

**RESPONSABILIDADE MÉDICA A PARTIR DA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES
PARA EXERCÍCIO PROFISSIONAL: UMA VISÃO A PARTIR DOS ENSINAMENTOS DO
PROF. MIGUEL KFOURI NETO**

*MEDICAL LIABILITY BASED ON THE CONTEXTUALIZATION OF CONDITIONS FOR PROFESSIONAL PRACTICE:
a perspective from the teachings of Prof. Miguel Kfourir Neto*



Igor de Lucena Mascarenhas²⁵⁵



Alexandre Muñoz²⁵⁶

255 Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor universitário no UNIFIP. Professor da Residência Médica e Multiprofissional em Saúde do município de Patos. Diretor Científico do Instituto Miguel Kfourir Neto. Membro do IBERC e SBB. igor@igormascarenhas.com.br,

256 Juiz de Direito. Mestre e doutorando em Processo Civil pela USP. Coordenador da pós-graduação em Direito Médico e Bioética e da pós em Direito da Saúde e Compliance em Saúde da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo alexandre.munoz@fcm.santacasasp.edu.br



Matheus Brito Nunes Diniz²⁵⁷

257 Juiz de Direito em Rondônia. Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade

Federal da Paraíba - PPGCJ/UFPB. Pós-Graduado em Segurança Social pela Faculdade Legale. matheusbrito@tjro.jus.br

O presente trabalho, por meio de uma revisão bibliográfica e ancorado nos escritos do Prof. Miguel Kfouri Neto, propõe-se a revisitar e aprofundar o sistema de responsabilização médica, considerando as condições estruturais disponíveis no ambiente profissional. A partir de uma análise contextualizada, o estudo examina a culpa médica não apenas sob a ótica da conduta profissional, mas também à luz de fatores externos que impactam a atuação dos médicos. Conclui-se que tais circunstâncias devem ser consideradas na apuração da responsabilidade, seja para afastá-la, com base na inexigibilidade de conduta diversa, seja como fator atenuante da culpa. No entanto, para que essa interpretação favorável seja aplicada, é imprescindível que o profissional cumpra seu dever de registrar e comunicar formalmente as deficiências identificadas no serviço.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Médica. Condições de Trabalho. Excludentes de Responsabilidade. Atenuante ao dever de indenizar.

This study, through a bibliographic review based on the writings of Prof. Miguel Kfouri Neto, aims to revisit and deepen the understanding of the medical liability system, considering the structural conditions available in the professional environment. Through a contextualized analysis, the study examines medical fault not only from the perspective of professional conduct but also in light of external factors that affect medical practice. It concludes that such circumstances should be considered when assessing liability, either to exclude it, based on the impossibility of adopting a different conduct, or as a mitigating factor for fault. However, for this favorable interpretation to apply, it is essential that the professional fulfills their duty to document and formally report the deficiencies identified in the service.

KEYWORDS: Medical Liability; Working Conditions; Exclusion of Liability; Mitigation of Compensation Duty

INTRODUÇÃO

A crescente judicialização de condutas médicas tem colocado a Medicina, aqui entendida como atividade médica, cada vez mais no centro dos debates jurídicos.

Este fenômeno, observado nas últimas décadas, reflete não apenas uma mudança na percepção social sobre o papel e as responsabilidades dos profissionais de saúde, mas também evidencia a necessidade de um aprofundamento nas discussões jurídicas

relacionadas à culpa médica e seus diversos elementos constitutivos.

A noção de culpa, evoluída desde os estudos de reinterpretação do Direito Romano por Savigny, ganha nuances extremamente relevantes quando se analisa a responsabilidade civil médica. O conceito, originalmente desenvolvido em um contexto amplo de relações civis, assume contornos particulares quando aplicado à prática médica, uma vez que esta atividade lida diretamente com bens jurídicos de valor inestimável: a vida e a saúde humanas.

Por óbvio, há inúmeros ensinamentos que podem ser extraídos dos textos do Professor Miguel Kfourri a respeito da culpa médica. Revisitar estes ensinamentos, ao mesmo tempo em que permite exercitar a dogmática, representa a forma pela qual podemos também homenageá-lo.

A obra deste jurista constitui referência fundamental para compreender as particularidades da responsabilidade civil médica no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por sua abordagem que equilibra o rigor técnico-jurídico com a sensibilidade às complexidades da prática médica.

Imbuídos deste espírito, traz-se à discussão certo aspecto da culpa que, por não raras vezes, passa despercebido ou mesmo é ignorado quando da análise do caso. Trata-se do aspecto objetivo na análise da inexigibilidade de conduta diversa do médico, qual seja, a disparidade estrutural existente nos serviços médicos quando de sua prestação e, pior, a qual invariavelmente é um dos fatores condicionantes do resultado da conduta médica. Esta disparidade, manifestada nas diferenças de infraestrutura, recursos tecnológicos, disponibilidade de insumos e condições de trabalho entre diferentes instituições de saúde, constitui elemento fundamental para uma avaliação justa e equilibrada da conduta médica em casos de suposto erro profissional.

Como salientado na obra do Professor Kfourri: aos aplicadores da lei, em especial, incumbe considerar os justos queixumes dos médicos, quando tais fatores intervêm – e condicionam – a conduta médica. Esta observação, de profunda

lucidez, convida-nos a expandir o escopo da análise jurídica para além dos elementos tradicionais da culpa, incluindo as circunstâncias objetivas nas quais se desenvolve a atuação médica.

No mais das vezes, este aspecto não é trazido à análise, pois não se pensa em sua existência ou, quando se pensa, não se sabe ou não se consegue trazer por meio de prova lícita. Tal lacuna no processo de avaliação da culpa médica pode resultar em decisões judiciais que não contemplam adequadamente a realidade complexa da prática médica brasileira, marcada por profundas desigualdades regionais e institucionais.

O presente artigo propõe-se, portanto, a examinar criticamente este componente frequentemente negligenciado na análise da culpa médica, explorando suas implicações tanto para a teoria jurídica quanto para a prática judicial. Busca-se, assim, contribuir para o desenvolvimento de um arcabouço conceitual que permita uma avaliação mais justa e contextualizada da responsabilidade civil médica, em consonância com os princípios de equidade e justiça que devem nortear o sistema jurídico.

1 CRITÉRIOS PARA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A responsabilidade médica, regra geral, exige quatro requisitos básicos: conduta, culpa, nexo de causalidade e dano. De todos os elementos de discussão, afirma-se, sem nenhum receio, que o mais complexo é a culpa. Significa que é fundamental demonstrar que o profissional de

Medicina se distanciou daquilo que a literatura e ciência fixam como comportamento esperado.

Nesse cenário, a responsabilidade médica está vinculada ao descumprimento das *leges artis*²⁵⁸, sendo sua avaliação baseada na análise da adequação do tratamento aplicado, considerando os conhecimentos, experiências e diretrizes adotadas pela comunidade médica e científica (Barbosa; Mascarenhas, 2021).

Verificar a obediência à *lex artis* significa analisar um aspecto subjetivo da conduta, qual seja, a ocorrência ou não de transgressão aos princípios da prática médica adequada. Este, por sua vez, entendido como o padrão de conduta esperado de qualquer profissional diante de uma situação equivalente (Cavaliari Filho, 2019). Inclusive, é por esta necessidade de comparação que a culpa é considerada um conceito aberto.

A análise do desfecho desfavorável sem considerar as particularidades envolvidas na discussão importa em um viés míope e limitado de que todo resultado adverso se traduz como uma culpa médica. Como bem adverte a Anvisa, evento adverso é o “agravo à saúde ocasionado a um paciente ou usuário em decorrência do uso de um produto submetido ao regime de vigilância sanitária, nas condições e parâmetros prescritos pelo fabricante” (ANVISA, 2021).

Nesse ponto, a recente alteração promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Tabelas Processuais Unificadas (TPU) reforça que nem todo desfecho desfavorável se traduz como um “erro médico”. Essa justiça promovida pelo CNJ apenas busca garantir conformidade do ordenamento nacional às regras e preceitos da Organização Mundial da Saúde.

Reforçando a desconstrução do estigma, Genival Veloso de França (2019a) pontua que o atual cenário de hiperjudicialização da Medicina está atrelado a um pré-conceito de que todo resultado indesejado e atípico seja de responsabilidade do médico. Contudo, o chamado erro médico – expressão popularizada e sem qualquer critério técnico de empregabilidade –, no contexto da responsabilidade, pode ter origem pessoal ou estrutural.

Ele é estritamente pessoal quando decorre de uma conduta volitiva (ação ou omissão) resultante de insuficiência técnica ou intelectual, negligência grave ou fatores ocasionais ligados ao estado físico ou emocional do profissional. Por outro lado, o erro também pode ser consequência de falhas estruturais, quando as condições e os recursos disponíveis para o trabalho são inadequados ou insuficientes para garantir um atendimento eficaz e, portanto, para garantir a

²⁵⁸ “*Leges artis*” é o plural de “*lex artis*”, a qual, por sua vez é uma expressão latina que significa literalmente “lei da arte” ou “lei da técnica”. No contexto jurídico, refere-se ao conjunto de

normas técnicas, conhecimentos e procedimentos que um profissional deve seguir no exercício de sua atividade, especialmente nas profissões liberais como medicina.

prática da atividade médica minimamente digna (França, 2019b).

Como bem adverte Vera Lúcia Raposo (2013), nem todo efeito adverso que pode ocorrer durante uma assistência médica configura, necessariamente, um ilícito praticado pelo profissional. O desfecho desfavorável se traduz como um conceito amplo que abrange qualquer resultado negativo indesejado, culposo ou não, que gere danos aos pacientes²⁵⁹.

Desta forma, é possível que tenhamos resultados adversos com ou sem culpa do profissional. Para fins de análise da culpa, significa dizer que o profissional agiu com imperícia, imprudência ou negligência²⁶⁰, ou seja, por uma ação ou omissão decorrente de despreparo técnico, intelectual, descaso ou inação inerente a sua condição pessoal (Ferreira; Leal; Freire Júnior, 2024).

Um desfecho desfavorável também pode ser consequência de fatores estruturais / operacionais, quando a prática médica ocorre em condições inadequadas, que aumentam o risco de prejuízos aos pacientes. Isso está frequentemente

associado à negligência do poder público em relação às políticas de saúde e ao bem-estar da população (França, 2019a). Não se trata de um erro do profissional, mas da realidade em que ele está inserido em que as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para garantia da segurança do paciente.

Diante disso, para fins de responsabilização médica, é fundamental não apenas analisar o cumprimento da *leges artis*, mas, sobretudo, verificar o contexto em que o ato médico é praticado. De acordo com Miguel Kfoury Neto (2024, p. 33):

"Dentre tantos "Brasis" que por aí existem – o Brasil do Norte e o Brasil do Sul, o Brasil dos carros importados e o das favelas, da telefonia celular e da fome –, também há o Brasil da medicina de primeiro mundo e o Brasil sem medicina. Quando se suscita a questão da responsabilidade médica, invariavelmente surge a objeção centrada em que, antes, deve-se discutir a saúde do brasileiro – que, como é sabido, encontra-se em fase terminal. Remuneram-se de modo ridículo os profissionais que atendem pelo Sistema Único de Saúde. Os

259 Interessante observar que o resultado indesejado está inserido no conceito mais amplo de iatrogenia, esta entendida como todo resultado lesivo ao paciente em decorrência de um ato do médico. Neste conceito, a lesão é diversa do dano e o ato do médico não necessariamente é um ato médico. Estas observações são importantes porque, dentre as classificações possíveis, as de relevo dizem respeito à previsibilidade ou não do resultado danoso (não apenas lesivo), à evitabilidade ou não do resultado danoso, e à aceitabilidade ou não do resultado danoso. O enquadramento da conduta nestas classificações, por meio de metodologia científica, permite se chegar à conclusão da existência ou não da culpa do profissional médico.

260 Adotamos a divisão da culpa, por suas modalidades, em ordinária e profissional. Assim, a culpa ordinária decorre de conduta praticada pelo médico (seja ato médico no sentido estrito ou não) por imprudência ou por negligência. Já a culpa profissional decorre necessariamente da prática ou da abstenção de um ato médico (em sentido estrito) na modalidade imperícia. A par de merecer um estudo mais aprofundado sobre o tema, tal adoção implica dizer que a culpa profissional se dá apenas por imperícia e, mais que isto, somente ocorre quando o médico viola as *leges artis*, restando para todos os demais casos, a imprudência ou a negligência da culpa ordinária.

recursos materiais inexistem. Exames complementares, que poderiam levar a um diagnóstico preciso, não são realizados: ou falta o aparelho, ou os materiais necessários, ou o operador da máquina. As condições de trabalho, enfim, são extremamente adversas. Aos aplicadores da lei, em especial, incumbe considerar os justos queixumes dos médicos, quando tais fatores intervêm – e condicionam – a conduta médica”

A Medicina da capital de São Paulo não é a mesma Medicina encontrada em Porto Velho e, mesmo dentro de São Paulo, a Medicina dos Jardins não é a mesma do Jardim Ângela. A Medicina, apesar de uma ciência, não é democrática, acessível e igualitária para todos, pois reflete as desigualdades sociais, econômicas e estruturais presentes na sociedade.

2 A NECESSIDADE DE CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATO MÉDICO PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO MÉDICA

O julgador, quando da análise da responsabilidade profissional individual, deve, da

mesma forma que se extrai do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁶¹, verificar o contexto profissional para fins de cumprimento dos deveres pessoais. Assim, no mesmo contexto, deve levar em conta muitas “carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais e de recursos humanos” (IBDA, 2019) que são observadas na realidade médica.

De acordo com Fernando Gomes Correia-Lima (2012), as condições para exercício da medicina são inegavelmente não adequadas, visto que faltam, em todas as cidades, mas sobretudo, em regiões remotas, recursos humanos e materiais essenciais para um exercício seguro. A ausência de condições básicas importa em uma atuação médica precária e de indignidade médica.

Eduardo Jordão (2018) enfatiza que a necessidade de contextualização é fundamental para fins de análise da responsabilidade no contexto da LINDB, visto que há uma necessidade de um “pedido de empatia” e de se colocar na posição de gestor, inclusive no que se refere às suas agruras e dificuldades. Da mesma forma, que a LINDB exige uma reflexão sobre as dificuldades enfrentadas pelo gestor, o julgador, para fins de

261 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

análise da responsabilidade profissional, deve avaliar as condições dispensadas pelo Hospital.

Neste sentido, daquele que tem mais recursos para fornecer melhores condições e possibilidades, pode lhe ser exigida a prestação de uma medicina de última geração, isto é, o chamado *state of the art*. Inclusive, tanto sob a ótica de condições e possibilidades materiais – cuja falta eventualmente se traduz na parcela objetiva de inexigibilidade de conduta diversa – quanto sob a ótica do conhecimento e do dever de atualização do profissional – cuja falta eventualmente se traduz na parcela subjetiva.

Como bem alertam Eduardo Dantas e Marcos Coltri (2022), para que haja a condenação no campo ético do CRM/CFM com base no art. 1º.²⁶² e 32.²⁶³ do Código de Ética Médica é imprescindível que haja disponibilidade dos recursos. Significa dizer que uma parte significativa dos maus resultados não é imputável ao profissional em si, mas ao sistema em que ele está inserido, não podendo este ser responsabilizado pessoalmente por deficiência estrutural. Nesse sentido dispôs o CFM (2019): *“não comete ilícito ético o médico que faz tudo a seu alcance em benefício do paciente, em que pese as deficiências da assistência à saúde no Brasil”*.

Entretanto, para que efetivamente não incida responsabilização do médico neste caso, deve este primeiramente cumprir com suas responsabilidades social e ético-profissional em prol da dignidade da medicina. Quer dizer, deve o médico cumprir com seus deveres de registro e de comunicação.

O dever de registro implica em documentar, normalmente de forma escrita, as vicissitudes que o impedem de exercer a boa prática médica. A título de exemplo, imagine-se o médico plantonista que, ao ingressar no serviço e cumprir com sua obrigação de checar a existência dos recursos necessários à disposição para cumprimento do serviço²⁶⁴, constata que não há medicação ou que não há uma máscara de válvula de bolsa – popularmente conhecida como AMBU.

A responsabilidade médica pode ser objetiva ou subjetiva. Explica-se: a responsabilidade pelos serviços médicos pode ser imputada à instituição que os presta, hipótese em que, geralmente, responde objetivamente. Porém, em relação ao médico que realizou o serviço médico, geralmente continua a ser subjetiva. Portanto, o elemento culpa é fundamental para discussão. Já nas hipóteses de serviços paramédicos ou extramédicos, o serviço hospitalar

262 É vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

263 É vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de

doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

264 Esta obrigação, assim como algumas outras, constam especificamente da Resolução CFM no 1.451/95, Resolução CFM nº 2.271/2020 e da Resolução CFM no 2.056/13.

é responsabilizado de forma objetiva, ou seja, independentemente da comprovação de culpa.

Serviços paramédicos são categorizados como aqueles prestados por outros profissionais da saúde, auxiliares e colaboradores que não sejam médicos (Frota;Costa, 2019). Prefere-se um conceito mais assertivo, inclusive histórica e eticamente mais próprio, qual seja, serviços paramédicos são aqueles desenvolvidos por quaisquer pessoas cuja profissão esteja inserida no artigo 4º, parágrafo 7º, da Lei do Ato Médico: assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia²⁶⁵. Esta assertividade, inclusive, se revela extremamente útil ao permitir uma diferenciação clara com o conceito de serviços extramédicos.

Isto porque são considerados serviços extramédicos todos os demais serviços que não se enquadram como serviços médicos (ou seja, prestados por médicos) e nem como serviços paramédicos (ou seja, prestados pelos profissionais elencados no artigo 4º, parágrafo 7º, da Lei do Ato Médico)²⁶⁶. Assim, aqueles relacionados a serviços

de alojamento, alimentação, conforto das instalações, deslocamento do doente nas dependências do hospital, manutenção e funcionamento regular dos equipamentos são exemplos de serviços extramédicos (Nogaroli, 2023).

Buscando evoluir a responsabilização da esfera médico-hospitalar, é possível distinguir os dois tipos de responsabilidade hospitalar decorrente puramente da prestação do serviço médico: a proveniente de um ato culposo do médico e a originada de um ato que, apesar de ser materializado pelo médico, decorre de culpa da instituição, ou seja, cuja culpa é tipicamente hospitalar sem nenhum aspecto pessoalmente atribuível ao profissional.

Dentro uma realidade complexa de prestação de serviços médicos em unidades hospitalares, para fins de responsabilização dos hospitais por atos médicos, é fundamental antes que se demonstre a culpa profissional do médico, o que a jurisprudência passou a nominar de responsabilidade objetiva mitigada (Maia, 2015). Dessa forma, pode-se considerar a responsabilidade objetiva dos hospitais de maneira derivada, uma vez que, na responsabilização

265 A existência destas profissões se explica historicamente porque, ao longo da evolução da medicina – inclusive quando nem mesmo era assim denominada – algumas atividades acabaram por não serem realizadas pelos médicos (seja por falta de interesse, seja por questões práticas cotidianas ou ainda por outros motivos). Também não implicam em nenhum demérito a estes profissionais ao assim serem categorizadas – ao contrário, reconhecem sua origem histórica e justificam seu caráter fundamental na prática de serviços de saúde. De

toda forma, porque tiveram um desenvolvimento paralelo – um desenvolvimento ao largo do desenvolvimento da medicina, mas originado nesta – são denominadas profissões paramédicas.

266 Aqui revela-se a utilidade de um conceito mais assertivo sobre os serviços paramédicos, qual seja, ao defini-lo objetivamente como o fora, permite-se um melhor entendimento sobre o que seriam serviços extramédicos.

hospitalar por erro médico, é essencial verificar a falta de dever de cuidado por parte do profissional. Caso essa condição não esteja presente e não se possa atribuir ao agente imperícia, ocorre a quebra do nexo de causalidade, resultando na ausência de culpa imputável ao hospital.

Ocorre que, a despeito da assistência médica, é possível a existência de desfecho desfavorável atribuível à realidade hospitalar. Muitos das falhas estão atreladas às condições de exercício profissional, de modo que é possível inexistir culpa do profissional, mas culpa da instituição por inserir o profissional em condições adversas.

Reconhecendo inclusive o risco para o exercício profissional em condições adversas, o Conselho Federal de Medicina possui resolução regulamentadora do exercício de poder de polícia institucional para interditar os serviços médicos. A resolução CFM 2.062/2013 estabelece que os médicos poderão ser interditados de atuar em determinados serviços que não apresentem condições mínimas para a segurança do ato profissional. Esse contexto tem potencial de gerar danos para agentes de saúde e pacientes.

Daí porque, quando de sua defesa, não basta o médico alegar a existências de condições adversas e que foram determinantes de uma

atividade médica deficitária. Dentre outros deveres, deve demonstrar o médico que cumpriu com os deveres de registro da situação e de comunicação ao Conselho Regional de Medicina competente. Ainda que existentes na esfera normativa do dever-ser, na prática esta comunicação é praticamente inexistente, já que os profissionais têm receio de retaliações – o que nossa experiência demonstra ser também uma realidade.

Ainda assim, todos estes elementos devem ser levados em consideração, pois, se a falta de registro e de comunicação não permitem a incidência da inexigibilidade de conduta diversa em toda sua plenitude – qual seja, como excludente da culpabilidade –, permite ao menos que seja considerada como circunstância atenuante quando da eventual aplicação de uma sanção, em quaisquer das esferas (cível, penal e ético-profissional).

Pior ainda é a situação de já terem sido feitos os registros e as comunicações, mas nada ter mudado na prática. Nestas situações, o dilema é levado diretamente à consciência do médico: a norma²⁶⁷ permite que não assuma o serviço. A escolha recai sobre não ingressar no serviço como forma de preservação e segurança, dos pacientes inclusive; ou assumir pelo reconhecimento da

267 É direito do médico: IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com

justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

necessidade destes mesmos pacientes em serem atendidos. A experiência nos mostra que, mantendo-se situação de “medicina de guerra”, a escolha por tratar os pacientes é a que a imensa maioria dos médicos acaba adotando. Inexoravelmente, o resultado danoso acaba ocorrendo mais cedo ou mais tarde.

Recentemente foi noticiado que os médicos do Hospital Nossa Senhora de Pari, localizado no centro de São Paulo, utilizavam furadeiras domésticas para cirurgias ortopédicas (Elnour, Oliveira, Picanço, 2025), prática vedada desde 2008 pela ANVISA (2008), mas recorrentemente observada nos serviços de saúde (CRMPB, 2011). Repise-se que isso não é uma particularidade brasileira. Wichlas et al (2022) destacam a recorrência de tratamento off-label na ortopedia por ausência de implantes disponíveis, ausência de implantes modernos específicos ou ausência de implantes esterilizados disponíveis. Morreim (1997), falando sobre a experiência internacional, ressalta que é preciso reconhecer que o nível de assistência e recursos não são idênticos em todo os locais, havendo, por vezes, carência de recursos conforme o contexto.

Usar equipamento inadequado é, de forma incontroversa, uma imprudência, visto que o uso de furadeiras domésticas se traduz como um agravamento de risco para o paciente, pois não há controle de rotação, impossibilidade de esterilização adequada e risco de contaminação. Ocorre que, pessoalmente, é possível imputar a responsabilidade ao profissional?

O médico que faz o uso de uma Medicina de guerra, regra geral, no serviço público, não pode ser penalizado por fazer o melhor para o seu paciente, ainda que em condições adversas.

Imagine-se: de um lado há o risco de agir em condições adversas e incidir em responsabilização, inclusive penal, por periclitção à vida, por eventual lesão corporal ou mesmo por homicídio, em casos cujo resultado seja mais gravoso. Por outro, há a certeza de uma condenação por omissão, cujo resultado pode ter desfecho muito semelhante, inclusive na esfera penal.

Infelizmente, a Medicina não é exercida em condições perfeitas e ideais – apesar de tais requisitos serem utópicos -, mas em condições extremamente desfavoráveis, em flagrante violação à dignidade e moral profissional (Dantas; Coltri, 2022). Obter resultados desfavoráveis em cenários caóticos é uma consequência das condições impostas. Porém, a responsabilidade deve ser imputada aos verdadeiros agentes com poder de transformação da realidade local.

Os profissionais de saúde são soldados que estão no front de batalha sofrendo com as más escolhas dos gestores. Em que pese não serem os diretores da obra, são eles que dão vida à política de saúde (Costa, Mascarenhas, Matos, 2020). O Código de ética Médica, em diversas oportunidades, reforça que as condições para exercício médico precisam ser minimamente favoráveis:

"PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

III - Para exercer a medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo comunicá-las ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará com justificativa e maior brevidade sua decisão ao diretor técnico, ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição e à Comissão de Ética da instituição, quando houver.

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.

Em muitos cenários, os profissionais e a própria população foram abandonados à própria sorte. Deste modo é fundamental que se analise a origem da suposta falha. Se é uma origem

tipicamente profissional, o que atrai a responsabilidade médica e também hospitalar, ou se a falha decorre das precárias condições que ensejam a prática de ato médico em condições inadequadas.

Desta forma, é fundamental lembrar que é possível fracionar a responsabilidade médica conforme o tipo de falha observada. O médico que não utiliza o melhor equipamento existente, mas aquele que está disponível não pode ser penalizado pessoalmente. Um médico que utiliza uma agulha, um medicamento, um anestésico ou tratamento tidos como os não mais adequados para o caso, mas que se revelam como os únicos disponíveis, não pode ser pessoalmente responsabilizado. Antes de se traduzir como uma falha pessoal, é uma falha estrutural, de modo que eventuais resultados adversos advindos do ato do médico devem, em um primeiro momento, gerar a responsabilização da gestão hospitalar.

A despeito de autores clássicos como Júlio César Meirelles Gomes (1994), ex-presidente do CRMDF e ex-conselheiro federal no CFM, apontarem que a penúria/escassez institucional de recursos, limitação dos meios terapêuticos e excesso de pacientes são traduzidas como “mecanismo de indução do erro médico” e “fatores concorrentes para o erro médico”. compreende-se que tais fatos não se traduzem como mecanismo de indução do erro médico, posto que, nesse cenário, não há erro propriamente dito.

O erro pressupõe conduta, dano, nexos de causalidade entre ambos e, sobretudo, culpa. Contudo, nesses cenários de indução ao resultado

adverso, não há erro, apenas um desfecho desfavorável cuja culpa deve ser imputável à instituição, pois há flagrante rompimento do nexo de causalidade em relação ao ato individual, desde que cumpridos os deveres de registro e de comunicação.

Aqui se mostra útil o critério da evitabilidade, pois, apesar de ser conhecida a condição adversa e, assim, ser previsível um resultado adverso, este não é evitável. Note-se que, quando o fator decisivo sobre a evitabilidade recai unicamente sobre as vicissitudes estruturais da prestação do serviço médico, não existe conduta possível a ser exigida do médico, ou seja, é inexigível conduta diversa da que fora praticada, eis que inevitável o desfecho adverso.

Importante mencionar que o reconhecimento da excludente de culpabilidade para o médico não implica em irresponsabilidade sobre o resultado danoso. As condições inadequadas e a inserção dos profissionais em condições extremas gera uma excludente apenas para o profissional, mantendo-se e até certo ponto ampliando a responsabilidade sobre a instituição. Exclui-se a responsabilidade do profissional, mas mantém-se a responsabilidade da pessoa jurídica responsável por gerir o serviço e fornecer condições adequadas para o exercício profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições em que se desenvolve a atividade médica são decisivas para a existência de resultados exitosos. Como demonstrado ao longo deste estudo, a disparidade estrutural no sistema

de saúde brasileiro cria realidades profissionais radicalmente distintas, que impactam diretamente a capacidade do médico de exercer sua profissão com plena observância das *leges artis*. Esta realidade não pode ser ignorada quando da avaliação da responsabilidade médica, sob pena de se perpetuar injustiças e comprometer ainda mais a já frágil relação médico-paciente-instituição.

A análise adequada da culpa médica exige, necessariamente, a contextualização do ato profissional. Isso porque a falta de recursos estruturais que permitam uma medicina minimamente digna não apenas dificulta a atuação do profissional, mas muitas vezes torna impossível a prática médica dentro dos padrões ideais. Em caso de desfechos desfavoráveis nestas circunstâncias, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade se impõe como medida de justiça. Quando tal reconhecimento não for possível em sua plenitude, deve-se, ao menos, considerar essas circunstâncias como atenuantes em caso de eventual aplicação de sanção, em qualquer das esferas (civil, penal ou ético-profissional).

O adequado reconhecimento desta excludente depende, no entanto, da observância pelo profissional de seus deveres de registro e de comunicação. A documentação detalhada das condições inadequadas de trabalho e sua comunicação formal aos órgãos competentes são requisitos essenciais para que se possa afastar ou mitigar a responsabilidade pessoal do médico. Tais procedimentos visam permitir o efetivo exercício

do poder de polícia pelo Conselho Regional de Medicina competente, que pode, inclusive, interditar serviços ou instituições que não ofereçam condições mínimas para a prática médica segura, conforme estabelecido na Resolução CFM 2.062/2013.

É imperativo reconhecer que, em casos extremos, quando as condições de trabalho são absolutamente incompatíveis com a prática médica digna e segura, não deveria o médico sequer assumir o serviço. O Código de Ética Médica garante-lhe esse direito, como forma de proteção à sua integridade profissional e, principalmente, à segurança dos pacientes. No entanto, a realidade brasileira, marcada por profundas desigualdades no acesso aos serviços de saúde, frequentemente coloca o médico diante do doloroso dilema entre não assumir um serviço em condições precárias ou deixar pacientes sem qualquer assistência. Como observado, a opção mais comum tem sido a de assumir o serviço mesmo em condições inadequadas, movida pelo compromisso ético com o bem-estar do paciente, ainda que isso implique em riscos profissionais significativos.

O eventual reconhecimento da excludente de culpabilidade para o médico não significa, na prática, uma ausência de responsabilidade pelo resultado danoso. Pelo contrário, representa o correto direcionamento da responsabilização àqueles que efetivamente possuem o poder e o dever de transformar a realidade estrutural deficitária. Se o problema é estrutural, é a instituição – pública ou privada – que tem o dever de fazer cessá-lo, proporcionando condições

adequadas para o exercício profissional. Essa redistribuição de responsabilidades atende aos princípios de equidade e proporcionalidade que devem nortear a aplicação do direito.

A correta compreensão do aspecto objetivo da inexigibilidade de conduta diversa no contexto médico pode contribuir significativamente para decisões judiciais mais justas e para o aprimoramento das políticas públicas de saúde. Ao atribuir responsabilidades de forma proporcional e contextualizada, o sistema jurídico pode atuar como indutor de mudanças estruturais, estimulando gestores e instituições a investirem em melhores condições para a prática médica. Somente desta forma, imputando a responsabilidade a quem efetivamente é o causador do fato, é que surge um sentimento de justiça social e se promove o verdadeiro aprimoramento do sistema de saúde brasileiro.

Esta análise não pretende, em absoluto, isentar o profissional médico de suas responsabilidades éticas e técnicas fundamentais. Pelo contrário, busca promover uma avaliação mais justa e equilibrada da culpa médica, que leve em consideração todos os fatores intervenientes no resultado, incluindo aqueles que estão além do controle individual do profissional. A partir desta perspectiva, é possível construir um sistema de responsabilização que, ao mesmo tempo em que protege os direitos dos pacientes, também reconhece as limitações e dificuldades enfrentadas pelos médicos em um contexto de profundas desigualdades estruturais

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANVISA. Alerta 939. 2008. Disponível em <https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/files/ssaude/pdf/pc-alerta939-20080909.pdf>. Acesso em 04 de março de 2025.
- ANVISA. Resolução RDC Nº 509, de 31 de maio de 2021. Dispõe sobre o gerenciamento de tecnologias em saúde em estabelecimentos de saúde. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2020/rdc0509_27_05_2021.pdf. Acesso em 04 de março de 2025.
- BARBOSA, Ana Beatriz Nóbrega; MASCARENHAS, Igor de Lucena. Responsabilidade hospitalar por erro médico: a necessidade da comprovação da culpa médica em razão da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva mitigada. In: Nelson Rosenvald; Joyceane Bezerra de Menezes; Luciana Dadalto. (Org.). Responsabilidade Civil e Medicina. 2ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, v., p. 147-158.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 13. ed. Atlas: São Paulo, 2019
- CFM. Código de Ética Médica. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em 17 mar. 2025
- CFM. Recurso em PEP 273/2018. Relator: Jorge Carlos Machado Curi. Publicado no DOU nº 127 DE 04/07/2019, Seção 1, Página 96.
- CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. Erro médico e responsabilidade civil. Brasília: Conselho Federal de Medicina/Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012
- COSTA, Ana Paula Correia Albuquerque; MASCARENHAS, Igor Lucena; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Responsabilidade civil do contratante em razão da agressão sofrida por médicos durante a pandemia causada pela COVID-19: a falta de segurança como ato atentatório à dignidade médica. Revista IBERC, v. 3, n. 2, p. 190-206, 2020.
- CRMPB. Sindicato divulga vídeo sobre uso de furadeira em cirurgia na Paraíba. Disponível em <https://crmpb.org.br/noticias/sindicato-divulga-video-sobre-uso-de-furadeira-em-cirurgia-na-paraiba>. Acesso em 04 de março de 2025.
- DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. Comentários ao Código de Ética Médica. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.
- ELNOUR, Fernanda; OLIVEIRA, Abrahão; PICANÇO, Juliana. Funcionários de hospital dizem que furadeiras domésticas usadas em cirurgias foram escondidas em fiscalização da Vigilância Sanitária. G1. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2025/02/06/funcionarios-de-hospital-dizem-que-furadeiras-domesticas-usadas-em-cirurgias-foram-escondidas-em-fiscalizacao-da-vigilancia-sanitaria.ghtml>. Acesso em 04 de março de 2025.
- FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; JUNIOR, Jose Brasil Freire. Medicamentos *off label* e a responsabilidade médica. Revista Jurídica da UFERSA, v. 8, n. 15, p. 117-135, 2024.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Ética Médica. 7 ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2019a.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b
- FROTA Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. Revista IBERC, v. 1, n. 1, p.1-47, 2019
- GOMES, Júlio César Meirelles. Erro médico: reflexões. Revista Bioética, v. 2, n. 2, 1994
- IBDA. Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em 04 de março de 2025.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB-Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito

público brasileiro. Revista de Direito Administrativo, p. 63-92, 2018.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 12ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexos causal na harmonização entre o caput e o § 4º do artigo 14 do CDC. Revista dos Tribunais, v. 99, p. 233-257, 2015

MORREIM, E. Haavi. Medicine meets resource limits: Restructuring the legal standard of care. U. Pitt. L. Rev., v. 59, p. 1, 1997.

NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil médica e inteligência artificial: culpa médica e deveres de

conduta no século XXI. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p 136-145

RAPOSO, Vera Lúcia. Do ato médico ao problema jurídico. Coimbra: Almedina, 2013

WICHLAS, Florian et al. Off-label use of orthopedical trauma implants in a low-income country. International Orthopaedics, p. 1-7, 2022.