

CONSENTIMENTO INFORMADO E MEDICINA DEFENSIVA

Jorge Rosas de Castro ¹

«Se prescrevo um exame a mais, ninguém me dirá nada. Por um a menos, porém, o risco de ser denunciado torna-se quase uma certeza. Por isso prescrevo tudo, ainda que saiba que não serve, e mesmo se percebo que faço correr riscos inúteis ao paciente.» ²

Resumo: Perante o crescendo do contencioso fundado em alegações de má prática clínica, surgiu o que ficou conhecido por Medicina Defensiva: por receio de um litígio, o médico determina a feitura excessiva de exames ou tratamentos ou, pelo mesmo motivo, evita-os, quando, ainda que necessários, comportem riscos sérios para o paciente. Neste artigo procura-se concretizar o conceito de Medicina Defensiva e definir nesta problemática o lugar do paciente, nomeadamente no processo de gestão do risco clínico, sempre à luz de uma ideia de Consentimento Informado.

Palavras-chave: Consentimento informado, negligência médica, medicina defensiva, responsabilidade médica, risco.

Abstract: Given the growing of litigation based on allegations of clinical malpractice, emerged what became known as Defensive Medicine: fearing to be sued, the physician determines the making of excessive tests or treatment or, for the same reason, avoid them, when they, even if required, entail serious risks for the patient. In this article the author seeks to materialize the concept of Defensive Medicine and to define in this context the place of the patient, particularly in the process of managing clinical risk, always in the light of an Informed Consent approach.

Keywords: Clinical malpractice, defensive medicine, informed consent, medical liability, risk.

1. INTRODUÇÃO

Segundo a sua definição mais divulgada, a medicina defensiva verifica-se quando o médico prescreve testes ou enceta ou determina procedimentos ou consultas (*medicina defensiva positiva*), ou quando evita pacientes ou procedimentos de alto risco (*medicina defensiva negativa*), apenas ou principalmente para reduzir a sua própria exposição a um contencioso legal ³.

¹ Juiz de Direito. Mestre em Direito. Portugal.

² Tradução livre de uma frase imputada a FERRARIS, Paolo Cornaglia (www.giorgiodobrilla.it/?p=1304), acesso em 2013-06-24

³ Definição do Office of Technology Assessment, "Defensive medicine and medical malpractice", pg. 21 (<http://ota-cdn.fas.org/reports/9405.pdf>), acesso em 24/06/2013; TANCREDI, Laurence

Este fenómeno, mais frequente em especialidades médicas que implicam risco superior, como sucede com a medicina de urgência, a cirurgia, a anestesia/reanimação, a ortopedia, a ginecologia e a obstetrícia ⁴, começou a ganhar expressão nos anos 70 e 80 do século XX nos Estados Unidos da América, na sequência de um crescendo de acções judiciais instauradas contra médicos e hospitais por danos fundados em alegada má prática clínica ⁵ e aí afirmou-se como um conceito-chave ⁶, entretanto estendido a outros quadrantes geográficos ⁷.

Do que se trata em geral é de práticas que, no que concerne aos cuidados estritamente médicos a ter com o paciente, poderão constituir um desvio em relação ao que é considerado o padrão científico, e que se caracterizam pelo uso excessivo de recursos técnicos ⁸.

Algumas de tais práticas (que podem aliás ser usadas por profissionais médicos como por instituições de saúde, posto que estas são também susceptíveis de demanda judicial por danos derivados de má organização dos serviços, da actuação dos seus profissionais e dos instrumentos e materiais que emprega ⁹) constituem um desafio a consagrados princípios bioéticos, e nomeadamente aos princípios da justiça, da beneficência e da não maleficência do paciente e do respeito pela sua autonomia ou autodeterminação ¹⁰.

R., BARONDESS, Jeremiah A., "The problem of defensive medicine", *Science*, vol. 200, 1978, pg. 879; HERSHEY, Nathan, "The defensive practice of medicine — myth or reality", *The Milbank Memorial Fund Quarterly*, vol. 50, n.º 1, Jan. 1972, parte 1, pgs. 69 e sgs..

⁴ FERRARIO, Andrea, "I modelli definitivi della cosiddetta medicina difensiva e le varie tipologie del fenomeno", *La medicina difensiva — questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, San Marino, Maggioli Editore, 2011, pg. 19.

⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, "Responsabilidade Médica e Medicina Defensiva", *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 172. Sobre a incidência nos Estados Unidos da América das acções por alegada responsabilidade médica, vide HYMAN, David A., SILVER, Charles, "Medical malpractice litigation and tort reform: it's the incentives, stupid", *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, n.º 4, 2006, pgs. 1085 e sgs..

⁶ BARBOT, Janine, FILLON, Emmanuelle, "La médecine défensive: critique d'un concept à succès", *Sciences Sociales et Santé*, volume 24, n.º 2, 2006, pg. 9; BISHOP, Tara F., FEDERMAN, Alex D., KEYHANI, Salomeh, "Physicians' views on defensive medicine: a national survey", *Archives of Internal Medicine*, volume 170, n.º 12, Junho, 2010, pgs. 1081-2.

⁷ Vide a título exemplificativo: quanto ao Japão, HIYAMA, Toru, YOSHIHARA, Masaharu, TANAKA, Shinji, URABE, Yuji, IKEGAMI, Yoshihiko, FUKUHARA, Tatsuma, Chayama, Kazuaki, "Defensive medicine practices among gastroenterologists in Japan", *World Journal of Gastroenterology*, 2006, vol. 12, n.º 47, pgs. 7671-5; quanto ao Reino Unido, PASSMORE, K., LEUNG, W-C, "Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey", *Postgraduate Medical Journal*, 2002, n.º 78, pgs. 671-3; quanto a Itália, PIPERNO, Aldo, "La Medicina difensiva in Italia in un quadro comparato: problemi, evidenze e conseguenze" (<http://www.fsk.it/eventi/documentieventi/2012-11-20l.pdf>), acesso em 2013-06-24.

⁸ ROMERO, Micaela Aparecida Pasa, CANABARRO, Vanessa, PITHAN, Lívia Haygert, GOLDIM, José Roberto, "Análise comparativa das concepções defensiva e bioética do consentimento informado na assistência médica" (http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71307-MICAELAAPARECIDAPASAROMERO.pdf), acesso em 2013-06-24.

⁹ VERCESI, Lavinia, STEFFANO, Attilio, "La medicina difensiva nell'ambito del "risk management", *La medicina difensiva — questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, San Marino, Maggioli Editore, 2011, pgs. 226-9.

¹⁰ Pelo seu interesse histórico na explicitação dos princípios bioéticos vide o *Belmont Report* (<http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>), acesso em 2013-06-24; sobre

Se pensarmos na prescrição em demasia de testes de diagnóstico, no internamento desnecessário do paciente, na colocação deste sob um grau de vigilância mais apurado que o que a situação requereria, no encaminhamento injustificado de pacientes entre várias especialidades e até entre vários médicos da mesma especialidade — tudo exemplos usualmente vistos como relevando de medicina defensiva ¹¹ —, deparamo-nos com práticas que envolvem custos financeiros acrescidos e implicam a afectação de recursos humanos e materiais escassos, com isso resultando perturbada a capacidade de resposta dos sistemas de saúde e dificultada a desejável igualdade de acesso dos cidadãos a serviços de saúde de qualidade, fazendo pois perigar a salvaguarda do chamado *princípio da justiça*.

Por outro lado, com maiores ou menores probabilidade e gravidade, todo o acto médico envolve riscos para o paciente, e nessa medida torna-se pertinente ponderar se a realização ou omissão dos procedimentos em causa constitui uma eficaz gestão de tais riscos do ponto de vista do interesse do paciente, o que convoca desde logo os chamados *princípios da beneficência e da não maleficência*; e do mesmo passo, se a decisão de realizar ou omitir os procedimentos se integra num quadro de auto-protecção do médico em lugar de estar centrada no interesse do paciente, perfilam-se dificuldades no respeito pelo chamado *princípio da autonomia ou da autodeterminação*, cuja concretização é visada pelas exigências do consentimento informado ¹², dado que o paciente, se devidamente esclarecido da real motivação da prática clínica em causa, ou sobre os riscos inerentes ou as eventuais alternativas que existam, poderia afirmar o seu dissentimento.

É nestas últimas águas em que primordialmente navegará este texto, explorando alguns aspectos das relações existentes entre a medicina defensiva — cujo conceito aprofundaremos na medida estritamente necessária — e o consentimento informado.

2. MEDICINA DEFENSIVA OU BOA MEDICINA?

O paciente espera que o médico que o assiste use de máxima precaução e por isso olha para a prescrição de exames e tratamentos, ainda que porventura algo excessivos, como um sinal exterior da assinalada máxima precaução, não distinguindo na generalidade das situações o que é *mais* tratamento do que é *melhor* tratamento. Compreende-se portanto que exista de um modo geral uma reduzida censura moral a procedimentos médicos suplementares ¹³.

os princípios bioéticos em geral e nomeadamente sobre a red denominação do *princípio do respeito pelas pessoas*, a que alude o *Belmont Report*, em *princípio do respeito pela autonomia*, que vingou, vide BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., no clássico *Principles of biomedical ethics*, Nova Iorque, Oxford University Press, 7.ª ed., 2013, pgs. 101 e sgs..

¹¹ PASSMORE, LEUNG (nota 6), pg. 672.

¹² MAZA GAZMURI, Íñigo de la, “Consentimiento informado, una visión panorámica”, *Revista Ius et Praxis*, ano 16, 2010, n.º 2, pgs. 94-5.

¹³ REDBERG, Rita, “More treatment — better care?” (<http://webmm.ahrq.gov/printviewCase.aspx?caseID=258>), acesso em 2013-06-24.

Todavia, certo é que dos pontos de vista bioético e da boa governação em matéria de saúde, como atrás já dito, é habitualmente associada à medicina defensiva uma imagem negativa.

Há em todo o caso que ter alguma reserva quanto ao alcance desta concepção crítica de partida.

Por um lado, não são negativas todas as vertentes do que usualmente se considera relevar de medicina defensiva ¹⁴.

Se o médico, com receio de uma eventual acção judicial futura, insere informações detalhadas na ficha clínica para melhor documentar as razões do caminho terapêutico que propôs, esse seu comportamento não só não prejudica o paciente, como pode até vir a ser-lhe proveitoso, nomeadamente por permitir um mais eficaz seguimento da sua situação e para um enriquecimento dos elementos a considerar no contexto de novas abordagens terapêuticas que se tornem necessárias.

Ou se o médico se detém um pouco mais na prestação apropriada de esclarecimentos ao paciente quanto aos riscos de uma dada intervenção ou às alternativas que existem, esta postura, em si mesma, por comparação com a que teria não fora o receio de um litígio, também não pode em sentido geral dizer-se que prejudique o paciente, e antes até o favorece, por lhe facultar elementos adicionais, úteis para melhor compreender o seu estado de saúde e para instruir um mais informado consentimento ou dissentimento.

E não se fica por aqui a pertinência de alguma cautela na severidade com que é olhada por regra a medicina defensiva.

É que entre os profissionais clínicos um mesmo concreto acto médico não é frequentemente perspectivado de forma idêntica: o que para uns é visto como desnecessário e relevando de um exercício da medicina injustificadamente defensivo, para outros já poderá ser inteiramente adequado na lógica de prestar ao paciente os melhores cuidados de saúde ao alcance da medicina ¹⁵.

Acresce que, mesmo considerando as *leges artis* da medicina na sua dimensão clínica, também não se consegue facilmente, sempre e em todas as situações, uma destrição entre o que é boa medicina e o que é medicina injustificadamente defensiva ¹⁶: seja porque à medida que uma parte significativa dos médicos vai incorporando cuidados acrescidos, estes, bem ou mal, podem vir-se tendencialmente consolidando na prática como o *padrão* por todos visto como aquele que deve ser seguido¹⁷; seja porque a evolução dos

¹⁴ SUMMERTON, Nicholas, "Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire STUDY OF GENERAL PRACTITIONERS", *British Medical Journal*, VOLUME 310, 1995, PG. 27; PASSMORE, LEUNG (nota 6), pg. 671.

¹⁵ SUMMERTON (nota 13), pg. 29.

¹⁶ No sentido de poder perspectivar-se a medicina defensiva como violação das *leges artis*, PEREIRA (nota 4), pg. 179.

¹⁷ Dizemos *bem ou mal*, na medida em que o que é *comum* não corresponde necessariamente ao *standard* de diligência de um médico razoavelmente prudente e conhecedor; neste sentido, ROIATI, Alessandro, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale — tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milão, Giuffrè Editore, 2012, pgs. 142-5.

meios técnicos existentes oferece possibilidades maiores de alcançar resultados positivos, induzindo naturalmente os profissionais de saúde a procurarem explorar as suas virtualidades; seja porque as *guidelines* clínicas estão continuamente sob teste e em actualização ¹⁸; seja ainda porque os pacientes e a sociedade em geral são hoje mais sensíveis ao erro e têm uma mais elevada expectativa no êxito dos cuidados de saúde.

Tudo concorre pois para um contexto geral em que se espera da prática clínica um exercício muito prudente, o que leva a que não seja intuitivo discernir em cada situação o que é *medicina defensiva*, no sentido pejorativo que deriva de uma actuação realizada primacialmente a pensar em algo que não o benefício do paciente, por contraposição com o que é *boa medicina*; e de resto, a boa medicina *tem* que ser uma medicina defensiva *do paciente* e esta é reflexamente uma medicina defensiva *para o médico*, visto que o que é bom para o paciente é-o também para o seu médico, na medida em que em tese o resguarda de possíveis imputações de erro.

A existência de medicina defensiva não é pois de fácil verificação empírica, nem de fácil definição ¹⁹, o que podemos exemplificar com a dificuldade em responder à seguinte interrogação: se o médico prescreve um dado exame tendo em mente, por cautela, afastar um diagnóstico de verificação pouco provável e que é alternativo a um outro, comum, que já possui, estará objectivamente a actuar de forma prudente, no contexto pois da *boa medicina*, ou estará antes a actuar de forma *excessivamente* defensiva, por sujeitar o paciente aos riscos de um exame cujo resultado muito provavelmente não infirmará o diagnóstico já existente?

Cientes da dificuldade em identificar na prática critérios diferenciadores que de forma inequívoca nos digam se estamos ou não diante uma prática de medicina defensiva, afigura-se-nos em todo o caso possível explicitar alguns pontos de apoio na concretização do conceito no que concerne à prática clínica em sentido estrito, isto é, não considerando por ora os procedimentos de recolha do consentimento do paciente.

Por um lado, a *intenção* com que o médico actua é um elemento a atender, mas não é por si só um factor que nos permita dizer em definitivo se em concreto temos ou não um acto ou uma omissão que releve de *medicina defensiva*, posto que o que importa é ponderar a situação na sua objectividade: quer porque a dita *intenção* situa-se no foro interno do médico e as mais das vezes será de difícil apuramento, quer sobretudo porque a circunstância de o médico seguir uma dada conduta com uma intenção auto-defensiva não significa que o seu procedimento não seja o mais apropriado para o paciente.

¹⁸ RUGER, Jennifer Prah, «Governing health», *Harvard Law Review Forum*, vol. 121, 2008, pg. 52.

¹⁹ GRUBB, Andrew, LAING, Judith, MCHALE, Jean, KENNEDY, Sir Ian, *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pg. 221.

Por outro lado, só por apelo ao específico caso concreto, ponderados os detalhes técnicos que o mesmo sempre envolve, é que será possível em última análise apurar se estamos diante um comportamento activo ou passivo do profissional médico que possa dizer-se corresponder, em termos de normalidade, ao que teria sido tomado por um médico prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com os conhecimentos adequados e a apropriada capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as suas funções ²⁰, circunstância em que obviamente não temos um exercício da medicina que possa dizer-se pejorativamente *defensivo*, mas apenas boa medicina.

De todo o modo, parece-nos possível identificar na prática clínica em sentido estrito actos ou omissões de medicina defensiva ante a verificação cumulativa de dois requisitos objectivos.

Primeiro: as *leges artis* não exigiam ao médico que adoptasse a conduta que adoptou: é que se o que o médico fez ou omitiu coincidir com o que é imposto pelas *leges artis*, o que temos é o exercício da medicina de acordo com o padrão científico aplicável e portanto não há que falar em exercício *defensivo* da medicina, mas tão só em exercício da medicina ²¹.

Segundo: a prática médica em causa, não sendo imposta pelas *leges artis*, deve porém ter alguma conexão objectiva com a finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica subjacente ao recurso do paciente ao serviço de saúde — é que se não existir esta ligação, então o que temos é uma ingerência típica na integridade física do visado, ainda que consentida pelo paciente ²².

3. CONSENTIMENTO INFORMADO E CONSENTIMENTO DOCUMENTADO — O CONSENTIMENTO COMO MECANISMO DE MEDICINA DEFENSIVA

É de aceitar a existência de situações em que se dispense em maior ou menor medida o esclarecimento do paciente prévio ao consentimento e até de situações em que nem o consentimento se exija ²³.

Entre as situações em que se dispensará *em alguma medida* o esclarecimento, vejam-se os casos que se enquadram no âmbito do chamado *privilegio terapêutico*, isto é, quando haja elementos seguros que indiquem que a comunicação prévia do diagnóstico ou dos riscos da intervenção poderá pôr

²⁰ A medida do *bom pai de família* para que aponta o art. 487.º, 2 do Código Civil — PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares — alguns casos da jurisprudência”, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 4, n.º 7, 2007, pg. 56.

²¹ No essencial neste sentido *vide* o art. 3.º, n.º 1 de um recente diploma italiano — Legge 8 novembre 2012, n.º 189, in *Gazzetta Ufficiale* de 2012-11-10, Suplemento Ordinário n.º 1 (www.gazzettaufficiale.it/).

²² ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pgs. 305-6.

²³ MAZA GAZMURI (nota 11), pgs. 109-10.

em perigo a vida do paciente, ou causar-lhe um grave dano à sua saúde física ou psíquica, nomeadamente por comprometer a cura possível²⁴; ou os casos de exercício pelo paciente do direito a não saber²⁵; ou os casos de intervenções manifestamente de mera rotina, como por exemplo o tratar um vulgar dente cariado, ou quando o paciente demonstra possuir os conhecimentos adequados para compreender o alcance e consequências possíveis do tratamento²⁶.

Ao nível de situações em que se dispensará o próprio consentimento, podemos considerar, entre outras, situações de urgência ou quando esteja em causa a saúde pública²⁷; e refiram-se ainda, embora de perfil diverso, as situações de incapacidade do paciente sem que haja instruções prévias deste, em que se dispensará o consentimento do paciente em si mesmo, sem prejuízo porém do papel das chamadas *decisões de representação*.

Não se verificando nenhuma de tais situações de natureza excepcional, a regra — e é dela de que aqui cuidamos — é a de que qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só pode ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, prestado com base em informação adequada²⁸.

A ideia essencial subjacente à exigência do consentimento informado é a da protecção da autonomia ou autodeterminação do paciente²⁹.

Do estrito ponto de vista do médico, a recolha do consentimento do paciente resguarda-o de que lhe seja apontada uma intervenção arbitrária e resguarda-o ainda de eventual responsabilidade quanto a danos sofridos pelo paciente por força ou em resultado da intervenção, se tais danos não deriva-

²⁴ A legislação espanhola fala em *estado de necessidade terapêutico* — Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado* n.º 274, de 15/11/2002. Importa notar que, por força da sua própria natureza, este *privilegio terapêutico* deve ser usado com grande parcimónia, ou seja, apenas em circunstâncias que objectivamente o tornem justificado de forma clara, não podendo pois servir de pretexto para que o médico em geral omita informação ao paciente — OLUBUKUNOLA, Mary Tawose, “The legal boundaries of informed consent”, *Virtual Mentor — American Medical Association Journal of Ethics*, Agosto 2008, vol. 10, n.º 8, pg. 522.

²⁵ Atente-se de todo o modo que não pode considerar-se que paciente que não pergunta é paciente que não quer saber, dado que há muitas razões que podem estar na origem do *não perguntar* — VEGA, Anne, “Information du patient — Des rapports médecin/malade compliqués”, *Médecine*, Abril 2009, pgs. 180-1.

²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pgs. 399-400.

²⁷ Tenham-se presentes casos de vacinação obrigatória, de doenças contagiosas, do internamento compulsivo de pessoas portadoras de anomalia psíquica, de realização de exames no âmbito da Medicina do Trabalho ou em sede processual penal e cível — para maior desenvolvimento nestas matérias, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pgs 562-600.

²⁸ Vide a propósito os artigos 25.º, 1 e 26.º, 1 da Constituição da República Portuguesa, o art. 70.º, 1 do Código Civil, os artigos 156.º e 157.º do Código Penal, o art. 5.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, *in* Diário da República, I Série — A, n.ºs 2/2001 e 228/2001 e o art. 6.º, 1 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos adoptada por aclamação pela UNESCO em 2005.

²⁹ MAZA GAZMURI (nota 11), pgs. 94-5.

rem da violação das *leges artis* e se inscreverem no círculo de riscos ou de consequências da assinalada intervenção para os quais o paciente haja sido prévia e devidamente esclarecido.

Esta dupla protecção do médico, todavia, é o resultado reflexo da operatividade própria do mecanismo do consentimento informado, mas o primacial sentido deste é exprimir a decisão favorável do paciente a propósito do se e do *quantum* da intervenção.

Ora, uma preocupação exclusiva ou principalmente defensiva do médico privilegiará decerto a existência de um termo escrito de consentimento, termo este que vê como a *prova* da existência da autorização do paciente para a intervenção e dos contornos da mesma ³⁰.

Já uma concepção bioética do consentimento, isto é, centrada na substância das razões que subjazem à exigência de tal consentimento, tenderá a encarar o termo escrito como um factor que burocratiza a relação médico-paciente e que constitui um potencial foco de desconfiança, gerando um caldo relacional em que um fracasso no projecto clínico fará mais facilmente emergir um conflito ³¹.

Em todo o caso, não cremos que a existência de um termo escrito em si mesmo constitua um obstáculo decisivo a um relacionamento de confiança entre médico e paciente — é razoável, para mais numa sociedade de conflito como aquela em que vivemos, que o médico só aceite fazer uma dada intervenção médica, particularmente se invasiva e geradora de riscos, tendo em seu poder um documento assinado do qual resulte a inequívoca prova da existência e do alcance da autorização dada pelo paciente, e este compreenderá uma tal razoabilidade.

Ponto é saber o contexto em que surge o termo escrito diante do paciente.

Se a assinatura for o resultado final de todo um processo dialogante de genuíno esclarecimento prestado pelo médico sobre a natureza, o alcance, os riscos, as consequências inevitáveis de uma dada intervenção e sobre as eventuais alternativas que se perfilam existir e dos riscos a estas associados, nenhuma dificuldade se nos depara a este nível.

Servindo para documentar a autorização dada pelo paciente e a demonstrar que este estava ciente da informação esclarecida, o termo de consentimento em nada prejudica a bondade do assinalado processo dialogante de esclarecimento e não nos parece que surja como elemento perturbador da relação de confiança entre médico e paciente.

³⁰ MINOSSI, José Guilherme, "O consentimento informado. Qual o seu real valor na prática médica?", *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões*, vol. 38, n.º 3, Maio/Junho 2011, pg. 199; FILHO, José Marques, "Termo de consentimento livre e esclarecido na prática reumatológica", *Revista Brasileira de Reumatologia*, vol. 51, n.º 2, Março/Abril 2011, pg. 199.

³¹ CAMINITI, Raffaella, "Il ruolo della medicina difensiva nell'elaborazione del consenso informato", *La medicina difensiva — questioni giuridiche, assicurative, medico-legali*, San Marino, Maggioli Editore, 2011, pgs. 189-90.

Dir-se-ia que o consentimento informado, na sua concepção bioética, isto é, enquanto manifestação da autodeterminação do paciente, esteve presente, e que a assinatura do assinalado termo mais não foi que o culminar formal de um processo com conteúdo substantivo.

Já pelo contrário, se a recolha da assinatura do paciente não for antecedida do tal processo dialogante de esclarecimento, o que temos é um momento puramente formal, porventura até realizado na secretaria do hospital, despido de toda a sua suposta substância. Neste segundo sentido, temos um consentimento só na aparência informado, e um termo que apenas serve para documentar a autorização do paciente e por essa via pseudo-protger o médico.

Aí sim poderão surgir dificuldades, confundindo-se consentimento *informado* com consentimento *documentado*: é que, da mesma forma que para ser informado, o consentimento não careceria estritamente de estar documentado, o facto de o consentimento estar documentado não significa que tenha sido informado; o que é essencial é que exista entre o médico e o paciente todo um processo comunicativo de informação e de esclarecimento, desenvolvido por referência a cada singular acto de diagnóstico ou de terapêutica susceptível de ocasionar riscos autónomos, e uma adesão efectiva, participada, e não meramente formal, do paciente ³².

Se esse processo não existir, ou existir deficientemente, o que temos é um consentimento inválido ou ineficaz e conseqüentemente uma intervenção médica ilícita, por arbitrária ³³.

O que importa que esteja presente é pois, repita-se, um consentimento radicado numa concepção bioética, isto é, que respeite verdadeiramente o princípio da autodeterminação do paciente, perspectivando o termo escrito apenas como o selar formal do processo substantivo anterior, assim se rejeitando um termo de consentimento assente numa concepção de medicina defensiva, no sentido de preocupada apenas ou principalmente com a *prova* da autorização, para suposta salvaguarda do profissional clínico.

Por fim, acrescente-se que por razões de clareza e transparência, quer do ponto de vista da salvaguarda do interesse do médico em ver excluída a sua eventual responsabilidade por violação do consentimento informado, quer do estrito ponto de vista do interesse do paciente em ficar efectiva e comprovadamente esclarecido, afigura-se-nos que, onde haja um termo escrito de consentimento, como tendencialmente haverá nas intervenções invasivas ou que comportem algum risco sério, deve ele traduzir na medida do possível a informação transmitida ao paciente na fase prévia.

³² CAMINITI (nota 30), pgs. 183-4; FERNANDES, Carolina Fernández, PITHAN, Livia Haygert, «O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética», *Rev HCPA*, vol. 27, n.º 2, 2007, pg. 79.

³³ PEREIRA (nota 26), pgs. 176-8.

4. A VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO COMO UM ERRO MÉDICO

O exercício da medicina é obviamente uma actividade que se presta ao erro.

Podemos considerar a existência de três grandes modalidades de erro médico, qualquer delas fundamento possível de danos e de responsabilização a nível criminal, civil e/ou disciplinar, a saber: (a) o erro de diagnóstico, (b) o erro de tratamento ou terapêutico, sendo que este pode ou não derivar já de um erro de diagnóstico e (c) o erro na relação com o paciente; e é no contexto deste último tipo de erro que devem perspectivar-se as questões em torno do chamado *consentimento informado* ³⁴.

Este esquema simplificado de tripartição do erro médico tem o mérito de logo nos permitir antecipar a autonomia relativa de cada um dos assinalados campos dos quais pode emergir responsabilidade médica.

Com efeito, havendo um erro de diagnóstico ou um erro terapêutico, o profissional médico poderá incorrer em responsabilidade ainda que a intervenção haja sido consentida de forma inequivocamente livre e esclarecida, ou seja, o consentimento informado não evitará que aquele possa ter que responder pelos danos derivados de um tal erro ³⁵; e por outro lado, o médico poderá incorrer em responsabilidade mesmo que não tenha errado no diagnóstico nem no tratamento, mas por violação do consentimento informado.

Desenvolvendo este último ponto, para que haja responsabilidade do profissional por violação do consentimento informado, será necessário antes do mais saber: (a) se existia um dever de informar; (b) se, existindo esse dever, ele foi incumprido; (c) e se, existindo o dever de informar e tendo ele sido incumprido, desse incumprimento resultou um dano para o paciente ³⁶.

Questão central adentro esta temática é pois a de saber *o que* informar.

4.1. O conteúdo do dever de informar — a influência da medicina defensiva

Que informações transmitir e esclarecer ao paciente?

Há dois tipos de situações-limite.

Um primeiro é aquele em que o dever de esclarecimento não existe ou tem um alcance muito limitado, como sucede nos casos já atrás mencionados, de que é exemplo o *privilégio terapêutico*.

Um segundo tipo de situação-limite é aquele em que, ao contrário, o médico tem um dever máximo de esclarecimento: quando o paciente manifesta

³⁴ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade médica em direito penal (estudo dos pressupostos sistemáticos)*, Coimbra, Almedina, 2007, pgs. 293-300.

³⁵ MINOSSI (nota 29), pg. 199.

³⁶ MAZA GAZMURI (nota 11), pg. 93.

o desejo de tudo saber, e em que, não havendo razão que a tanto obste, sobre o médico impenderá o correspectivo dever de tudo lho explicar.

Nestes dois tipos de situação-limite não se nos levanta nenhum problema específico na economia do presente texto.

Fora desses casos, porém, mantém-se o problema: que informação disponibilizar, ou melhor, que esclarecimentos prestar?

Uma dimensão em que não se nos colocam dificuldades de maior está na informação sobre a natureza, o alcance, a necessidade, o grau de complexidade do tratamento ou da intervenção e as consequências inevitáveis ou altamente prováveis: não há razão para que em regra se não considere exigível ao médico que preste a informação adequada em ordem a que o paciente compreenda na sua globalidade estes aspectos centrais dos procedimentos em que se verá envolvido, bem assim como sobre se existem alternativas que se lhes perfilam.

O problema que porventura se põe com mais acuidade prende-se com o nível de esclarecimento sobre os *riscos*.

É que ao exercício da actividade médica é inerente a existência de risco, isto é, a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso, uma ocorrência negativa, mesmo sem o concurso de qualquer acto culposo do profissional médico no exercício estritamente técnico da sua actividade ³⁷.

Tem o médico o dever de informar o paciente de *todos* os riscos, independentemente do grau de probabilidade da sua verificação ou das suas natureza e gravidade? Ou tem apenas o dever de esclarecer *alguns* dos riscos? E neste caso que critério seguir em ordem a seleccionar a informação?

Têm sido aventadas nesta matéria várias propostas, que se reconduzem genericamente ao recorte do dever de esclarecimento em função de uma ideia de *riscos significativos*, no sentido de *riscos* que o médico deve saber que uma pessoa razoável, colocada na posição do paciente, quereria conhecer para decidir submeter-se ou não aos procedimentos propostos ³⁸.

É claro que dizer isto não avança muito no problema, dado que em seguida há que apurar critérios de delimitação do que sejam estes *riscos significativos*; e aqui importa fazer uma alusão mais precisa às ditas propostas, ainda que breve e crítica ³⁹.

³⁷ Para desenvolvimentos sobre o conceito de *risco clínico*, vide Fragata, José, *Risco clínico — complexidade e performance*, Coimbra, Almedina, 2006, pgs. 39-78.

³⁸ É a posição que resulta da evolução da jurisprudência norte-americana a partir do caso *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C.Cir.) (1972), e dos acertos que se lhe seguiram: casos *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla.1980) e *Arato v. Avedon*, 5 Cal. 4th 1172 (1993), 23 Cal Rptr.2d 131, 858 P.2d 598 (1993) — cfr. sobre esta matéria SEOANE, José Antonio, “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *Eidon*, n.º 39, enero-julio, 2013, pgs. 16, 17. GRUBB, LAING, McHALE, KENNEDY (nota 18), pg. 224. Um curioso estudo existente nesta matéria debruça-se sobre se este *paciente razoável* exigirá saber o estado de formação do médico — MARTINEZ, William, “Trust me. I’m a doctor” (disponível in <http://virtualmentor.ama-assn.org/2005/04/pdf/conl1-0504.pdf>), acesso em 2013-06-24.

³⁹ Sobre esta matéria e para maiores desenvolvimentos, PEREIRA (nota 26) pgs. 395-415, e “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, *Responsabilidade civil dos médicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pgs. 443-59.

Em primeiro lugar, o *critério da necessidade terapêutica da intervenção*, no sentido em que quanto mais necessária esta for, menos intensa seria a exigência de disponibilizar a informação, e ao invés, quanto menos necessária fosse a intervenção, mais intenso se apresentaria o dever de informação.

Este critério parece-nos de afastar quando aplicado em prejuízo do esclarecimento do paciente: é que, quando defronte uma intervenção objectivamente imprescindível, o paciente no limite como que teria apenas o direito de consentir na sua realização, e já não a consenti-la *informadamente*, o que nos parece contrariar o essencial das conquistas legítimas na afirmação do princípio da autonomia ou autodeterminação do paciente; este, na verdade, mesmo ante intervenções imprescindíveis e sem alternativa, tem o direito a conhecer os riscos das mesmas e a participar na medida do possível na sua gestão, pois só assim estará em condições de dizer sim ou não à intervenção nas condições em que esta se lhe apresenta — basta pensar que um paciente, informado da imprescindibilidade e do risco da intervenção, poderia querer escolher outro profissional médico para a realizar, em quem mais confiasse.

Em segundo lugar, o *critério da frequência com que o risco se realiza*, no sentido em que, quanto mais frequente, mais premente é o dever de informar do risco correspondente.

Este critério também é insatisfatório, e aliás duplamente insatisfatório: por um lado, a sua operatividade transporta em si mesma uma dificuldade virtualmente inultrapassável, por não ser possível encontrar uma solução que colha o aplauso geral, que é a de saber o que vem a ser isto de um risco *frequente*; e por outro lado, ainda que se tenha o espectro de um risco, conceda-se, pouco frequente ou raro, não deixa de revestir a natureza de *risco*, ou melhor, de risco identificado ou identificável com emprego de uma diligência razoável, e se é assim, então em homenagem a que valores é que por regra será ele omitido ao paciente?

Em terceiro lugar, o *critério da gravidade do risco*, no sentido em que, ainda que raros, os riscos graves deveriam ser informados e, reversamente, os riscos menos graves poderiam não ser informados.

Também não satisfaz esta proposta: seja porque o conceito de *gravidade* é de difícil integração logo na sua dimensão objectiva, seja porque é porventura ainda de mais difícil integração no plano dos concretos pacientes, pois divergem as escalas de valores destes (basta pensar por exemplo na tolerância à dor, que não é a mesma de paciente para paciente).

E em quarto lugar, *um critério radicado no comportamento do paciente*, no sentido em que as características físicas, psicológicas, a experiência de vida ou na doença ou a sua instrução induzirão um mais ou menos alargado conteúdo do dever de informar.

Este *critério* também nos parece prestar-se à crítica: sendo tentador pela sua aparente flexibilidade, a verdade é que, precisamente por ser dotado dessa flexibilidade, não se assume como um instrumento com vocação geral a que possa recorrer-se com suficiente segurança no quotidiano da prática clínica, carecendo mesmo da estrutura própria de um *critério*.

Aqui chegados, que leitura fazer desta problemática a partir de uma perspectiva de medicina defensiva?

Uma perspectiva de medicina defensiva acentuará a tónica da prestação desenvolvida e minuciosa da informação, tendo em vista garantir que ao médico não virá a ser imputada responsabilidade por danos que se inscrevam nos riscos da intervenção de que o paciente não houvesse sido informado ⁴⁰ — no fundo, o paciente, nesta óptica, será tendencialmente informado de *todos* os riscos da intervenção médica em causa.

Esta linha de pensamento suscita naturalmente dificuldades a vários níveis: em termos de exequibilidade prática, desde logo, dada a dificuldade na prestação de esclarecimentos desenvolvidos atento o volume de trabalho a que estão muitas vezes sujeitos os serviços de saúde; mas também no que concerne à garantia de uma efectiva e genuinamente consciente adesão por parte do paciente — na verdade, há que não esquecer que este encontra-se frequentemente numa situação de fragilidade psicológica, e por regra não tem conhecimentos e pode não estar preparado para valorar devidamente a maior ou menor gravidade dos específicos riscos dos procedimentos propostos, podendo até levá-lo a recusar uma intervenção de que na realidade necessita, por sobrevalorizar um risco de verificação rara ⁴¹.

E acrescente-se, aliás, que mesmo tendo em mente uma estrita finalidade de salvaguarda do médico, é no mínimo discutível que ela se satisfaça num contexto de *bombardamento informativo* do paciente, posto que com relativa facilidade surgirão dúvidas sobre se este foi ou não efectivamente *esclarecido*.

4.2. A concordância prática entre a medicina defensiva e o consentimento informado — a gestão (efectivamente) partilhada do risco (de todo o risco)

Não há uma solução que possa apresentar-se como perfeita e indiscutível quanto aos contornos do dever de esclarecimento em matéria de riscos: qualquer das aventadas no ponto anterior presta-se como vimos a algum tipo de crítica.

Pergunta-se então: que caminho seguir?

Em questões delicadas, a solução deve ser procurada à luz de uma reflexão estruturada na base dos princípios bioéticos.

E são os seguintes os pontos de apoio que temos por centrais nesta matéria:

- (a) a medicina visa essencialmente prevenir e curar enfermidades e, onde tal não seja possível, minorar o sofrimento ⁴², em qualquer caso

⁴⁰ CAMINITI (nota 30), pg. 190.

⁴¹ CAMINITI (nota 30), pgs. 185-9.

⁴² Afirmando estas finalidades, entre outras, SEOANE, José Antonio, «La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas», *Derecho y Salud*, vol. 16, n.º extra 1,

- não prejudicando em medida desnecessária o paciente e beneficiando-o na medida possível, o que passa por minimizar os riscos e maximizar os benefícios⁴³;
- (b) no exercício dessa sua função, o médico carece por regra do consentimento do paciente, pois é este o titular do direito de decidir do seu destino;
 - (c) este consentimento, também por regra, só colhe o seu genuíno sentido se esclarecido;
 - (d) e este esclarecimento, para que o seja, passa por estar o paciente adequadamente informado desde logo quanto à natureza, ao alcance, à necessidade, ao grau de complexidade dos procedimentos, às suas consequências inevitáveis ou altamente prováveis e sobre eventuais alternativas, decerto, conquanto se reportem a aspectos que devam ser conhecidos por um médico razoavelmente prudente, diligente e preparado; mas passa ainda, nos mesmos termos, por informação quanto a todos os riscos, de maior ou menor gravidade, de maior ou menor frequência, quanto a danos que possam ter um mínimo de relevância na vida do paciente; e passa ainda por informação sobre os riscos das eventuais alternativas de diagnóstico ou terapêuticas que existam.

Não se verificando uma situação em que seja impossível colher o consentimento ou em que seja dispensável ou em que seja dispensável o consentimento *informado*, nos termos acima indicados⁴⁴, não vemos nenhuma razão inultrapassável para que o paciente seja em alguma medida excluído de forma liminar da gestão do risco, desde que este exista, por mais raro que seja, conquanto a concretização do dano potencial possa ter, repetimos, algum significado na sua vida.

Imagine-se um procedimento cirúrgico que apresenta o risco de causar uma lesão com significado e que se verifique com uma frequência na ordem dos 0,02% — sendo uma taxa que alguns poderão considerar objectivamente baixa, fará ainda assim sentido privar o paciente desse dado? Repare-se que, conhecedor da informação e da concreta natureza do risco, poderia o paciente por exemplo optar por um procedimento de outro tipo, com riscos de outra natureza, ou poderia adiá-lo até quando lhe fosse possível, ou poderia escolher outro profissional que reputasse mais qualificado para o executar, como já atrás afirmáramos.

Janeiro-Junho 2008, pg. 15 e «Los fines de la medicina. El establecimiento de unas prioridades nuevas», CALLAHAN, Daniel (dir.), [http://www.ehu.es/SEMDE/archivos_pdf/Los%20Fines%20de%20la%20Medicina%20\(Informe%20Hastings\).pdf](http://www.ehu.es/SEMDE/archivos_pdf/Los%20Fines%20de%20la%20Medicina%20(Informe%20Hastings).pdf), acesso em 2013-07-10, pgs. 35-47.

⁴³ BROWN, Crystal E., BRUSH, David R., “Cardiac catheterization and defensive medicine”, *Virtual Mentor — Ethics Journal of the American Medical Association*, vol. 12, n.º 10, Outubro, 2010, pg. 787.

⁴⁴ Cfr. ponto 3.

Parece-nos que existe no fundo uma possibilidade de convergência entre o interesse de *medicina defensiva* em que todo o risco seja revelado, de um lado, e o interesse objectivo que o paciente tem em que se lhe reconheça plenamente o seu direito de autonomia ou autodeterminação, do outro: essa convergência desenvolve-se em torno de uma ideia de máximo esclarecimento possível em função dos conhecimentos que um médico razoavelmente prudente e conhecedor deverá ter, e a realizar em função da capacidade de compreensão do concreto paciente ⁴⁵.

Na verdade, que genuíno sentido tem atribuir ao paciente o direito de decidir sobre a realização da intervenção, se do mesmo passo não se lhe fornecem todos os elementos que podem relevar para essa decisão? ⁴⁶ Cada paciente tem aliás níveis diferenciados de tolerância ao risco e é a ele que em última análise cabe decidir ⁴⁷. Nessa medida, ressalvadas as situações de excepção aos mecanismos do consentimento informado, não vemos como legitimamente podemos privar o paciente de elementos pertinentes para a decisão, de entre os quais figuram os riscos conhecidos dos procedimentos, ainda que de verificação rara, conquanto estejamos diante riscos que se reportem a danos potenciais com uma relevância mínima atendível.

Esclarecer o paciente com os contornos alargados que propugnamos demanda da parte dos médicos e das organizações tempo, paciência, dedicação, não haja dúvida; e interfere ainda com a sua tradicional «autonomia» ⁴⁸ — também.

Todavia, é isso o que temos hoje por exigível ao exercício da boa medicina: uma medicina que se afaste de uma concepção paternalista em que o médico comanda à revelia do paciente, e em que ao paciente, não sendo um mero objecto do diagnóstico ou do tratamento, é permitido que se assuma como sujeito do processo, por natureza participante em toda a linha na gestão do risco, maior ou menor, mais ou menos grave, desde que estejamos diante um risco que possa ser previsto por um profissional razoavelmente

⁴⁵ Em matéria de riscos a comunicar, *vide* a redacção sem restrições que figura na lei espanhola, no art. 4.º/1 da Ley n.º 41/2002, de 14 de Noviembre, *in* Boletín Oficial del Estado (www.boe.es/), acesso em 2013-06-24: *Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.*; e *vide* no mesmo sentido as instruções dadas aos Centros do Sistema Sanitário Público de Andaluzia, e concretamente o ponto 4. da 1.ª Instrução, embora em seguida, no formulário anexo, surja a referência apenas aos riscos mais frequentes, aos mais graves e aos que derivam dos problemas de saúde do paciente, *in* Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, n.º 152, de 6/08/2009 (www.juntadeandalucia.es/eboja), acesso em 2013-06-24.

⁴⁶ VAN NORMAN, Gail, “Informed consent: respecting patient autonomy”, *California Society of Anesthesiologists*, vol. 61, n.º 1, Dezembro 2012, pg. 43 e MAZA GAZMURI (nota 11), pg. 96.

⁴⁷ BROWN, BRUSH (nota 43), pg. 788.

⁴⁸ Sobre a perda progressiva da “autonomia” tradicional dos médicos, BARBOT, FILLION (nota 5), pg. 11.

prudente, conhecedor e empenhado e se reporte a danos com algum relevo na vida do paciente.

Onde não estejamos diante uma das situações excepcionais a que atrás aludimos que dispensam o médico da recolha do consentimento, ou da recolha do consentimento informado, exige-se-lhe o esforço de esclarecer o paciente da forma na prática mais ágil possível de todos os apontados riscos.

E a isto não se objecte dizendo que todo o peso da decisão e do risco inerente recairá sobre o paciente, com uma correspondente desresponsabilização do médico.

Antes do mais, importa recordar que não estamos a cuidar de erros no diagnóstico ou de erros terapêuticos, como atrás sublinhámos ⁴⁹ — estes, uma vez verificados, constituirão potencialmente causas autónomas de responsabilidade do médico; do que tratamos é da gestão do risco inerente ao exercício da actividade médica no contexto da violação do consentimento informado.

Por outro lado, o médico, para lá do seu dever de esclarecer, não fica desresponsabilizado de um papel de permanente apoio, aconselhamento e mesmo de persuasão, pois é seu dever ético orientar o paciente no sentido de uma decisão que vá de encontro à sua beneficência e que corresponda a uma racional e eficaz gestão do risco ⁵⁰, sendo certo, aliás, que o paciente segue frequentemente a recomendação do seu médico ⁵¹.

Configure-se o paciente como um sujeito titular em toda a linha do direito de autorizar ou não os procedimentos e não se vê, fora das situações excepcionais a que nos referimos, em homenagem a que valores se lhe nega o acesso a uma informação completa, em linguagem para si compreensível, sobre os riscos inerentes à intervenção ou ao tratamento que o médico lhe propõe ⁵².

E pela mesma lógica de raciocínio por que concluímos dever o paciente ser informado de todos os riscos com um mínimo de relevância na sua vida, também não vemos ainda, acrescente-se, como recusar-lhe o direito, nesse contexto, a ser esclarecido quanto a todas as alternativas e riscos correspondentes que a sua situação de saúde eventualmente permita (sendo que

⁴⁹ Cfr. ponto 4.

⁵⁰ MAZA GAZMURI (nota 11), pgs. 97-8.

⁵¹ SEPUCHA, Karen, MULLEY JR., Albert G., "A perspective on the patient's role in treatment decisions", *Medical Care Research and Review*, vol. 66, n.º 1, Fevereiro, 2009, pg. 60. Sobre a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, *vide* ainda, em Portugal, o art. 485.º n.º 2 do Código Civil.

⁵² Seguindo a ideia de que o médico deve fornecer ao paciente a informação que uma pessoa razoável consideraria necessária em ordem a tomar uma decisão, em linha com a jurisprudência do caso *Canterbury v. Spence* (nota 38) mas acabando por dizer que em caso de dúvida o médico deve informar *todos* os riscos possíveis, *vide* OLUBUKUNOLA (nota 23), pg. 523. No sentido de que o paciente tem o direito a receber não menos que a informação completa, ROSEN, Charles, "New devices and truly informed consent", *Virtual Mentor — American Medical Association Journal of Ethics*, Fevereiro, 2010, vol. 12, n.º 2, pgs. 73-6.

entendemos que um médico razoavelmente prudente e competente deverá via de regra conhecer tais riscos, tais alternativas e os riscos destas).

5. O CONTEÚDO DO DEVER DE ESCLARECIMENTO E AS PRÁTICAS CLÍNICAS DE MEDICINA DEFENSIVA — CONCLUSÃO

Concluimos no ponto anterior que o paciente deve em regra ser esclarecido, além do mais, de todos os riscos inerentes aos procedimentos médicos que lhe são propostos, bem assim como sobre as alternativas existentes e os riscos correspondentes — riscos e alternativas que um médico razoavelmente prudente, competente e tecnicamente habilitado, no lugar do concreto médico que actuou, deva conhecer, e tendo presente os danos que possam assumir alguma relevância na vida do paciente.

Se assim pensamos em via de princípio, esta nossa convicção resulta reforçada no caso de práticas médicas que, encerrando riscos com o assinado sentido, relevem de medicina defensiva, isto é, práticas médicas que, não sendo impostas pelas *leges artis*, têm ainda uma conexão objectiva com a finalidade preventiva, diagnóstica ou terapêutica em causa ⁵³.

Há aqui na verdade uma razão suplementar em abono de um direito amplo ao esclarecimento — é que nestes casos é menos clara a bondade da decisão sobre a relação custo/benefício da intervenção, *leia-se*, sobre a relação entre os riscos da intervenção médica e a utilidade/conveniência/beneficência desta.

E se é assim, por que motivo há-de o paciente sujeitar-se ao risco sem o conhecer, e sem que possa participar da sua gestão ou afirmar informadamente o seu dissentimento?

⁵³ Cfr. o ponto 2.