

ARTÍCULO

Direito Humano Subjetivo e Personalíssimo: a autonomia e a dignidade do paciente frente aos riscos não informados

Subjective and personal human right: the autonomy and the dignity of the patient against the risks not informed

RAINER GRIGOLO DE OLIVEIRA ALVES *

* Rainer Grigolo de Oliveira Alves. Advogado, mestrando em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Uniritter e pós graduando lato sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS, Brasil. Correio eletrônico: rainergrigolo@avilaegrigolo.com.br

Resumo

Este artigo desenvolve uma reflexão crítica acerca do dever de informar do médico, apresentado tanto seus fundamentos jurídicos quanto bioéticos. Situa o paciente como agente moral, sujeito ativo da relação médico-paciente e dotado de vontade autolegislada. Além disso, busca apresentar alguns critérios que possam auxiliar ao profissional da saúde no momento de avaliar quais riscos o paciente deve ter conhecimento para uma tomada de decisão livre e consciente.

Palavras-chave: Direitos Humanos; responsabilidade pela informação; direitos do paciente; autonomia pessoal.

Abstract

This paper develops a critical reflection on the doctor duty to warn, presenting both as bioethical as legal foundations. Places the patient as a moral agent, active subject of doctor-patient relationship and provided with autonomous will. Moreover, seeks to presents some criteria that can help the health professional when to assess what risks the patient must have knowledge for taking a free and informed decision.

Keywords: Human Rights; damage liability; duty to warn; patient rights; personal autonomy.

Índice

1. Introdução.
2. O direito-dever de informar.
3. Critérios que auxiliam o dever de informar os riscos ao paciente.
4. Considerações finais.

1. Introdução

Embora a responsabilidade civil do médico não se enquadre como matéria nova, durante muito tempo a atividade deste profissional esteve imune à responsabilização, ora devido ao seu caráter religioso e ritualístico, ora pelo seu título lhe garantir destaque e onisciência não se admitindo a dúvida na qualidade de seus serviços, em uma espécie de o médico da família, de amigo e de conselheiro¹. Ainda assim, já no Direito Romano, em passagem do Digesto, encontra-se a responsabilidade do médico pela morte do paciente em sendo resultado de sua imperícia².

Este assunto foi retomado modernamente na França, ao firmar jurisprudência contrária a não responsabilidade do médico por erros profissionais que não fossem decorrentes de dolo ou intenção criminosa³ e, atualmente, é uníssono que a atividade do médico é passível de responsabilização, sendo ela, como regra geral, uma atividade essencialmente de meio, uma vez que não se pode dar a certeza da cura⁴.

Assim, não se quer proibir o médico da falibilidade humana ou das imprevisões do organismo humano, o proibindo de errar e responsabilizando-o por todo e qualquer erro. O que se quer, na verdade, é o proibir do erro por culpa, por despreparo, por ligeireza, dentre outros vários fatores⁵, responsabilizando-o pelo seu agir culposos nos eventuais danos causados ao paciente⁶.

Significa dizer que a ausência de êxito do profissional no cumprimento da obrigação assumida, não implica por si só em sua responsabilidade com o resultado⁷, é preciso que o seu fracasso, em um agir culposos, tenha sido o causador de um dano ao paciente⁸. Portanto, o médico é detentor de uma responsabilidade subjetiva, segundo a qual a culpa é relevante na análise de conduta do agente, bem como o dano e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do profissional. Sendo assim, é necessário um ato médico culpável e causador de um dano patrimonial ou extrapatrimonial injusto ao paciente, para que estejam preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil do médico.

No ordenamento jurídico brasileiro, cumpre destacar que, apesar de não existir uma lei ou dispositivo legal específico que regule a responsabilidade civil deste profissional, esta é tratada como uma responsabilidade por ato ilícito⁹, fundamentada nas regras gerais do art. 186 combinado com o art. 927 do

1 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, ano 84, v. 718, p. 33-53, ago/1995. p. 33.

2 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, v. 55, n. XIX, p. 116-139, jul/1992. "Uma passagem do DIGESTO, Livro I, Título XVIII, fl. 6, § 7º, dispõe que: 'Sicut medico imputari eventos mortalitatis non debet: ita quod per imperitiam committ imputari ei debet'". p. 119.

3 FRADERA, FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, v. 55, n. XIX, p. 116-139, jul/1992. p. 119.

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 326.

5 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 327.

6 SOUZA, Neri Tadeu Camara. *Responsabilidade Civil e Penal do Médico*. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 48.

7 ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil médica. *Revista da Ajuris*, ano XX, v. 59, p. 224-235, nov/1993. p. 228.

8 FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, v. 55, n. XIX, p. 116-139, jul/1992p. 28/29.

9 MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 63, p. 52-91, jul-set/2007. p. 55.

Código Civil Brasileiro (CCB) e com o art. 14 § 4 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Concomitante a isto, algumas regras subsidiárias de responsabilidade médica e de prestação de serviços, bem como o Código de ética Médica pode ser aplicadas simultânea e subsidiariamente, sempre à luz da Constituição Federal/88 (CF/88).

Pithan¹⁰, em pesquisa que analisou acórdãos em diferentes tribunais de justiça estaduais, verificou que o CDC é o principal fundamento legal nas decisões de demandas de responsabilidade civil por ausência de consentimento informado. Implica inferir que, tendo em vista esta aplicação primária do CDC, no ordenamento jurídico pátrio e na jurisprudência, a medicina vem sendo compreendida muito mais a partir de uma concepção consumista de um prestador e de um tomador de serviços, do que necessariamente humanitária e assistencial.

Em consequência disso, vários outros direitos-deveres da relação médico paciente que poderiam assumir um caráter muito mais voltados à ética e à moral, tendem a assumir características de consumo. Destaca-se, entre eles, o direito do paciente em receber as informações sobre determinada intervenção e estado de saúde; correspondente ao dever médico de informar: por isso, um direito-dever de informação. E, dentro deste tópico, o dever de informar os riscos é por demais delicado. É impossível, ao médico, informar ao paciente sobre todos os riscos, mas, então, quais riscos informar? Para responder este questionamento, antes se deve compreender em que contexto está inserido o direito-dever de informação.

2. O direito-dever de informar

Para além dos princípios da beneficência e da não-maleficência que tradicionalmente inspirou a relação médico-paciente¹¹, o princípio da autonomia fez derivar a informação como um dos mais importantes direitos do paciente e deveres do médico. Juridicamente, o direito à informação está previsto no art. 6 inciso III do CDC, introduzido na norma legal como corolário da boa-fé, da transparência e da confiança que deve pautar a relação fornecedor e consumidor¹².

De outra parte, o código deontológico dos médicos, traz o consentimento informado e o direito-dever de informação nos capítulos que tratam dos Direitos Humanos (art. 22, 24 e 26) e da relação médico paciente (art. 31). O importante é que ambas as normas têm o intuito de qualificar o nível assistencial e aprimorar a manutenção da confiança entre as partes, em consonância, ainda, com o art. 15 do CCB e com o art. 1º inciso III e art. 5 *caput da CF/88*.

10 Em uma pesquisa que realizou análise de acórdãos em diferentes tribunais de justiça estaduais, verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor é o principal fundamento legal nas decisões de demandas de responsabilidade civil por ausência do consentimento informado. PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário Brasileiro. *Revista da AMRIGS*, v. 56, n. 1, p. 87-92, jan-mar/2012.

11 SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53.

12 Cavaliere Filho desenvolve estes princípios junto com o dever de informar em sua obra CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

O objetivo desta deliberação médico-paciente nada mais busca do que uma decisão prudente e, não necessariamente, correta ou única¹³, buscando neste espaço moral e de autodeterminação do corpo secularizado pela Bioética como gestão soberana do espaço privado, o exercício dos direitos humanos subjetivos e personalíssimos expressados pela autonomia do indivíduo¹⁴. O que se quer dizer é que, sujeitos diferentes, por crenças ou ideologias diferentes podem tomar decisões diferentes, mas mesmo assim acertadas em sua autonomia e é, por isso, que a liberdade do sujeito em decidir sobre seu corpo é uma significativa manifestação da dignidade da pessoa humana¹⁵. Neste sentido, Beauchamp e Childress¹⁶ afirmam que respeitar a autonomia de um agente, é no mínimo, reconhecer que as pessoas têm pontos de vistas, escolhas e ações baseadas em valores e crenças pessoais: “Respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito da pessoa em ter pontos de vista, de fazer escolhas e de tomar decisões baseadas em valores e crenças pessoais. (...) Respeito, por conta disso, envolve o reconhecimento do direito de decisão e de permitir que as pessoas ajam autonomamente, enquanto que o desrespeito à autonomia envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou rebaixam outros direitos de autonomia” (tradução livre).

Então, o dever de informar é, na verdade, um processo de comunicação contínuo¹⁷, que eleva a qualidade assistencial e fortalece a relação de confiança entre médico e paciente¹⁸. Para tanto, os sujeitos envolvidos devem estabelecer um diálogo recíproco e consistente, possibilitando ao médico ter ciência das qualidades, dúvidas e necessidades do paciente, a fim de que este possa tomar sua decisão de maneira autônoma, esclarecida e consciente¹⁹. Quase desnecessário afirmar que as informações trocadas neste processo informativo devem ser verdadeiras, sob pena de impossibilitarem a almejada decisão autônoma, livre e esclarecida. Neste sentido, Fabbro²⁰ afirma que “essa vontade deve ser qualificada pela liberdade, deve ter por base a informação e a verdade. O respeito pela vontade do paciente, por seu direito de autogovernar-se, não passará de falácia caso lhe subtraíamos as informações necessárias à real consecução da opção livre”.

13 GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo, Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010. p. 142.

14 GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo, Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010. p. 138.

15 Rosa Nery afirma que a liberdade e a vida são expressões da dignidade da pessoa humana, “porque é na essência dos ser que se encontram os elementos identificadores dela. Logo, a Vida Humana, é que tem dignidade, a liberdade do homem é que tem dignidade”. Nery, Rosa Maria de Andrade. In: CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*, v. 19, ano 5, p. 83-129, jul-set/2004. p. 123.

16 No original: “To respect an autonomous agent is, at a minimum, to acknowledge that person’s right to hold views, to make choices, and to take actions based on personal values and beliefs. (...) Respect, on this account, involves acknowledging decision-making rights and enabling persons to act autonomously, whereas disrespect for autonomy involves attitudes and actions that ignore, insult, or demean other’s rights of autonomy”, BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5th Edition, new York: Oxford University Press, 2001. p. 63.

17 LOCH, Jussara de Azambuja; LOCH, Fernanda de Azambuja. Marco ético y jurídico del consentimiento informado. In: Bergel S.D. (coord.). *Bioética y derechos humanos*. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2006: 141-55.

18 SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53.

19 ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Responsabilidade do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. *Revista Bioética*, v. 20, n. 3, p. 397-403, set-dez/ 2012. p. 400.

20 FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. *Revista Bioética*, v. 7, n. 1. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/286/425, capturado em 26/02/2013.

O direito-dever de informar (ou o processo de consentimento informado ou, ainda, livre e esclarecido), portanto, não almeja a adesão do paciente à proposta do médico, mas é ele quem oferece condições ao paciente em permitir ou não, que o profissional prossiga com a intervenção médica em seu corpo²¹, pois a informação é o ponto chave para o exercício da autonomia. Esta decisão do paciente pode culminar em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), embora este documento escrito não seja obrigatório na assistência médica: o importante, é que a comunicação médico-paciente seja um diálogo claro e eficiente, não um manual ou termo de isenção de responsabilidade como poderia provocar a obrigatoriedade do termo escrito ou a comunicação exclusiva por intermédio dele.

Esta doutrina do dever de informar e do consentimento informado vem se desenvolvendo a mais de cem anos no âmbito da Bioética e da Ética Médica, primando pelo princípio da autonomia do paciente, sendo que foi somente em 1954, em um julgado do Tribunal da Califórnia nos EUA, que a expressão *informed consent* foi introduzida no âmbito jurídico²². Aos poucos, decisões americanas similares foram ganhando espaço e apontando o dever do médico em informar ao paciente e a necessidade de revelá-lo, inclusive, os riscos do tratamento²³.

Este cenário, rapidamente se espalhou pelo mundo, incorporando-se a muitos ordenamentos e jurisprudências como postulação axiológica e normativa²⁴. No Brasil, o consentimento livre e esclarecido e o acesso à informação têm na boa-fé objetiva o seu princípio gerador de direito e deveres, dentro de um contexto constitucional de dignidade da pessoa humana e de liberdade individual. Portanto, enquanto no plano constitucional a dignidade da pessoa humana surge como princípio norteador, no âmbito civil infraconstitucional é a boa-fé objetiva quem assume este papel²⁵.

Cláudia Lima Marques²⁶ leciona que a boa-fé objetiva significa uma “atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”. A boa-fé também pode ser entendida como “honestidade pública”²⁷, ou ainda, em uma conduta em conformidade com o esperado, segundo critérios do

21 Conforme FABBRIO, “não se trata de mera adesão do paciente à proposta do médico, mas permissão, licença para realização sobre seu corpo de método auxiliar de diagnóstico, terapêutico ou experimentação”. FABBRIO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. *Revista Bioética*, v. 7, n. 1. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/286/425, capturado em 26/02/2013.

22 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005. p. 70.

23 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005p. 70.

24 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005. p. 70.

25 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

26 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 181.

27 REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 6, p. 11-13, jul-

homem médio, de comportamento *standart*, leal e reto²⁸ que busca estabelecer, neste caso, uma relação de confiança e de transparência entre médico e paciente, uma vez que este espera daquele informações necessárias e condições suficientes para a sua tomada de decisão, tais como riscos, consequências, benefícios e procedimentos. Enquanto isso, o médico também espera que o paciente coopere com a relação, como, por exemplo, expondo suas dúvidas.

Ao lado disso, a Bioética entende a relação médico paciente conforme princípios éticos e prudenciais. Segundo Gracia, a Bioética é uma ética de responsabilidade, cuja finalidade é respeitar e reconhecer a dignidade dos sujeitos afetados pela decisão, fazendo-os participar do processo deliberativo²⁹. Do ponto de vista moral, então, embora surgido em um contexto legal, o consentimento livre e esclarecido ganha espaço em seu sentido de decisão autônoma³⁰ e de respeito ao paciente como agente moral, figurando o consentimento informado como um processo de comunicação, ativo e recíproco, segundo o qual o paciente também tem de informar ao médico acerca de determinadas qualidades e necessidades suas³¹.

A autonomia proposta pela bioética é receptiva à filosofia kantiana, segundo a qual a pessoa é um fim em si mesmo e, conseqüentemente, sujeito dotado de vontade autolegislada³², predispondo, por isso, da existência de um agente moral autêntico, sem sofrer a influência de questões alheias ao seu ser.

Junges³³, entende que o conceito atual de autonomia —utilizado pela Bioética— vai mais além do seu significado original de pessoa autônoma, abrangendo, também, a faculdade e o ato de decisão autônomo, isto porque, para ele, pessoas autônomas podem fazer escolhas não autônomas, apresentando algumas condições para que a ação seja autônoma, tais como a intencionalidade, o conhecimento, o controle externo e interno e a autenticidade (nesta última condição da autonomia, lembrando autores como Faden e Beauchamp, e Dworkin).

Assim, Para que a ação seja autônoma³⁴, é mister que o sujeito tenha conhecimento adequado da situação e da própria ação, mesmo que baseada em um testemunho do médico, ou seja, não, necessariamente, requer-se a plenitude da autonomia pautada na plenitude do conhecimento, mas, sim, que o agente conheça suficientemente o seu ato. Além disso, a decisão deve ser livre do controle externo: ausente

set/2003. p. 12.

28 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

29 GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. São Paulo, Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010. p. 522.

30 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5th Edition, new York: Oxford University Press, 2001. p. 81.

31 ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; LOCH, Jussara de Azambuja. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. *Revista Bioética*, v. 20, n. 3, p. 397-403, set-dez/ 2012, p. 400.

32 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70: Lisboa, 2005. p. 68.

33 JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. *Revista Bioética*, v. 15, n. 1, p. 77-82, 2007. p. 78.

34 JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. *Revista Bioética*, v. 15, n. 1, p. 77-82, 2007. p. 79, apresenta condições para que a ação seja autônoma: a intencionalidade, o conhecimento e o controle externo e interno. Também menciona, p. 80, a autenticidade como condição da autonomia, lembrando autores como Faden e Beauchamp (*A history and theory of informed consent*) e Dworkin (*The theory and practice of autonomy*).

de coerção, manipulação, persuasão ou qualquer outra manifestação de controle sentimental, psicológico ou financeiro. Por fim, deve existir a intenção de agir, ou seja, que não seja apenas uma concordância ou não, um aceite ou não, mas uma ação revestida de intencionalidade, revestida de vontade de agir de determinada maneira naquela situação em específico. Sendo assim, o direito ao consentimento visa proteger e, mais ainda, promover este princípio da autonomia que expressa este direito a não interferência em uma ação que deve ser autônoma³⁵.

Afirma Junges que “ser autônomo e escolher autonomamente não é a mesma coisa que ser respeitado como agente autônomo. Ser respeitado significa ter reconhecido seu direito ao autogoverno. É afirmar que o sujeito está autorizado a determinar-se autonomamente, livre de limitações e interferências. O princípio da autonomia expressa esse respeito e prescreve que ações autônomas e escolhas não devem ser constringidas por outros, mesmo que objetivamente para o bem do sujeito”³⁶.

O consentimento informado ou livre e esclarecido apresenta-se, então, não como um momento pré-contratual, mas como um processo deliberativo que ocorre tanto antes da intervenção médica, quanto no decorrer desta. Da mesma maneira, o respeito à autodeterminação do paciente, volta-se muito mais ao reconhecimento do paciente como agente moral e autônomo do que, necessariamente, com o seu desconhecimento técnico-científico dos procedimentos médicos.

Entretanto, importante que se mencione, que as teorias da boa-fé objetiva e do princípio da autonomia em Bioética não são antagônicas, muito pelo contrário, são complementares. Cada uma dirige sua atenção à situação que lhe interessa e lhe compete agir. A primeira partindo de uma presunção de desigualdade entre as partes envolvidas; a segunda direcionando sua argumentação aos valores antropológico-morais. Mas ambas visam um atendimento mais eficaz, que resguarde, ao máximo, a dignidade humana do paciente e o seu direito de liberdade na tomada de decisões. Nas palavras de Clotet³⁷, o “consentimento informado é, portanto, uma forma humanitária, eticamente correta e legal de exprimir e conduzir as relações entre o médico e o paciente”.

3. Critérios que auxiliam o dever de informar os riscos ao paciente

O processo de consentimento engloba um conjunto de informações que devem ser esclarecidas para o ato decisório do paciente, tais como os benefícios da intervenção médica, os malefícios, os métodos alternativos e os riscos. Salienta-se que quanto mais invasiva for a intervenção médica, maior atenção se deverá oferecer ao processo de consentimento. Por questões óbvias, as informações trocadas entre médico e paciente para proceder com um exame comum ou no tratamento de uma enfermidade leve (como a gripe) são muito menos detalhadas do que as informações decorrentes de uma cirurgia bastante invasiva.

35 JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. *Revista Bioética*, v. 15, n. 1, p. 77-82, 2007p. 78.

36 JUNGES, José Roque. Exigências éticas do consentimento informado. *Revista Bioética*, v. 15, n. 1, p. 77-82, 2007. p. 78.

37 CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 92.

Além disso, quando o médico percebe que os malefícios (e os riscos) da sua intervenção são muito superiores aos benefícios esperados dela, ele mesmo, por dever ético e profissional, deverá negar-se a seguir com o intento. Seria uma espécie de contrapeso entre os princípios bioéticos: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Risco inclui a probabilidade e a magnitude de resultados negativos. Assim, a avaliação dos riscos envolve a análise e a avaliação de probabilidades de resultados negativos, especialmente prejudiciais. “A identificação dos riscos implica em localizar algum perigo. A estimativa do risco determina a probabilidade e a magnitude dos danos decorrentes daquele risco. (...) A avaliação do risco em relação aos prováveis benefícios é muitas vezes chamado de risco-benefício, que pode ser formulado em termos de uma relação entre a expectativa de benefícios com os riscos, podendo levar a um julgamento acerca da aceitabilidade do risco analisado”³⁸ (tradução livre).

Em regra, os riscos não são suportados pelo médico, salvo quando este não os informa ao paciente, ficando assim ao seu ônus todo e qualquer risco decorrente do seu ato, até mesmo o risco inerente. Ocorre que a *lex artis* médica envolve o risco, e o entendimento jurídico é de que somente o consentimento do paciente (livre e esclarecido) é que pode transferir do médico para o paciente a responsabilidade desta área³⁹, decorrente —não do erro médico— mas das próprias particularidades do corpo humano. Assim, surge o questionamento de quais riscos os pacientes devem ter ciência para consentir validamente.

Tradicionalmente, até pode-se ter defendido que os pacientes deveriam ser cientificados apenas dos riscos previsíveis e normais, mas hoje se deve compreender esta afirmação de maneira um pouco menos restritiva. Para tanto, são necessários alguns elementos que auxiliem o profissional médico na hora de avaliar e transmitir ao paciente aqueles riscos dos quais este último deve ter conhecimento e compreensão para consentir validamente.

Com esse objetivo, surgem inúmeras teorias, como, por exemplo, a do risco significativo. Para avaliar o que é um risco significativo e quando este risco deve ser objeto do processo de consentimento informado, Pereira⁴⁰ sugere alguns critérios. O primeiro considera a necessidade da intervenção, ou seja, quanto mais necessária for, menos rigoroso deverá ser o processo de consentimento. Em contrapartida, quanto mais voluntária e desnecessária (ou até mesmo urgente) for a intervenção, mais intensas deverão ser as informações. Ao passo que, havendo “conflito entre o dever de informação e a assistência ao paciente, deve prevalecer sempre este último por assim exigir o princípio da proporcionalidade”⁴¹. Este critério ainda pode

38 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5th Edition, new York: Oxford University Press, 2001. p. 199.

39 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005. p. 72

40 Ver PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005. p. 75.

41 Audiência Provincial de Ávila (03.04.1998). *Apud*: PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 839, p. 69-109, set.2005. p. 75.

ser estendido à periculosidade da intervenção e à novidade assistencial, ou seja, quanto mais perigosa e mais temporalmente inovadora for a intervenção, mais informações dos riscos deverá receber o paciente

Os riscos significativos também são medidos em consequência da frequência e da gravidade. Logo, quanto mais graves e mais frequentes forem os riscos, mais obrigação tem o médico de informá-los ao paciente. Porém, quando o risco não é frequente, mas é grave, a doutrina não encontra consenso se esta aleatoriedade deveria ser informada ao paciente ou não, ficando ainda mais vinculada à casuística. Por fim, a teoria do risco significativo utiliza o critério dos fatores pessoais do paciente. Neste último, levam-se em consideração as características pessoais do paciente que podem fazer aumentar ou diminuir a extensão da obrigação de informar os riscos. Assim, o nível de compreensão, os aspectos físicos (alergias, problemas cardíacos, etc.) e comportamentais (como o tabagismo e o uso de drogas) são relevantes para determinar quais riscos são significativos.

Entretanto, a tarefa não é simples, e esta teoria isoladamente não consegue explicar por completo quais riscos os médicos devem informar ao paciente. É, pois, fundamental saber quais riscos são relevantes ao paciente e que o poderiam fazer desistir do intento. Em outras palavras, o interesse do paciente deve ser satisfeito independente da gravidade, da incidência e da significância que pode ou não ter determinada álea. Sendo assim, além das informações serem razoáveis e previsíveis, são necessárias, também, aquelas informações relevantes ao paciente (e por isso o processo de consentimento é um diálogo recíproco e não uma via unilateral do médico para o paciente), bem como aquelas que a maioria dos profissionais da saúde passaria.

De maneira semelhante, Souza⁴² menciona os critérios do médico razoável, da pessoa razoável e o subjetivo, que agregam ainda mais ferramentas interpretativas para a compreensão de quais riscos o paciente deve conhecer. O primeiro faz referência às informações que determinado paciente deveria receber de um médico razoável, ou seja, condizentes com o esperado da maioria dos profissionais. O segundo refere-se ao que a maioria dos pacientes, hipoteticamente, gostaria de saber àquela determinada circunstância. Entretanto, não é suficiente um comportamento padrão do médico direcionado a um paciente hipotético, é preciso que o processo de consentimento tente ao máximo suprir as necessidades particulares do paciente *in concreto* e, por isso, a importância do critério subjetivo. Neste último, percebe-se o porquê do paciente também ter o dever de questionar e buscar solver, junto ao médico, suas dúvidas e questionamentos no que já se mencionou neste trabalho como um diálogo recíproco; da mesma maneira que o médico também deve buscar conhecer seu paciente.

Evidente que a tarefa continuará sendo árdua, recaindo sobre a casuística o grande fator de relevância, e este é sempre um critério importante. Contudo, estes são alguns critérios que buscam auxiliar ao profissional médico no momento de decidir quais riscos o paciente deve tomar conhecimento para formar sua decisão, reconhecendo que o paciente tem um projeto de vida e valores que podem ser diferentes

42 SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 59.

daqueles do médico. Afinal, uma pessoa autônoma tem o direito de consentir ou não com a proposta terapêutica que possa afetar a sua integridade física, moral, social e psíquica⁴³.

Além do mais, “quando surgem desacordos entre médico e paciente, pode acontecer do médico centrar-se em lograr metas não desejadas pelo paciente, e ao contrário, pode também acontecer do paciente buscar algo considerado como impossível pelo médico”⁴⁴ (tradução livre). Portanto, deve-se visar sempre um atendimento mais eficaz, evitando, não apenas a responsabilidade do médico pelos riscos inerentes ou não, mas também evitar um desconforto moral entre o profissional da saúde e o paciente.

4. Considerações finais

Em que pese o consentimento informado ser derivado de uma construção legal que atribuiu ao médico o dever de informar ao paciente e de receber deste sua concordância ou não com a intervenção, não pode ser instrumento da medicina defensiva. É, pois, um processo de consentimento contínuo, recíproco e ponderado que tem em seu mote o reconhecimento de um direito do paciente, principalmente como sujeito ativo da relação médico-paciente, legislador da sua vontade.

O consentimento informado não é uma forma do profissional da saúde eximir-se de sua responsabilidade, mas o reconhecimento de um direito do paciente. Ademais, havendo falha técnica ou erro, o médico será sempre responsabilizado, já que o paciente não pode consentir com a possibilidade do profissional errar.

Entretanto, o consentimento informado tem na avaliação de quais riscos devem ser informados ao paciente uma matéria frágil e delicada que merece muita atenção dos profissionais. Por isso, necessário que se utilizem alguns critérios de avaliação de quais riscos são necessários que o paciente tenha compreensão para sua tomada de decisão livre e consciente.

Lógico, que os critérios aqui apresentados não são únicos, sendo sempre muito importante o aprimoramento ou surgimento de novos métodos que objetivem esta melhor qualidade e eficácia do atendimento à saúde do indivíduo. Seja em uma concepção jurídica, seja em uma concepção bioética, o fim maior do direito-dever de informação é sempre resguardar, o máximo possível, a dignidade humana do paciente.

Fecha de recepción: 5 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2015

43 MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. *O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/Partellautonomia.htm. Capturado em: 24/11/12.

44 No original: “Cuando surgen desacuerdos entre paciente y médico, puede ocurrir que el médico se centre en lograr metas no deseadas por el paciente, y al revés, puede también darse que éste vaya a la búsqueda de algo considerado como imposible por el médico”, MARTÍNEZ, K. Los documentos de voluntades anticipadas. *An. Sist. Sanit. Navar.* 2007; 30 (Supl. 3): 87-102. p. 88.