

RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA: SINA À SOCIEDADE DO RISCO

Rodrigo dos Anjos Silva¹

Jéssica Hind Ribeiro Costa²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os riscos sociais trazidos pela pós-modernização referente à atuação médica, à luz da teoria da sociedade do risco proposta por Ulrich Beck. Mais especificamente, analisaram-se os riscos sociais perante a atuação médica por conta do desenvolvimento científico e tecnológico e a interveniência jurídica-penal no âmbito da responsabilização médica perante aos seus atos laborais. Para responder aos objetivos propostos, realizou-se uma pesquisa bibliográfica através de levantamento realizado em base de dados com publicações em português, inglês e espanhol. O artigo foi organizado em capítulos específicos que versam sobre ética médica, erros médicos, responsabilidade penal médica e sociedade do risco e a relação médico-paciente. Nesse contexto, comprovou-se que os benefícios e os riscos do desenvolvimento tecnológico e científico para a atuação do médico, assim como, a necessidade de cautela no uso das orientações do Manual da Medicina Defensiva que promove o uso excessivo de procedimentos diagnósticos como forma de proteger os médicos de possíveis processos. Sendo assim, infere-se que os profissionais da medicina na Sociedade do risco devem respeitar a vontade e o direito à autodeterminação do paciente, onde o consentimento em relação ao tratamento passe a ter papel de suma importância na relação médico-paciente.

PALAVRAS-CHAVE: erro médico; homicídio culposo; erro médico escusável; erro médico inescusável; modernidade reflexiva.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the social risks resulting from post-modernization regarding medical practice, analyzed from the Critical Theory of World Risk Society, proposed by Ulrich Beck. We analyzed specifically the social risks of medical practice due to scientific and technological development and the legal-criminal intervention in the context of medical accountability regarding their labor acts. In order to answer the proposed objectives, a bibliographic research was carried out through a database survey with publications in Portuguese, English and Spanish. This article was organized in specific chapters that deal with medical ethics, medical errors, medical criminal liability and risk society and the doctor-patient relationship. In this context, the benefits and risks of technological and scientific development for the work of the physician became evident, as well as the need for caution in using the guidelines of the Defensive Medicine Guide that promotes the excessive use of diagnostic procedures as a way to protect doctors from possible criminal proceedings. Thus, we can infer that medical professionals in the risk society must respect the patient's will and right to self-determination, aware that consent in relation to treatment will play an extremely important role in the doctor-patient relationship.

KEYWORDS: medical error; manslaughter; excusable medical error; inexcusable medical error; reflexive modernization.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal) como parte dos requisitos para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

² Orientadora. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora da Universidade Católica do Salvador (UCSal).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ÉTICA MÉDICA. 3 ERROS MÉDICOS E SUAS TRATATIVAS PENAIS. 4 RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA. 5 SOCIEDADE DE RISCO E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A teoria da modernização reflexiva desenvolvida por Ulrich Beck tem como tese central a configuração de uma sociedade de risco como reação às consequências negativas do processo de industrialização e modernização (MOTTA, 2014). Esse tema tem sido discutido por diversos pesquisadores desde a publicação do livro *Risikogesellschaft: auf dem Weg in ein andere Moderne* (em tradução livre, *Sociedade de risco: a caminho de uma era moderna diferente*), em 1986, onde Beck logrou inserir no vocabulário de uma teoria social globalizada os termos risco, incerteza, meio ambiente e mudanças ambientais, terrorismo, cosmopolitismo e uma concepção de reflexividade vinculada às instituições modernas (BOSCO & FERREIRA, 2016).

A modernidade, segundo Beck, divide-se em duas: a simples e a reflexiva. A modernidade simples compreende o primeiro período da era industrial, em que os efeitos e as ameaças eram sistematicamente produzidos e ignorados ou legitimados; os riscos eram considerados residuais. Na modernidade reflexiva, que nasce do sucesso da primeira, as ameaças persistem, porém, o debate em torno delas torna-se social e politicamente problemático. Nessa fase, as ciências são confrontadas com seus próprios produtos, carências e tribulações (BRAUM *et al.*, 2016).

Apesar da relevância das discussões sobre os impactos da Sociedade do Risco nas tratativas da Responsabilidade Penal Médica, poucos autores dedicaram-se a estudar o tema, a exemplo de Luiz & Cohn (2006), Lacava Filho (2008), Ianni (2008), Motta (2009, 2014), Amaral (2012).

No intuito de contribuir com o avanço das discussões sobre o tema no cenário brasileiro, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar os riscos sociais trazidos pela era da pós-modernização no século XXI referente à atuação médica para com a sociedade brasileira, à luz da teoria da sociedade do risco. Mais especificamente, pretende-se (1) analisar os riscos sociais perante a atuação médica por conta da desenvoltura científica e tecnológica; (2) avaliar a interveniência jurídica-penal no âmbito da

responsabilização médica perante aos seus atos laborais, contextualizando à luz da sociedade de risco.

Para responder aos objetivos propostos, realizou-se uma pesquisa bibliográfica através de levantamento realizado em base de dados nacionais e estrangeiras, com a finalidade de detectar referenciais teóricos acerca dos riscos sociais trazidos pela atuação médica na contemporaneidade.

A pesquisa foi realizada no período de setembro a novembro de 2020, através de livros, artigos científicos, reportagens de jornais e revistas e em bancos de dados digitais, tais como Periódicos Capes, SciELO e Google Acadêmico. A busca foi desenvolvida utilizando-se as palavras-chave: responsabilidade penal médica; erro médico; erro médico escusável; erro médico inescusável, sociedade de risco; sociedade de risco e erro médico; modernidade reflexiva. Para a discussão, foram considerados apenas os textos publicados entre 1990 e 2020, em inglês, espanhol ou português, excluindo-se aqueles que não atenderem aos critérios previamente estabelecidos.

2 ÉTICA MÉDICA

O código profissional representa declaração formal do papel moral dos membros da profissão, especificando também regras de etiqueta e responsabilidade internas (BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2012). Nesse sentido, deve-se adequar à própria realidade social, econômica e política, priorizando valores, princípios e normas que salvaguardem e ampliem os direitos, em comunhão com a saúde pública e coletiva (SOARES *et al.*, 2017).

O Código de Ética Médica, em seu Capítulo I, reza que:

- I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.
- II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Entretanto, o dia-a-dia da medicina é cheio de riscos que são inerentes à profissão, e esses riscos podem ser responsáveis, em alguns casos, por um resultado adverso decorrente de alguma conduta praticada pelo profissional (GUIMARÃES, 2018).

Netto e Alves (2010), ressaltam ainda que o médico é o guardião da vida, considerada pelos autores como sendo o bem maior que o ser humano possui. O médico deve ter

dedicação, correção, respeito pela vida e em razão de sua função agir sempre com diligência, cautela e evitar que seu paciente possa ser conduzido ao sofrimento, à dor, à angústia e as perdas irreparáveis. A responsabilidade do médico e os acontecimentos gerados em decorrência de sua profissão podem gerar efeitos na esfera ética, civil e criminal.

Sendo assim, os profissionais da Medicina e do Direito muitas vezes se veem em conflitos éticos insuperáveis, não vislumbrando até onde podem atuar sem violar a lei e garantir os direitos da dignidade da pessoa humana, a vida, a integridade física e moral, direito à liberdade, direito à intimidade e à privacidade e o direito social à saúde (LACAVA FILHO, 2008).

Na antiguidade, a profissão médica era praticada de uma forma muito restrita e se encontrava intimamente ligada à religião. A grande maioria das situações eram ligadas às forças divinas, tais como pobreza, riqueza, doença, saúde, sucesso ou não nas colheitas, e até mesmo o destino da pátria (GIOSTRI, 2004). Basta atentar para o fato de que nas sociedades primitivas quem curava era o curandeiro, que reunia as funções de sacerdote, e de médico na mesma pessoa (LACAVA FILHO, 2008).

Na modernidade, aqui compreendida como reflexiva, não há mais contradição entre as exigências de responsabilidade do médico e o seu conhecimento (LACAVA FILHO, 2008), já que esse profissional se utiliza de conhecimentos mais avançados do que estão presentes em quaisquer publicações de sua área. Não há mais como se cogitar o médico como um investigador, mas sim como um aplicador das investigações e experimentos realizados por outros profissionais (RODRIGUEZ, 1995 *apud* LACAVA FILHO, 2008).

A velocidade dos avanços científicos e tecnológicos nas últimas décadas, especialmente nas áreas da medicina e da biologia, com implicações que afetam diretamente o ser humano, impõem uma necessária reflexão sobre o comportamento dos profissionais da atividade médica frente a novas situações surgidas envolvendo questões como a vida e a saúde e, principalmente, uma reflexão sobre a relação médico-paciente (BORGES, 2014).

Os profissionais da medicina vêm percebendo que incidem sobre si os efeitos da modernidade reflexiva (LACAVA FILHO, 2008), isso porque a Medicina não é uma ciência

exata, nem tampouco uma atividade fim, mas sim de meio³ e, por isso, imprevistos ocorrem e critérios de imprevisibilidade, que cada tratamento ou procedimento tem, deverão ser ponderados, objetivando evitar erros inerentes à própria resposta do ser humano (NETTO & ALVES, 2010).

De acordo com Motta (2014), Ulrich Beck defende que o risco é o novo princípio organizador da sociedade. A categoria da Sociedade de Risco tematiza o processo de questionamento das ideias centrais para o contrato de risco, a possibilidade de controle e a possibilidade de compensação de incertas e perigos fabricados industrialmente.

A medicina na Sociedade do Risco pauta-se pelo princípio do *voluntas aegroti suprema lex* (os pacientes serão a lei suprema), segundo o qual devem ser respeitados a vontade e o direito à autodeterminação do paciente, algumas vezes em detrimento do seu bem estar, o que tem como consequência o fato de que a informação, e principalmente o consentimento do paciente em relação ao tratamento passe a ter papel de suma importância na relação entre ele e o médico (ESER & DONNA, 1999, apud LACAVA FILHO, 2008).

3 ERROS MÉDICOS E SUAS TRATIVAS PENAIAS

Erro médico pode ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através de ação ou omissão do profissional (GISOSTRI, 2004) e, quase sempre, causam dano e sofrimento aos pacientes, o que, aliado a uma relação médico-paciente insatisfatória, é responsável por grande parte das denúncias feitas nos Conselhos Regionais de Medicina (BITTENCOURT et al., 2007).

De acordo com Kfoury Neto (1999), o médico é passível de julgamento em dois tribunais: o da Justiça comum, que segue os preceitos do Código Penal e Civil, e o dos Conselhos de Medicina, cujos julgamentos se baseiam no Código de Ética Médica.

Sobre a responsabilidade civil, França (1994, pág. 242) afirma:

(...) o erro médico, no âmbito da responsabilidade civil, pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se der na ação ou na

³ De acordo com Fernando Carbonieri, a medicina é profissão de meio, cujo fim depende da orientação do paciente. Este possui responsabilidade compartilhada com o médico, pois o resultado depende mutuamente da boa orientação do paciente pelo médico e do comprometimento em seguir as orientações dadas pelo profissional.

omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional. Já as falhas estruturais, se referem quando os meios e as condições de trabalho foram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma resposta satisfatória.

A responsabilidade penal do médico, conforme detalhamento no próximo capítulo, tem sua previsão no Código Penal Brasileiro, especialmente, através dos artigos 121, 132, 135, 136, 154, 229, 268, 269 e 302.

Já o Código de Ética Médica (CEM, 2010), prevê o erro médico e dá destaque a esse tema no Art. 1º do Capítulo III – Responsabilidade Profissional ao afirmar que “é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, das diversas consequências indesejáveis da modernidade (IANNI, 2008). Nesse sentido, vale salientar que o risco tem uma dimensão de experimentação: não se pode teorizar sobre ele, é da ordem da probabilidade.

A categoria de risco gera um mundo que ultrapassa a clara separação entre conhecimento e desconhecimento, verdadeiro e falso, bom e ruim (MOTTA, 2009). E assim supõe-se avaliar o erro médico à luz da teoria da Sociedade de Risco.

Neste artigo, destacamos quatro hipóteses para a responsabilidade penal do médico, conforme prevê Moraes (1995): erro diagnóstico, erro para prevenir mal maior, erro escusável e erro grotesco.

O erro de diagnóstico ocorre quando, tendo em vista os sintomas que o paciente apresenta, o médico não consegue distingui-los ou enquadrá-los em alguma doença catalogada pela medicina, bem como quando o profissional enquadra os sintomas em uma doença que não é a verdadeira causadora dos males que o paciente vem sofrendo (MORAES, 1995).

Algumas hipóteses são consideradas típicas do erro diagnóstico: (1) quando o médico estabelece o diagnóstico sem ter visto ou examinado o paciente; (2) se para a emissão do diagnóstico não foram utilizados equipamentos ou técnicas que costumam ser utilizadas; (3) quando não são levadas em consideração eventualidades mais remotas, mas que eventualmente devem ser consideradas.

Para evitar erros desse tipo, alguns autores sugerem que o médico, considere:

- a. A elaboração correta da anamnese.
- b. Preenchimento correto do prontuário.
- c. Constante atualização profissional, conforme prevê a Resolução CFM 1755/04.
- d. Em caso de dúvidas sobre um determinado diagnóstico, consultar colegas especialistas.

O erro deliberado ocorre para se prevenir mal maior, podendo se dar quando surgirem situações graves e inesperadas, nas quais o médico não tenha outra escolha, a não ser, realizar uma determinada técnica que poderá causar ou não danos ao paciente (SANTOS, s/d).

Bernardi (2000) sugere como exemplo o médico oncologista que, no intuito de combater o câncer, faz uso de um método de tratamento - utilizando muitas das vezes, medicamentos bastante tóxicos - extremamente agressivo à saúde do paciente de um modo geral. Porém com a aquiescência deste, posto que é o que apresenta maiores chances de resultado no combate à doença.

O papel do médico não é estritamente técnico, ele se coloca também numa posição de conselheiro e protetor do enfermo, daí teria a assistência médica a natureza de contrato *sui generis* e não de mera locação de serviços (BORGES & MOTTIN, 2017).

A relação médico-paciente é contratual quando resulta de um negócio jurídico prévio, ainda que tácito, entre médico e paciente, restringindo-se às questões relativas à medicina privada. No entanto, será extracontratual quando decorrer de atendimento médico de urgência ou emergência, sem o prévio consentimento do paciente, ou quando houver a prestação de serviço médico no setor público (AGUIAR JUNIOR, 1997).

De acordo com Moraes (1995), para se precaver, o médico deve comunicar por escrito ao Juiz o seu procedimento. Além disso, a família deverá acompanhar de perto a dificuldade técnica em assistir o paciente e assinar um documento atestando estar de pleno acordo com a conduta do médico e assumindo a responsabilidade da decisão.

Para que tal consentimento seja eficaz, pressupõe-se a assimilação das informações pelo paciente. Para isto, o médico deverá explicar detalhadamente as vantagens e desvantagens de um tratamento ou procedimento médico, verificando se o paciente compreende tais informações (NEVES, 2009).

Entretanto, o documento de autorização da família para esse procedimento não é suficiente para evitar que o médico venha a ser vítima de reclamações futuras por parte daquela mesma família que naquele momento concordou com a solução apresentada. Por isso, um prontuário médico bem elaborado, que contenha todo o histórico do paciente, bem como os procedimentos realizados, servirá também como prova em eventual defesa (PITHAN, 2005).

Considera-se erro escusável ou profissional aquele que decorre de falha não imputável ao médico e que depende das naturais limitações da medicina, que não possibilita sempre o diagnóstico de absoluta certeza, podendo confundir a conduta profissional e levar o médico a se conduzir erroneamente. Cabem nessa classe, também os casos em que tudo foi feito corretamente, mas em que o doente omitiu informações ou até mesmo as sonegou e ainda quando não colaborou com a sua parte no processo de diagnóstico ou de tratamento (MORAES, 1995).

De acordo com Groce & Groce Júnior (1997), para que o erro médico seja considerado escusável exigem-se os seguintes elementos: (1) que o médico assistente não se tenha havido com culpa em qualquer modalidade: negligência, imprudência, imperícia; (2) que a má relutância seja consequente a um erro de diagnóstico possível do ponto de vista estatístico; (3) que no estabelecimento desse diagnóstico tenham oportunamente sido utilizados meios e métodos amiudadamente empregados; (4) que a terapia clínica e/ou cirúrgica seja a habitualmente utilizada para o diagnóstico formulado; (5) que o evoluir do caso tenha-se processado dentro das expectativas.

Um exemplo de erro escusável foi publicada pelo site Lex Magister. De acordo com a notícia, a 5ª Turma Cível do TJDF deu provimento ao recurso de um médico e do Hospital Santa Lúcia (DF), para afastar a responsabilidade de ambos em caso de suposto erro. Os autos indicam que o paciente procurou o referido hospital, em novembro de 2005, em razão de fortes dores na região testicular. Na ocasião, foi atendido por profissional que lhe prescreveu analgésicos e o liberou. Persistindo as dores, retornou ao hospital, sendo atendido por outro médico. Este lhe solicitou uma ecografia, realizada dois dias depois, que constatou torção testicular com necessidade de intervenção cirúrgica imediata. No procedimento cirúrgico, verificou-se "infarto total" do testículo direito e necessidade de extração do órgão. O autor sustenta que os sucessivos erros de diagnósticos e a demora na

realização do exame agravaram seu quadro clínico, motivo pelo qual requereu o pagamento de indenização por danos morais. O desembargador relator explicou que como a medicina é uma ciência de meios e não de resultados, não há que se falar em erro médico quando na verdade o que houve foi a escolha inadequada entre os tratamentos possíveis ao caso - situação que caracteriza a iatrogenia.

A perícia concluiu que a perda do órgão não ocorreu em razão da exclusiva conduta negligente, imprudente ou imperita do clínico. Dessa forma, por vislumbrar a hipótese de erro escusável, o Colegiado excluiu a responsabilidade do médico, entendendo que, ante o afastamento desta, também deve ser afastada a responsabilidade do hospital.

Erro grotesco ou inescusável é aquele que ocorre quando o médico, por imprudência, negligência ou imperícia, provoca uma lesão ou um dano ao paciente, gerando-se a responsabilização do profissional (GROCE & GROCE JÚNIOR, 1997), ou seja, é aquele que poderia ser evitado pelo agente se tivesse tomado todas as cautelas diversas e necessárias antes de agir; é, portanto, um erro evitável (GIOSTRI, 2004).

Pode-se utilizar como exemplos o médico que extrai o rim direito do paciente, sendo que na verdade o esquerdo que deveria ser retirado; ou os casos em que o médico sutura o paciente e esquece algum material cirúrgico dentro de seu abdômen (SANTOS, s/d).

Um exemplo recente de erro médico inescusável foi publicado pelo Portal G1. Trata-se de um médico do Hospital Regional do Paranoá (DF) que foi condenado a um ano de detenção por homicídio culposo. A vítima foi um adolescente de 17 anos que tinha problemas cardíacos. De acordo com o processo, o paciente deu entrada no hospital se queixando de dores no peito, falta de ar e taquicardia. O médico prescreveu remédio para ansiedade, receitou "repouso" e sugeriu uma futura consulta com um especialista em cardiologia. O adolescente voltou para casa e, no dia seguinte, deu entrada novamente na emergência, onde morreu. No entendimento da Justiça, houve uma "análise superficial" dos resultados dos exames do adolescente, "o que resultou num diagnóstico errado". "Conclui-se que, a condução do caso pelo médico não foi adequada, [...] com sinais que, associados à sintomatologia da vítima, deveriam ter sido investigados em regime hospitalar, o que não foi realizado pelo médico", diz trecho da decisão. Além disso, o profissional foi responsabilizado por "negligência", por não registrar no prontuário a interpretação dos exames realizados no paciente.

4 RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA

A responsabilidade penal se perfaz através da reprimenda aplicada ao sujeito que pratica uma conduta prevista como criminosa pelo Direito Penal. O médico no exercício de sua profissão pode se ver enquadrado em algumas condutas previstas como criminosas pelo Direito Penal (GUIMARAES, 2018).

Para compreender melhor as penalidades previstas no código penal para os profissionais da medicina, definiremos os conceitos de Imputação, Dogmática, Conduta Dolosa e Culposa, Negligência, Imprudência e Imperícia.

Imputação é capacidade mental de compreender o caráter ilícito do fato (vale dizer, de que o comportamento é reprovado pela Ordem Jurídica) e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, de conter-se (ESTEFAN, 2018). Assim, o autor de um delito deve possuir o entendimento acerca de seu ato, de seus resultados e efeitos para lhe ser atribuída a responsabilidade jurídica (TOLEDO, 1999).

Desse modo, para tratar os casos de imputabilidade, considerando a responsabilidade penal médica, o código penal apresenta os artigos 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem), 136 (abandono de incapaz), 154 (violação de segredo profissional), 269 (omissão de notificação de doença) e 302 (atestado falso), de modo a objetivar as condutas previstas pelo legislador pátrio.

Por outro lado, com ênfase ainda nas ciências penais, a dogmática é importante para distinguir aquilo que a criminologia e a política criminal adotam como eixo basilar para se conjunturar determinada lei penal. No tocante à dogmática, é o conjunto de valores, princípios, opiniões consolidadas pelas doutrinas e teoria desta ciência, trazendo validade interpretativa e sistêmica ao desenvolvimento do aprimoramento legislativo de aplicabilidade social (ESTEFAN, 2018).

A dogmática penal deve se ocupar exclusivamente em determinar de que modo alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente danoso e de que forma o Direito Penal aplicará suas sanções (ROXIN, 1997). Graças a isso, a Dogmática Jurídica tornou-se um paradigma secular de Ciência do Direito e, nessa condição,

secularmente reproduzida como base teórica e ideológica da educação e da prática jurídicas, formando sucessivas gerações de juristas e embasando gerações de decisões legislativas (produção de normas) e judiciais (produção de sentenças, acórdãos, petições, denúncias) (ANDRADE, 2008).

Diante do Código Penal brasileiro, a negligência, imprudência e a imperícia, são modalidades de conduta previstas no artigo 18, II e parágrafo único, caracterizando em modalidade de ação culposa, ou seja, o agente só poderá ser punido, se, ao menos, agir de maneira tendenciosa, com ação destinada a uma finalidade que seja prevista pelo código penal. O parágrafo único do artigo 18, II destaca que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Por outro lado, o artigo 18, I refere-se ao crime doloso como “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” Nesse caso, o agente só poderá responder pela ação que este deu causa previsível a uma determinada finalidade. O dolo, em seu sentido dogmático, só terá previsão punitiva se o código fizer menção previsível a esta conduta. No Direito Penal Médico, são exemplos de crimes dolosos os previstos nos artigos 154 (violação de segredo profissional) e 302 (atestado falso) e são considerados os menos prováveis de acontecer, já que ferem o código de ética profissional.

A negligência à conduta do agente ocorre pela inobservância de cuidado ou pela falta de precaução com que se executa certos procedimentos, normalmente, antes da realização da conduta. Nesse sentido, caracterizam-se esse tipo de conduta, a inércia, a indolência ou a falta de ação de passividade. É um ato omissivo posto pela diligência ao agir pela cautela - buscando evitar quaisquer distorções e falhas -, ou seja, o agente que age negligentemente, não observa a norma técnica que deveria observar (NETTO & ALVES, 2006). São exemplos de negligência lesões corporais ao paciente por esquecer agulha de sutura ou compressa de gaze dentro do seu organismo; ou por, distraidamente, não esterilizar os instrumentos cirúrgicos (SOUZA, 2006).

A imprudência ocorre quando o médico assume riscos para o paciente sem respaldo científico para o seu procedimento, agindo sem a cautela necessária (BITENCOURT *et al.*, 2007). O médico tem perfeito conhecimento do risco, e ignorando a ciência médica, toma a

decisão de agir mesmo assim. O imprudente usa terapêuticas sem necessidade e muitas vezes técnicas terapêuticas que podem ser nocivas para o paciente (NETTO & ALVES, 2006).

Souza (2006) destaca ainda que por imprudência entende-se a culpa na sua forma ativa, que pode ocorrer devido precipitação, imoderação, afoiteza, insensatez ou conduta arriscada por parte do médico. Por exemplo, o médico que acelera o procedimento numa cirurgia por qualquer motivo ou a realiza embriagado e, em ambos os casos, o paciente acaba morrendo.

A imperícia decorre da inaptidão técnica, onde o médico não tem a habilidade suficiente para produzir o resultado que havia proposto inicialmente, ou seja, ele pode até se cercar dos cuidados necessários ao agir, porém a falta de habilidade impede que se tenha o resultado pretendido (SANTOS, s/d). O imperito não sabe, no seu modo de agir, o que um médico deveria saber (Netto & Alves, 2006). Souza (2006), ressalta que a imperícia médica pode ocorrer se o médico não souber praticar uma intervenção cirúrgica ou prescrever dado medicamento.

5 SOCIEDADE DE RISCO E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A teoria da sociedade mundial de risco parte de um diagnóstico geral: perigos são fabricados de forma industrial, exteriorizados economicamente, individualizados no plano jurídico, legitimados no plano das ciências exatas e minimizados no plano político (BECK, 2010).

Com a chegada do século XXI, já na Pós-Modernidade, ganhou força a preocupação em humanizar e democratizar a relação médico paciente. Movimento este que valoriza a dignidade da pessoa humana, levando a medicina a repensar o vínculo de submissão do paciente a todas as decisões do seu médico. Passa-se a reconhecer a autonomia do enfermo, protegida não apenas por normas éticas, mas também pelo Direito (SGRECCIA, 2002).

Risco é um tema mediador que demanda uma nova divisão de trabalho entre a ciência, a política e a economia (BECK, 2010). A sociedade de risco é o momento contemporâneo demarcado pelos desafios da desenvoltura do capitalismo e da tecnologia, delimitado pela (in)segurança e as preocupações com as presentes e futuras gerações sociais (BECK, 2010; GIDDENS, 2011). Motta (2009), reforça ainda que as ameaças e incertezas

pertencem às condições gerais da existência humana; a semântica do risco está relacionada especificamente com o processo de modernização, no qual adquirem maior significado as decisões, as incertezas e a probabilidade. Está relacionada à tematização no presente de perigos futuros, percebidos como resultado da civilização.

O risco não é um fenômeno atual, existindo desde a antiguidade e que, hoje, pelos avanços da tecnologia, pelo contrário, a vida humana seria menos arriscada. Na época das grandes navegações, por exemplo, os marinheiros saiam sem destino para desbravar mares nunca dantes navegados, o que demonstrava que, em busca de riquezas expunham-se a riscos maiores do que os atuais, os quais foram minimizando a partir do desenvolvimento das técnicas de navegação (LACAVA FILHO, 2008).

Se antes da época moderna o perigo implicava fatalidade, agora ele é ressignificado em controle possível. Nesse sentido, a modernidade reflexiva ou sociedade de risco, como tem sido denominada por alguns autores, rompe com as estruturas da sociedade industrial, principalmente em relação à ciência e à tecnologia, às formas de trabalho, ao lazer, à família e à sexualidade (LUIZ & COHN, 2006). Sendo assim, o êxito da teoria da sociedade mundial de risco consiste em ter aberto caminhos novos para o tratamento sociológico de uma intuição amplamente compartilhada nos dias atuais – a intuição de que se faz necessário reatualizar o aparato teórico-metodológico da sociologia para endereçar o particular e o universal no contexto da globalização (BOSCO & FERREIRA, 2016).

Nas sociedades de risco as consequências do sucesso da modernização são tematizadas: os riscos se tornam mais arriscados, pois as condições para seu cálculo e sua gestão fracassam em parte, e, correlativamente, altera-se o papel da ciência e da técnica (MOTTA, 2009). De acordo com mesma autora, para uma perspectiva sociológica, é necessário tornar visível no conceito de risco não somente essa atribuição a uma decisão, mas a observação de que tal decisão foi tomada por alguém na expectativa de incorrer em ganhos, a despeito de possíveis perdas, já que o risco não é somente negativo (probabilidade de ocorrência de um dano); para quem tomou a decisão, é positivo incorrer em risco.

O diagnóstico de Beck sobre o mundo contemporâneo possui muitos pontos de contato com a realidade e encontrou bastante ressonância para além do mundo acadêmico (MOTTA, 2014). No âmbito da atividade médica, vem acontecendo erros de conduta por

ausência de observância e cuidado de alguns desses profissionais, sendo que parte desses acidentes laborais estão atrelados à desenvoltura industrial e tecnológica (LACAVA FILHO, 2008).

De acordo com Motta (2014), Beck se destaca na sociologia do risco e ultrapassa as fronteiras disciplinares ao defender que risco é o novo princípio organizador da sociedade. A mudança social que leva a esta nova sociedade é explicada a partir de uma teoria da modernização, na qual modernidade é conceituada como a primazia do futuro – em detrimento do passado – sobre o presente.

O médico, como qualquer especialista, vem percebendo que incidem sobre si os efeitos da modernidade reflexiva, embora Ulrich Beck tenha afirmado que Medicina seria a única “ciência” que teria um filtro contra os efeitos da sociedade de riscos (LACAVA FILHO, 2008).

Hayes (1992) ao apresentar o conceito de risco na área da Saúde, considerando as últimas décadas, identifica três linhas teóricas: (1) o risco Individual (health risk appraisal – HRA) que trata do cálculo de risco pessoal projetado a partir de estudos epidemiológicos e de estatísticas vitais. Refere-se a características pessoais, tais como história familiar, hábitos, estilo de vida e outros; (2) abordagem de risco (risk approach – RA) que é uma proposta para alocação de recursos, defendida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no contexto do Programa Materno-Infantil, de forma a maximizar a eficiência de alocação dos recursos públicos nos países menos desenvolvidos. Seu objetivo é a garantia de atenção especial na área da saúde aos grupos menos favorecidos, ou seja, sob maior risco; (3) análise de risco (risk analysis/assessment/management – RA/M) refere-se a pesquisas que abordam o perigo do uso de tecnologias, a segurança de produtos, a percepção do público sobre risco, dentre outras abordagens. Essa última teoria parece estar mais alinhada à proposta do presente estudo.

Com base em dados estatísticos, desde o final do século XX, há percentual crescente de ações judiciais rogadas em desfavor de certas atividades médicas. Pois, no século XXI, estes dados estatísticos crescem e trazem insegurança aos profissionais desta atividade, assim como a insegurança das Pessoas Físicas perante estes profissionais (LACAVA FILHO, 2008).

Por isso, muitos profissionais da medicina aderiram aos princípios da medicina defensiva. De acordo com Minosi & Silva (2013), a medicina defensiva é uma prática médica que prioriza condutas e estratégias diagnósticas e/ou terapêuticas e que têm como objetivo evitar demandas nos tribunais para os profissionais médicos. Em pesquisa realizada pela Escola de Saúde Pública de Harvard, mais de 90% dos médicos entrevistados pela praticam a chamada medicina defensiva, que inclui exames caros e tem o objetivo de evitar possíveis processos. Os autores afirmam, também, que no Brasil, embora sem estudos específicos sobre o assunto, podemos observar na prática médica diária a consolidação da medicina defensiva, especialmente em decorrência da precária formação médica em nosso país, fazendo com que o profissional recém-ingressado no mercado de trabalho utilize meios requintados de diagnósticos em detrimento ao exame clínico pormenorizado e de uma adequada comunicação com o paciente.

O próprio Manual da Medicina Defensiva disponível no Brasil orienta que os médicos utilizem exames complementares com o objetivo de evitar possíveis acusações de negligência ou omissão em caso de insucesso nos atendimentos.

A discussão sobre prática da medicina defensiva é bastante controversa e desperta algumas fragilidades que devem ser consideradas. A partir de uma avaliação minuciosa do Manual da Medicina Defensiva, pode-se inferir os seguintes riscos dessa prática: (1) prejudica os pacientes devido à solicitação excessiva de exames e o uso de medicamentos; (2) aumenta os gastos com saúde tanto pelo pagamento dos exames e medicamentos quanto pelas internações muitas vezes desnecessárias; (3) compromete a qualidade do atendimento; (4) coloca em risco pacientes graves já que os médicos são orientados a evitar pacientes de alto risco.

A saúde pública trabalha dentro dos marcos da capacidade reflexiva da modernidade em que a ideia de progresso condiciona o desenvolvimento científico e tecnológico, na qual esse conhecimento é compreendido como essencialmente cumulativo, ou seja, cada etapa superando a anterior, numa progressiva expansão. E esse é o marco que se denomina de etapa reflexiva da modernização da sociedade capitalista que acredita que mais reflexão sobre os problemas, conhecimento especializado, ciência e tecnologia criam, necessariamente, possibilidades melhores para as pessoas e nações e, conseqüentemente, melhores condições de saúde para as populações (IANNI, 2008; BECK, 2012).

Nesse sentido, pode-se inferir que antes da desenvoltura tecnoindustrial, a finalidade médica para com o ser humano era investida de prerrogativa sobre-humana, de mitigar a dor e o sofrimento corporal, e adiar a morte do seu semelhante. Em concomitância com a desenvoltura deste novo período, a atividade médica consta-se com riscos iminentes de responsabilizações judiciais, assim como os riscos trazidos à saúde das pessoas em sociedade por conta da desenvoltura científica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo aborda, de forma contextualizada, as discussões atuais sobre os riscos sociais trazidos pela era da pós-modernização referente à atuação médica para com a sociedade brasileira, à luz da teoria da sociedade do risco proposta por Ulrich Beck.

A análise dos textos selecionados, evidenciou que a atuação profissional dos médicos é cercada de riscos, os quais podem gerar efeitos negativos na esfera ética, civil e criminal. Por isso, esses profissionais devem atuar de acordo com o Código de Ética Médica, com dedicação, correção, respeito pela vida e em razão de sua função agir sempre com diligência, cautela e evitar que seu paciente possa ser conduzido ao sofrimento, à dor, à angústia e as perdas irreparáveis.

A velocidade dos avanços científicos e tecnológicos nas últimas décadas impõe uma necessária reflexão sobre o comportamento dos profissionais da atividade médica frente a novas situações surgidas envolvendo questões como a vida e a saúde. Nesse sentido e, considerando-se os princípios da teoria da Sociedade de Risco, os médicos devem proporcionar aos pacientes a possibilidade de ter suas vontades e direito à autodeterminação respeitados, até mesmo em detrimento do seu bem-estar, o que tem como consequência o fato de que a informação, e principalmente o consentimento do paciente em relação ao tratamento passe a ter papel de suma importância na relação médico-paciente. Entretanto, alguns profissionais da medicina preferem aderir aos princípios da medicina defensiva, priorizando condutas e estratégias diagnósticas e/ou terapêuticas com o intuito de evitar demandas nos tribunais.

No Brasil, há evidências da prática da medicina defensiva, especialmente em decorrência da precária formação médica praticada por algumas instituições, fazendo com que o profissional recém-ingressado no mercado de trabalho utilize meios requintados de diagnósticos em detrimento ao exame clínico pormenorizado e de uma adequada comunicação com o paciente. Essa prática é reforçada, inclusive, por um Manual da Medicina Defensiva gratuito e disponível em formato digital.

Apesar da discussão sobre a prática da medicina defensiva ser controversa, há alguns riscos aos pacientes que devem ser considerados: solicitação excessiva de exames, indicação de medicamentos às vezes desnecessários, altos gastos com pagamento de exames e medicamentos, internações muitas vezes desnecessárias, atendimento de baixa qualidade, risco de morte em pacientes graves já que os médicos são orientados a evitar casos de alto risco. Nesse contexto, fica evidente os benefícios e os riscos do desenvolvimento tecnológico e científico para a atuação do médico na contemporaneidade, assim como, a necessidade cautela no uso das orientações do Manual da Medicina Defensiva que promove o uso excessivo de procedimentos diagnósticos como forma de proteger os médicos de possíveis processos em detrimento da segurança física dos pacientes.

Cumprе ressaltar que, apesar de Ulrich Beck ter afirmado que a medicina seria a única ciência que teria um filtro contra os efeitos da sociedade de risco, isso não se comprovou na contemporaneidade e os médicos já perceberam que incidem sobre si os efeitos da modernidade reflexiva o que demanda uma nova postura na relação médico-paciente.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. **Revista Jurídica**, vol. 45, n. 231, p. 122-147, 1997.
- AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes**. São Paulo, 2012. 162f. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Revista Seqüência**, n. 57, p. 237-260, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 set. 2020.

BAUM, Daniela Fabiana Thiesen; HUPFFER, Haide Maria; FIGUEIREDO, João Alcione Sganderla. Modernização reflexiva e as perspectivas das decisões ambientais no futuro. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, vol. 6, n. 2, p. 7-29, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 1. ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. de Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BERNARDI, Silvia de Liz Waltrick. Erro médico: Uma análise frente ao Código de Defesa do Consumidor. *Âmbito Jurídico*, 2000. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/erro-medico-uma-analise-frente-ao-codigo-de-defesa-do-consumidor/>. Acesso em 25 out. 2020.

BEAUCHAMP, T.L., CHILDRESS, J.F. **Principles of biomedical ethics**. Nova York: Oxford University Press; 2012.

BITTENCOURT, Almir Galvão Vieira Bitencourt; NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira; NEVES, Flávia Branco Cerqueira Serra Neves; BRASIL, Israel Soares Pompeu de Souza; SANTOS, Lívia Siqueira Costa dos. Análise do Erro Médico em Processos Ético-Profissionais: Implicações na Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**, vol. 31, n. 3, p. 223-228, 2007.

BORGES, Gustavo. **Erro médico nas cirurgias plásticas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. Erro Médico E Consentimento Informado: Panorama Jurisprudencial do TJRS e do STJ. **Revista do Direito Público**, vol.12, n.1, p.15-47, 2017.

BOSCO, Estevão; FERREIRA, Leila. Sociedade mundial de risco: teoria, críticas e desafios. **Sociologias**, ano 18, n. 42, p. 232-264, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> Acesso em 21 out. 2020.

ESER, ALBIN; DONNA, Edgardo Alberto. **Nuevos Horizontes en la Ciencia Penal**. Beunos Aires: Fundacion Editorial de Belgrano, 1999.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. São Paulo: Fundação BYK, 1994.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Penso, 2011.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá, 2004.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Erro médico e o direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

GUIMARÃES, Phelipe Dimas Machado. Responsabilidade penal do médico e a teoria da imputação objetiva. **Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas**. Ano III, n. 4. 2018.

HAYES, Michael V. On the epistemology of risk: language, logic and social science. **Social Science & Medicine**, vol. 35, p. 401-407, 1992.

IANNI, Áurea Maria Zöllner. Saúde Pública e Sociedade de Risco. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 8, n. 3, p. 38-48, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista de Tribunais, 1999.

LACAVA FILHO, Nelson. **Responsabilidade penal do médico**: na perspectiva da sociedade do risco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NETTO, Adamo Lui; ALVES, Milton Ruiz. Responsabilidade Médica. **Revista Brasileira de Oftalmologia**, vol. 69, n. 2, p. 75-6, 2010.

LUIZ, Olinda do Carmo; COHN, Amélia. Sociedade de risco e risco epidemiológico. **Caderno de Saúde Pública**, vol. 22, n.11, p. 2339-2348, 2006.

Manual da Medicina Defensiva. Disponível em <https://www.assisvideira.com.br/v2017/content/uploads/2018/08/MANAL-DA-MEDICINA-DEFENSIVA.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MINOSSI, José Guilherme; SILVA, Alcino Lazaro da. Medicina defensiva: uma prática necessária? **Rev. Col. Bras. Cir.**, vol. 40, n. 6, p. 494-501, 2013.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOTTA, Renata. Sociologia de risco: globalizando a modernidade reflexiva. **Sociologias**, ano 11, n. 22, 2009, p. 384-396.

MOTTA, Renata. Risco e Modernidade: uma nova teoria social? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 29, n. 86, p. 15-27, 2014.

NEVES, Camila. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico: obrigação de meio ou de resultado**. Porto Alegre: Stampa, 2009.

PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro. **Revista da AMRIGS**, vol. 56, n. 1, p. 87-92, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delicto**. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002.

SANTOS, Rosemari de Almeida dos. A RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DO ERRO MÉDICO. Trabalho de Conclusão de Curso, Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOP). (s/d). Disponível em < <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-1497473835516.pdf> >. Acesso em 25 out. 2020.

SOARES, Francisco José Passos; SHIMIZU, Helena Eri; Garrafa, Volnei. Código de Ética Médica brasileiro: limites deontológicos e bioéticos. **Rev. bioét.**, vol. 25, n. 2, p. 244-54, 2017.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais. **Bioética**, vol. 14, n. 2, p. 229-238, 2006.

TOLEDO, F. de A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.