup>1</sup> e até arcar com a perda de seu emprego público, tendo em vista a atitude ilegal cometida pelo funcionário.

### 5.2. Responsabilidade civil

No que tange à responsabilidade civil, importante destacar as seguintes modalidades:

**a) decorrente do Código Civil**: à luz de seus arts. 186 e 927, aquele que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, o qual é passível de indenização.

---

<sup>11</sup> Conforme dispõe o Artigo 148, da Lei nº 8.112/1990, "O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido".

**Código Civil**

Art. 186. **Aquele que**, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, **violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**

Art. 927. **Aquele que, por ato ilícito** (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.**

Ademais, destaca-se a responsabilidade objetiva do empregador o qual responde pelos atos de seus empregados no exercício de suas funções.

**Código Civil**

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Observa-se que a responsabilidade civil do hospital, no que tange aos serviços prestados é de ordem objetiva, independentemente de culpa, de acordo como prescreve o Professor e Desembargador Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup> ao afirmar que:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

Nesse mesmo enfoque, destaca-se que o hospital responsável pela prestação de serviço tem o dever de fiscalização dos atos de seus agentes, a fim de prevenir o descumprimento das normas que prescrevem a ilegalidade do abandono da UTI pelos seus profissionais escalados para o plantão.

**b) decorrente do Código de Defesa do Consumidor:** o art. 6º, VI estabelece que é direito básico do Consumidor a devida reparação dos danos sofridos. E, mais ainda, nas relações de consumo, pelo art. 14, o fornecedor de serviços responde ainda que não tenha agido com culpa no evento danoso.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a **efetiva** prevenção e **reparação de danos** patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Art. 14. **O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

---

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p. 371.

A ausência de profissionais em desacordo com as normas da Vigilância Sanitária pode ser vista como uma falha na prestação de serviços, o que gera a inversão do ônus da prova e a aplicação das normas decorrentes do Código de Defesa do Consumidor<sup>3</sup>.

Nesse viés, não só o Hospital, mas inclusive o diretor do hospital (que é o responsável pelo estabelecimento e manutenção de, no mínimo 1 Fisioterapeuta para cada 10 leitos ou fração em período integral e com dedicação exclusiva aos pacientes dessa unidade) responderá com seu patrimônio pessoal pelos danos que causar a outrem.

Importante mencionar que o dano não precisa ser o óbito de um paciente para que seja passível de indenização. Eventual piora do quadro clínico do paciente, ou, até mesmo, um desconformo emocional de estar desassistido quando a lei lhe atribui a assistência já pode ser objeto de dano ao paciente passível de indenização.

Ademais, o Fisioterapeuta, ao nosso sentir, que se sentir constrangido moralmente a fazer algo que a lei lhe proíbe (deixar o atendimento na UTI para atender na emergência) pode reivindicar uma reparação por dano moral, sem prejuízo de eventual reparação em casos de maior gravidade decorrentes do resultado do “abandono”.

Ao Fisioterapeuta eventualmente submetido a tal condição, sugere-se a imediata denúncia aos órgãos de fiscalização (SINFITO, CREFITO e ANVISA) para que cessem as investidas ilícitas e o protejam.

Estes também podem vir a responder pelos danos que suas condutas causarem, já que no momento que o art. 15 da RDC-7/2010 diz que “**fisioterapeutas [...] devem estar disponíveis em tempo integral**”, o comando é apontado para o profissional (inclusive), de sorte que ele pratica ato ilícito e responde por isso em caso de abandono da unidade.

---

<sup>3</sup> Já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. HOSPITAL. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PROVIDO. **Como prestador de serviços, submete-se o nosocômio às regras do CDC (art. 3o, § 2o, e art. 6o, X), respondendo, independentemente de existência de culpa, pois sua responsabilidade é objetiva, a teor do art. 14, do referido diploma legal.** E, conquanto a responsabilidade do médico atendente seja subjetiva, cabe a **inversão do ônus da prova**, na forma do art. art. 6º, VIII, do CDC. Precedentes. No caso, invertido o ônus da prova, o hospital não demonstrou a devida prestação dos serviços, bem como não provou que a conduta médica foi adequada, o que poderia ter sido realizado com facilidade. Ao revés, há elementos nos autos que amparam as alegações autorais, no sentido da demora injustificada no atendimento de emergência, bem como pela dúvida quanto à correta prescrição médica, tendo que buscar atendimento em outro hospital, o que enseja reparação por danos morais. Consideradas as circunstâncias do caso, a quantia de R\$ 3.000,00 revela justa indenização pelo prejuízo imaterial sofrido, atendendo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Provimento ao recurso, na forma do art. 557, §1º-A, do CPC. [TJRJ. DECISÃO MONOCRÁTICA nº 0017685-87.2011.8.19.0209 – APELACAO. Relatora: Des. MARILIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - VIGESIMA CAMARA CIVEL. Data de julgamento: 17/09/2014. Data de publicação: 29/09/2014.]

### 5.3. Responsabilidade penal

Por último e não menos importante mesmo está a responsabilidade penal. Nesse caso, não basta o mero dano de ordem moral, mas a adoção de uma conduta que a lei a defina como crime.

A título de exemplo, imediatamente pode-se concluir que o profissional que deixa o setor (que tenha ou venha a ter pacientes sob seus cuidados, claro) quando a lei determina que não o faça, pratica o delito previsto no art. 133 do Código Penal, abandono de incapaz, cuja conduta é definida como o “abandonar aquele que está incapacitado de defender-se dos riscos resultantes do abandono”.

Nesse caso, a pena é de privação da liberdade que pode chegar a 3 anos. Ressalta-se que, como a pena máxima é superior a 2 anos, não cabe transação penal (pagamento de sexta básica ou prestação de serviço comunitário).

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

Nos parágrafos 1º e 2º do art. 133 estão previstas as formas qualificadas do abandono de incapaz, de forma que:

- a) eleva a pena para **até 5 anos** se do abandono resultar **lesão corporal de natureza grave** (exemplo: até uma trombose que impossibilite o Paciente de ir pra praça jogar seu habitual dominó por mais de 30 dias).
- b) eleva a pena para **até 12 anos** se do abandono resultar a **morte** do paciente.

No parágrafo 3º do art. 133 está consignado que essas penas aumentam de um terço se o paciente for **maior de 60 anos**, ou seja, podem chegar a **4 anos só pelo abandono**, a **quase 7 anos se resultar lesão corporal grave** e a **16 anos se resultar a morte do paciente**.

Não é incomum, em caso de morte do paciente que o Ministério Público, ao invés de oferecer Denúncia pelo abandono de incapaz, leva o caso a Júri, por **Homicídio** (previsto no art. 121 do Código Penal).

Art. 121. Matar alguém.

Frise-se que, em regra, a violação específica de um dever objetivo de cuidado leva à configuração do crime em sua forma culposa que, no caso do homicídio, tem pena máxima de 3 anos e a competência não é do Júri, mas de um Juiz comum.

Todavia, quando há uma considerável possibilidade do mal maior acontecer em razão daquele “abandono” da unidade (o que é bem razoável em se tratando de uma UTI), diz-se que há “dolo eventual”. Ocorre quando o agente sabe que o resultado é possível e assume o risco. Nesse caso, **a pena pode chegar a 20 anos!!!**

A isso tudo, responde, em princípio, o profissional que praticou o abandono do setor em desconformidade com a lei. No entanto, o Código Penal traz em seu art. 29 a figura do partícipe.

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Desse modo, não só Fisioterapeuta responde, como também o superior que dá a ordem para o abandono e até mesmo o diretor do hospital (que é o responsável pelo estabelecimento e manutenção de, no mínimo 1 Fisioterapeuta para cada 10 leitos ou fração em período integral e com dedicação exclusiva aos pacientes dessa unidade).

## 6. Normas Trabalhistas

Abandono de plantão pelo fisioterapeuta em UTI por comando do superior hierárquico constitui ato ilegal, nos casos de contratação celetista, tendo em vista que a conduta é contrária as normas da Vigilância Sanitária e, de risco ao empregado, pois pode ensejar possível responsabilidade do profissional por quaisquer danos sofridos aos pacientes desassistidos. Assim sendo, verifica-se, no caso em tela, uma hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho, sendo devida indenização, na forma do artigo 483, alínea ‘a’, da CLT:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; [...]

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. FALTA GRAVE DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO. RESCISÃO INDIRETA. RECONHECIMENTO. A rescisão indireta é a faculdade do empregado de romper o contrato de trabalho por justo motivo, quando o empregador cometer uma das faltas elencadas no art. 483, da CLT. Para que seja válida a justa causa aplicada ao empregador, necessária a observância de alguns requisitos, tais como a gravidade da falta do empregador, a imediatidade da punição e o nexos causal entre os atos praticados pelo empregador e a despedida. [TRT1. Número do documento: 00013331620115010206. Tipo de processo: Recurso Ordinário. Data de publicação: 2012-04-25. Órgão julgador: Sétima Turma. Relator: Paulo Marcelo de Miranda Serrano]



Conclui-se, portanto, que a ilegalidade cometida pelo empregador, também é vedada pelas normas trabalhistas, podendo ser caracterizada como uma das hipóteses de rescisão indireta.

De outro modo, a conduta do Fisioterapeuta que por iniciativa própria realiza atendimento em setor de emergência de hospital, abandonando seu plantão em Unidade de Tratamento Intensivo, pode caracterizar-se como ato que justifique a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, nos moldes do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, mediante prova robusta e de acordo com o caso concreto.

Para que isso ocorra, basta o Diretor do hospital, responsável imediato pelo sistema de pessoal na UTI que aqui se delineou, vislumbrar a falta por parte do superior que deu a ordem do afastamento do Fisioterapeuta de seu plantão, em conjunto com o próprio Fisioterapeuta, que decidiu atender uma ordem ILEGAL sem comunicar a direção do hospital.

Outrossim, não se perde de vista, jamais, a figura do assédio moral, eis que o Fisioterapeuta que é constrangido a praticar o ato ilegal, sob pena de colocar em risco seu emprego, sobre o assédio e passa a ser titular de direitos, mormente o de ser indenizado pelos danos que sofreu (inclusive de ordem moral), bem como de fazer cessar o constrangimento.

## **7. Conclusão**

Feitas as análises, podemos concluir com absoluta precisão que o ato do Fisioterapeuta escalado para atuar em UTI se ausentar de seu setor para prestar atendimento em setor de emergência ou em qualquer outro, implica em flagrante ilegalidade, sujeitando o próprio profissional, o superior que determina o abandono e até (e principalmente) o diretor do hospital nas responsabilidades de ordem administrativa, civil e criminal.

É o parecer.

Assessoria Jurídica do SINFITO-RJ