

RESPONSABILIDADE CIVIL EM SAÚDE E VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA RECENTE

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

Resumo: o presente texto incide sobre o direito da responsabilidade civil em saúde, apresentando o enquadramento geral, que se caracteriza por um sistema bicéfalo e de grande complexidade processual e substantiva. O autor apresenta uma perspetiva crítica do estado atual da matéria, corroborada pelo facto de o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já ter condenado Portugal por conferir uma proteção diminuta ao direito à vida. Neste contexto, a linha de evolução mais positiva na responsabilidade médica é a proteção do direito ao consentimento informado, enquanto forma independente de responsabilidade civil médica. Neste texto, o autor elabora sobre um instituto que pode ser mobilizado, em termos adequados, para proteção dos médicos: o consentimento hipotético.

Palavras-chave: responsabilidade civil; hospitais públicos; hospitais privados; cúmulo de responsabilidades; consentimento informado; consentimento hipotético.

I. MEDICINA PÚBLICA E MEDICINA PRIVADA: PROBLEMAS JURÍDICOS

Em Portugal temos um complexo sistema de responsabilidade civil (médica) com tribunais diferentes e leis distintas, o que significa a manutenção de regimes bastante diferenciados a regular uma atividade materialmente semelhante, a prestação de cuidados de saúde¹.

1. Medicina privada

Em regra, será *contratual* a responsabilidade civil das pessoas coletivas detentoras de hospitais, clínicas ou consultórios ou dos médicos (a exercer em regime individual) pelos danos causados no âmbito do *contrato de prestação de serviços médicos*. Trata-se de um contrato atípico, mas consolidado na realidade jurídica nacional e internacional². Este contrato, embora não seja

¹ Cf. André DIAS PEREIRA, "Responsabilidade Civil: o Médico entre o Público e o Privado", *in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. 89 (2013), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 253-304.

² Cf. André DIAS PEREIRA, "O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil", Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 13.

um tipo legal (porque não tem regulamentação legal própria), é um *tipo social e nominado*³, porque como tal referido na prática e pressuposto em algumas disposições legais, isto é, trata-se de um “*contrato socialmente típico*⁴ inserido na categoria ampla de contratos de prestação de serviço (artigo 1154.º)”.

Naturalmente, pode haver aplicação exclusiva do regime delitual, desde logo, no que respeita a responsabilidade dos médicos pelos atos praticados em clínicas ou hospitais privados, desde que o contrato de prestação de serviços médicos tenha sido concluído com a clínica.

Nos últimos anos, a jurisprudência vem entendendo que “em sede de responsabilidade civil por atos médicos ocorre frequentemente uma situação de concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual”, sendo orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a opção pelo regime da *responsabilidade contratual* tanto por “ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efetiva do lesado”⁵.

Todavia, parece-nos que a *doutrina do cúmulo* mantém a sua bondade, pertinência e maior adequação ao direito em vigor. Seguindo esta tese, o paciente pode selecionar as normas que mais o ajudem⁶: pode demandar danos não patrimoniais (artigo 496.º) e o regime de solidariedade passiva (artigo 498.º), previstos nas regras de responsabilidade extracontratual, e as regras da inversão do ónus da prova (artigo 799.º)⁷ e o prazo de prescrição (artigo 309.º) de 20 anos, previstos na responsabilidade contratual⁸.

³ Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 89 e ss..

⁴ Pedro PAIS de VASCONCELOS, “Contratos Atípicos”, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 59 e ss..

⁵ Segundo o Acórdão do STJ de 22 de março de 2018 (proc. n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1.).

⁶ Filipe ALBUQUERQUE MATOS, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica”, in *Lex Medicinæ*. Revista portuguesa de direito médico, ano 11.º (2014), pp. 9-33, explica cuidadosamente as diferenças de regime da responsabilidade delitual e contratual.

⁷ Cf. Jorge SINDE MONTEIRO, “Relatório Sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil”, Coimbra, polic. 2002, p. 8, André G. DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 750. Para acesso mais simples, pode confrontar-se a versão original (com numeração de páginas não coincidente) em André G. DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Coimbra, 2012 (acessível em: “<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/31524>”).

⁸ Para uma análise dogmática e problematizante da matéria, apontando para uma visão inovadora sobre a matéria — vide Nuno Manuel PINTO DE OLIVEIRA, “Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica”, in (I) *Materiais para o Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p. 25 — in “<https://www.centrodereitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/materiais-para-o-direito-da-sa%C3%BAde-ilicitude-e-culpa-na>”.

O Conselheiro Doutor Nuno Pinto Oliveira defende que “responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual são os dois extremos de um *continuum*, a pretensão indemnizatória há-de estar sempre sujeita a um regime sistemática, teleológica e valorativamente adequado ao caso, construído (i) ou a partir do regime da responsabilidade contratual, (ii) ou a partir do regime da responsabilidade extracontratual, (iii) ou a partir de uma combinação dos regimes das duas responsabilidades.” Assim, defende, em termos práticos, que “a responsabilidade da clínica ou do médico por (f)actos próprios deverá ficar sujeita ao artigo

2. Medicina pública

Os Tribunais Administrativos são competentes para julgar as ações de responsabilidade civil extracontratual⁹ por atos praticados no âmbito dos hospitais públicos (em sentido amplo)¹⁰. No plano substancial, aplica-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro¹¹.

Curiosamente, malgrado a aplicação da responsabilidade delitual, em que o prazo de prescrição é de 3 anos e o ónus da prova da culpa recai

799.º, n.º 1, do Código Civil" e "a responsabilidade da clínica ou do médico por (f)actos dos auxiliares deverá ficar sujeita, simultaneamente, aos artigos 500.º, n.ºs 1 e 3, e 800.º, n.º 1: deverá ficar sujeita ao artigo 800.º, n.º 1, do Código Civil para que a clínica ou o médico possa ser responsabilizado por (f)actos de auxiliares independentes; deverá ficar sujeita ao artigo 500.º, n.ºs 1 a 3, para que a clínica ou o médico possam ser responsabilizados solidariamente". Em segundo lugar, propõe: "Entre o prazo longo do artigo 309.º do Código Civil, de vinte anos, e o prazo curto do artigo 498.º, de três anos, estamos convencidos de que deve dar-se alguma preferência ao segundo — ao prazo de três anos".

⁹ Artigo 4.º, n.º 1, als. f), g) e h), do ETAF — Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Incluindo hospitais do Setor Público Administrativo, do Setor Empresarial do Estado — Centros Hospitalares e Hospitais EPE (Entidade Empresarial do Estado) ou mesmo a prestação do SNS (Serviço Nacional de Saúde) em regime de PPP (Parceria Público-Privado).

¹¹ A visão ampla da jurisdição administrativa tem conduzido a que os mesmos se considerem competentes para julgar os casos decorrentes do SIGIC. Assim decidiu o Acórdão de 22 de novembro de 2018 do Tribunal da Relação de Évora (Manuel Bargado): "São da competência dos tribunais administrativos os litígios sobre a responsabilidade civil extracontratual dos hospitais privados que prestem cuidados de saúde no âmbito do Sistema Integrado de Gestão de Inscrições para Cirurgia (SIGIC), em virtude da Convenção celebrada com a Administração Regional de Saúde para a prestação desses cuidados." No mesmo sentido, decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 17 de setembro de 2019 (Moreira do Carmo): "1.- O legislador do novo ETAF cometeu à jurisdição administrativa a apreciação de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, independentemente da questão de saber se esta responsabilidade emerge de uma actuação de gestão pública ou de uma actuação de gestão privada, tendo esta distinção deixado de ter interesse relevante para o efeito de determinar a jurisdição competente, que passa a ser, em qualquer caso, a jurisdição administrativa. 2. Assim, o novo regime alargou o âmbito de jurisdição administrativa a todas as questões de responsabilidade civil envolvente de pessoas colectivas de direito público, independentemente da questão de saber se as mesmas são regidas por um regime de direito público ou por um regime de direito privado; pelo que, compete aos tribunais da ordem administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham, nomeadamente, por objecto as questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público (artigo 4.º, n.º 1, g), do ETAF). 3. Mas, igualmente, lhe compete a apreciação da responsabilidade civil extracontratual dos sujeitos privados aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas de direito público (artigo 4.º, n.º 1, h), do ETAF). 4. A função administrativa compreende o conjunto de actos destinados à produção de bens e à prestação de serviços tendo em vista a satisfação das necessidades colectivas, função que é desempenhada essencialmente por pessoas colectivas públicas, e, marginalmente, por pessoas colectivas privadas que a estas estejam ligadas. 5. Estão, assim, integrados na função administrativa os actos médicos praticados num hospital que colabora com o Serviço Nacional de Saúde e a prosseguir as tarefas que legalmente a este estão confiadas. 6. Daí que sejam os Tribunais Administrativos os competentes para julgarem a acção proposta contra dois médicos e uma Clínica que colabora com o SNS, no âmbito do SIGIC, e prestou cuidados a utente deste sistema, com fundamento em atos médicos deficientemente prestados". O Regulamento deste SIGIC foi aprovado pela Portaria n.º 1450/2004, de 25 de Novembro, e, de novo, pela Portaria n.º 45/2008, de 15 de Janeiro. Para os tribunais citados, deste Regulamento infere-se uma larga extensão de poderes administrativos e obediência a princípios de direito administrativo.

sobre o paciente lesado¹², este regime da Lei n.º 67/2007 satisfaz algumas das especiais exigências do Direito da Medicina¹³:

- (1) coloca menor pressão sobre o profissional concreto. O profissional de saúde apenas responde com o seu património em caso de direito de regresso, que apenas é devido no caso de negligência grosseira, ou nas palavras da lei, se houver violado com “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” os seus deveres objetivos de conduta (artigo 8.º, n.º 1);
- (2) consagra o instituto da *culpa por funcionamento anormal do serviço* (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4), o que permite indemnizar o paciente pelos seus danos patrimoniais e não patrimoniais, mesmo que não seja identificado um concreto agente culpado¹⁴;
- (3) promove a *responsabilidade institucional*; permite ressarcir danos aos lesados, sem, por outro lado, criar uma relação de conflito direto entre o médico e o paciente, o que evita a medicina defensiva, a não assunção do erro e a não notificação do evento adverso¹⁵.

Em suma, a Lei n.º 67/2007 tem algumas das características que poderiam conduzir ao reforço de um clima de confiança entre os doentes e os profissionais de saúde.

Muitos autores vêm advogando uma reforma profunda da responsabilidade em saúde. O que temos é um sistema complexo, confuso para o cidadão e para os profissionais, com grande dificuldade de fazer a prova pericial. Por isso têm sido propostos *sistemas alternativos*, mais radicais, como na Escandinávia, ou mais moderados, como na França, Bélgica, Polónia, Áustria, Escócia, entre outros¹⁶.

Não iremos, nesta sede, trilhar esse caminho, mas deixamos bem vincado que os *Direitos Humanos* devem estar presentes também na área da respon-

¹² Cf. Rui VOUGA, “A responsabilidade civil médica” (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018 (disponível em “http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf”).

¹³ André DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, p. 883.

¹⁴ Artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: 3 — O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço. 4 — Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos.

¹⁵ Sobre esta matéria, vide Guilherme de OLIVEIRA; recensão à obra José FRAGATA/ Luís MARTINS, “O Erro em Medicina, Perspectiva do indivíduo, da organização e da sociedade”, Coimbra, Almedina, 2004, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

¹⁶ André DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, p. 834.

sabilidade civil. A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, prevê no artigo 24.º, com a epígrafe *Reparação de dano injustificado*:

“A pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa nas condições e de acordo com as modalidades previstas na lei.”

Esta norma tem valor supralegal (n.º 2 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa — CRP); porém, não tem merecido a atenção por parte da doutrina. Ela promove — a meu ver — a necessidade de interpretar o direito vigente de forma a agilizar os mecanismos, dentro da teoria do “sistema móvel” (Wilburg), para que se faça valer o direito a uma reparação justa.

O direito que temos não é isento de reparos graves. Portugal já foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) em casos de responsabilidade médica, não apenas, como acontece noutras áreas, pelo atraso na justiça¹⁷, mas também pela *fraca proteção do direito à vida*, pelo menos na sua dimensão procedimental¹⁸.

Não podemos olvidar que a interpretação do direito ordinário deve ser feita em conformidade com o Direito Convencional e com o Direito Constitu-

¹⁷ Desde que o TEDH iniciou funções, Portugal foi alvo de 345 processos. Em mais de 75% dos casos (262) a decisão foi desfavorável ao Estado português, tendo sido encontrada pelos juizes pelo menos uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A morosidade dos procedimentos judiciais nos tribunais portugueses é a principal violação apontada ao País (143).

¹⁸ Vejam-se os casos:

1) *Lopes De Sousa Fernandes c. Portugal* (Queixa n.º 56080/13), com decisão final pela *Grand Chamber* em 19 de dezembro de 2017. A violação ao direito à vida motivada por falhas no sistema hospitalar mereceu a reparação pelo Plenário do TEDH no valor de € 23.000 (na 1.ª instância havia sido arbitrado montante de € 39.000). Portugal foi condenado de forma definitiva no TEDH por violar o direito à vida, na dimensão procedimental, absolvendo-se da violação do direito à vida, na dimensão material, com um importante voto de vencido do Juiz português Paulo Pinto de Albuquerque.

2) A decisão de 25 de Julho de 2017 (caso *Carvalho Pinto de Sousa c. Portugal*): caso da linguagem inapropriada relativa a uma vítima de negligência médica. O Tribunal destaca alguns processos em cada país, tendo dado relevo em Portugal ao caso da mulher que viu o Supremo Tribunal Administrativo reduzir a indemnização que lhe seria devida por negligência médica numa operação que lhe causou problemas na sua vida íntima, o que a levou a apresentar uma queixa por discriminação de género e idade. O Tribunal português argumentou que “à data da operação, a queixosa já tinha 50 anos de idade e tinha tido dois filhos, ou seja, uma idade em que o sexo não é tão importante como na juventude, a sua importância diminui com a idade”. Na decisão sobre o caso, em que o TEDH se pronunciou pela queixosa, “é notável tratar-se da primeira ocasião em que o Tribunal condena a linguagem usada por um tribunal nacional — no caso, um tribunal superior — ao referir-se à idade e género de uma litigante”.

3) Decisão de 31 de janeiro de 2019 da *Grand Chamber* — *Fernandes de Oliveira v. Portugal [GC]*. Após condenação de 28 de Março de 2017 na 1.ª Câmara, incluindo a violação da dimensão substantiva do artigo 2.º da Convenção, a *Grand Chamber* reviu a decisão e considerou haver apenas uma violação da dimensão procedimental do artigo 2, uma vez que os processos duraram mais de 11 anos em dois níveis de jurisdição, condenado o Estado português a pagar uma indemnização de € 10.000 por danos não patrimoniais.

cional. Pelo que este comando supralegal impõe uma mudança, uma transformação no Direito Civil.

Assim, os mecanismos de facilitação probatória (seja na prova da culpa, seja na prova da causalidade e da própria ilicitude) devem ser mais generosamente usados. Assim, deve defender-se uma facilitação probatória ou mesmo a inversão do ónus da prova nos seguintes casos¹⁹:

- i. a facilitação da prova por presunções judiciais ou prova por primeira aparência;
- ii. a inversão do ónus da prova por falta de documentação ou por defeituoso cumprimento do dever de documentação;
- iii. a inversão do ónus da prova por falta de esclarecimento;
- iv. a inversão do ónus da prova por destruição de meios de prova;
- v. a negligência grosseira ou os erros grosseiros e a inversão do ónus da prova da causalidade (aplicado nos tribunais alemães);
- vi. a falta de organização e o recrutamento de pessoal mal preparado;
- vii. a teoria do dano anormal e desproporcionado (aplicado nos tribunais espanhóis).

Por outro lado, o conceito de *atividade perigosa*, presente no n.º 1 do artigo 493.º do Código Civil — CC, deve ser alargado, na área biomédica, e a delimitação de *obrigações de resultado* também deve ser mais abrangente do que tem sido até agora. Têm-se incluído, como casos de responsabilidade pelo não cumprimento de *obrigações de resultado*, aqueles em que o dano decorresse de *defeitos das coisas*, como, p. ex., dos *instrumentos* empregues, ou de *defeitos de prestações simples*, cuja *margin de risco* fosse *irrelevante*²⁰.

Trata-se de expedientes processuais e substanciais que poderão enquadrar o direito da responsabilidade médica em Portugal num patamar mais conforme com o Direito Europeu dos Direitos Humanos.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO

1. A consagração da doutrina do consentimento informado na legislação

A responsabilidade em saúde divide-se entre a responsabilidade por má prática/ negligência, com base na violação das *leges artis* (*stricto sensu*) e a

¹⁹ Para justificação e desenvolvimento, cf. André DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, pp. 780 a 788.

²⁰ Respetivamente Acórdão do STJ de 4 de março de 2008 (Fonseca Ramos), Cf. Acórdão do STJ de 11 de julho de 2006 (Nuno Cameira), *apud* PINTO OLIVEIRA, *Illicitude e Culpa*, 2019, pp. 94-95.

responsabilidade por violação do consentimento informado, quer por falta de informação, quer por falta de consentimento ou consentimento inválido²¹.

Este é o caminho a que nos últimos cinco anos a jurisprudência portuguesa tem recorrido com maior aproximação às exigências de tutela dos direitos de personalidade dos pacientes e que analisaremos neste texto.

O Estatuto da Ordem dos Médicos (2015) — Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto — prevê no artigo 135.º (Princípios gerais de conduta):

“1 — O médico deve exercer a sua profissão de acordo com a *leges artis* com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade (...).
(...)

11 — O médico deve fornecer a informação adequada ao doente e dele obter o seu consentimento livre e esclarecido”.

Também em Espanha se entende que: “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los *deberes de información y de documentación clínica*, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”²².

O consentimento informado está previsto em múltiplas normas de que destacamos o nosso Código Penal de 1982, que consagra no artigo 156.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários) e no artigo 157.º (Dever de esclarecimento) as normas básicas deste instituto²³.

Por seu turno, a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* (1997), com o capítulo sobre o Consentimento, e apresentando no artigo 5.º a (Regra geral):

²¹ Cf. Nuno PINTO OLIVEIRA, “Ilicitude e Culpa”, 2019, pp. 47 e ss..

²² Nesse sentido decidiu o Tribunal Supremo em 26 de maio de 2015: “Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar con reiteración que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan”. De esta forma, “causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de 2 octubre 2012, rec. cas. núm. 3925/2011 ó de 20 de noviembre de 2012, rec. cas. núm. 4598/2011, con cita en ambos casos de numerosos pronunciamientos anteriores)”. Como afirma Manuel ORTIZ FERNÁNDEZ, “La Responsabilidad Civil en el Ámbito Sanitario Derivada del Consentimiento Informado, *in* Actualidad Jurídica Iberoamericana, n.º 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, p. 559.

²³ André DIAS PEREIRA, “A consagração do direito ao consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente”, *in* Direito da Saúde — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Volume 3 — Segurança do paciente e consentimento informado, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 161-179.

“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.

Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.

A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”

Por seu turno, o Regulamento²⁴ de Deontologia Médica prevê no artigo 20.º as regras para obtenção do consentimento do doente²⁵. Muitas outras normas legais poderíamos referir, mas destacamos neste texto a jurisprudência, que é a sede onde se confirma a validade da norma jurídica.

No Acórdão de 18 de março de 2010 (Relator: Pires da Rosa), o STJ afirmou que “*Pode haver responsabilidade civil pelos danos causados por uma intervenção médica não precedida da necessária informação, sejam os danos derivados da violação do bem jurídico liberdade, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico integridade físico-psíquica*”. O STJ reconheceu que a *violação do dever de informar* conduz a um *consentimento inválido*, pelo que as lesões causadas à integridade física e à liberdade são ilícitas, donde gera-se uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo doente.

O ónus da prova do esclarecimento impende sobre o médico. Esta solução resulta de vários argumentos: (1) desde o princípio da igualdade de armas e (2) a igualdade na aplicação do direito, seja (3) o argumento de que a prova de facto negativo configura uma prova diabólica e (4) que o consentimento informado constitui uma causa de justificação da ilicitude (artigo 342.º, n.º 2, do CC)²⁶. Neste sentido, o Acórdão do STJ de 16 de junho de 2015 (Relator: Mário Mendes) afirma: “em princípio e independentemente de se fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual *em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas*”²⁷.

²⁴ Estatuto da Ordem dos Médicos (2015) — Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto — estabelece a base legal para o desenvolvimento de regras deontológicas. Artigo 144.º: “As regras deontológicas dos médicos são objeto de desenvolvimento no código deontológico, a aprovar pela assembleia de representantes.” O Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho está publicado na 2.ª série do Diário da República. Na medida em que não preveja normas contrárias ao disposto na Lei, este documento tem pleno valor jurídico.

²⁵ Regulamento n.º 707/2016, de 21 de julho. Artigo 20.º: 1 — O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais. 2 — Entre o esclarecimento e o consentimento deverá existir, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se. 3 — O médico deve aceitar e pode sugerir que o doente procure outra opinião médica, particularmente se a decisão envolver riscos significativos ou graves consequências para a sua saúde e vida.

²⁶ André DIAS PEREIRA, “O Consentimento informado...”, 2004, p. 110. Concordamos que, em rigor, *nas intervenções terapêuticas*, se trata de um *acordo* que explui a *tipicidade*, como bem explana Nuno Pinto Oliveira, “Ilícitude e Culpa...”, 2019, p. 53.

²⁷ O STJ, em 9 de outubro de 2014 (Rel. Cons. João Bernardo), afirma que não basta o médico apresentar um papel escrito, um formulário do consentimento informado: “a referência num documento assinado por médico e doente a que aquele explicou a este de forma adequada

No mesmo sentido se pronuncia o *Superior Tribunal de Justiça* do Brasil, designadamente na Decisão Judicial Paradigmática (Recurso Especial n.º 1.540.580-DF)²⁸. No voto vencedor o Min. Luis Felipe Salomão afirma:

“André Gonçalo Dias Pereira acrescenta que esse é o entendimento em vigor na Europa, a partir da pré compreensão de que a ação do médico só é lícita se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, terá o médico de suportar o ônus da prova. Por força deste e de outros argumentos, no direito comparado, a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.”

Se nos arestos portugueses anteriormente referidos se havia apresentado uma correta doutrina, mas — por diversas razões — os casos terminaram em absolvição do responsável pela informação, já nos casos que seguidamente iremos descrever os médicos foram condenados, seja por *falta de consentimento* (Acórdão do STJ de 2 de junho de 2015), seja por *falta de informação* (Acórdãos do STJ de 02 de novembro de 2017, de 22 de março de 2018 e de 24 de outubro de 2019).

2. A consagração da doutrina do consentimento informado na jurisprudência

2.1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de junho de 2015 (Clara Sottomayor): responsabilidade civil por falta de consentimento para a intervenção concreta

No Acórdão do STJ de 2 de junho de 2015 (Relatora: Maria Clara Sottomayor) estamos perante uma “*lipoaspiração programada com o consenti-*

e inteligível entre outras coisas os riscos e complicações duma cirurgia não permite ajuizar da adequação e inteligibilidade e bem assim dos riscos concretamente indicados pelo que é manifestamente insuficiente”. Cf. a anotação discordante de Guilherme de OLIVEIRA, “Nota sobre a informação para o consentimento (A propósito do Acórdão do STJ de 09 de outubro de 2014)”, *Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Lex Medicinæ*, Ano 12, 2015, pp. 149-153.

²⁸ Neste caso, um jovem, vítima de acidente de carro aos 15 anos de idade (1994), teve traumatismo crânioencefálico, 4 meses em coma, permanecendo com sequelas neurológicas, *deficit* motor, caracterizado, entre outros, por incapacidade total no membro superior (mão em garra) e inferior e tremor no membro superior direito. Na consulta médica, foi indicada intervenção cirúrgica (talamotomia e subtalamotomia). O paciente e seus pais foram informados de que se tratava de procedimento simples, com anestesia local, sem necessidade de testes ou exames complementares, e que teria duração máxima de 2h. O jovem submeteu-se a procedimento cirúrgico para melhorar sua situação de saúde e ao final perdeu a capacidade de realizar atividades básicas e passou a depender de cadeira de rodas, entre outras sequelas.

mento da autora, (...) e decidiu o Réu intraoperatoriamente aproveitar algum tecido adiposo que havia sido extraído da Autora e injetá-lo nos grandes lábios da mesma,concretizando... uma vulvoplastia,para cuja possibilidade de realização esta não fora sequer alertada, não prestando, assim, o seu consentimento”²⁹.

Como se afirma no sumário da decisão: “O consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (artigos 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina — Convenção de Oviedo — CDHBio ou Convenção de Oviedo — e 3.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem de ser livre e esclarecido para gozar de eficácia: se o consentimento não existe ou é ineficaz, a atuação do médico será ilícita por violação do direito à autodeterminação e correm por sua conta todos os danos derivados da intervenção não autorizada.” A responsabilidade funda-se “na violação dos direitos subjetivos da paciente à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (artigos 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP e 70.º, n.º 1, do CC)”.

Não é aplicável a figura do **consentimento presumido**. Afirma, com razão, o Acórdão: “Em relação às operações estéticas reconstrutivas, porque se repercutem na imagem da pessoa e na relação consigo mesma e com os outros, porque relacionadas com o corpo e com a identidade, e, no caso *sub judice*, com a vida sexual e íntima, não é possível que se verifiquem os pressupostos do consentimento presumido”. Com efeito, não havendo perigo para a vida ou para a saúde da paciente, não há base que justifique a aplicação do consentimento presumido, baseado na *vontade hipotético-conjetural* da paciente, sendo que — neste particular tratando-se de uma cirurgia estética — vale o requisito mais autonomista do artigo 39.º, n.º 3, e não o do n.º 2 do artigo 156.º (parte final).

O STJ condenou o réu a pagar uma indemnização pelos danos patrimoniais e, sobretudo, não patrimoniais causados, no valor de € 26.000 (dos quais € 25.000 por danos não patrimoniais).

2.2. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de novembro de 2017 (Maria dos Prazeres Beleza): falta de informação e a doutrina da perda de chance?

O Acórdão do STJ de 02 de novembro de 2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) afirma que “Quer a lei portuguesa (cfr., em especial, os artigos 70.º, 81.º e 540.º do CC, bem como o artigo 157.º do Código Penal — CP — ou o n.º 11 do artigo 135.º do Estatuto da Ordem dos Médicos), quer

²⁹ Cf. André DIAS PEREIRA, “A consagração da responsabilidade médica por violação do consentimento informado no STJ” — Acórdão do STJ de 2 de junho de 2015, proc. n.º 1263/06.3TVPR.T1.S1 (Anotação), *in* Cadernos de Direito Privado, n.º 53, 2016, pp. 70 e ss. (ISSN: 1645-7242).

diversos instrumentos internacionais (cfr. o artigo 5.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina — Convenção de Oviedo) exigem, como regra e como condição da licitude de uma ingerência *médica* na integridade física dos pacientes — por exemplo, através de uma cirurgia, como no caso presente — que estes *consintam* nessa *ingerência*; e que o *consentimento* seja prestado na posse das *informações relevantes* sobre o acto a realizar, *tendo em conta as concretas circunstâncias do caso*, sob pena de não poder valer como consentimento legitimador da intervenção. Estando em causa uma cirurgia de extração de um siso incluso efetuada numa clínica dentária (1.ª ré) por um médico estomatologista (2.º réu), por conta desta e seu sócio-gerente, *era exigível* ao 2.º réu que desse a conhecer à autora que a extração a realizar, ainda que efetuada com observância de todas as *leges artis*, *podia provocar a lesão do nervo lingual — como provocou — e quais as consequências possíveis de tal lesão.*”

Assim, a obrigação de informar o risco de lesão do nervo lingual resulta da lei e do contrato. Importa ainda considerar que a cirurgia dentária *não era urgente*.

Todavia, este Acórdão envereda por um caminho que nos parece desadequado. Afirma o STJ: “É exacto que não se pode afirmar que, naturalisticamente, foi a *falta de informação* – que, no caso, está provada (pontos ccc), iii), bbbb)) e tem como objecto a *comunicação do risco que a extracção do siso incluso implica* para o paciente –, que provocou “a *lesão do nervo lingual direito*” (bbb)) e demais danos que vêm provados; desde logo, nem sequer vem demonstrado que, *se conhecesse o risco que a intervenção implicava*, a autora não teria consentido na sua realização; *se essa prova tivesse sido feita*, poder-se-ia estabelecer uma cadeia *naturalística* de causas, assim contrariando a alegação dos recorrentes, como é manifesto”.

“Não estando provado que a autora só aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quanto aos respectivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceitado, a perspectiva jurídica que se nos afigura correcta é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto *dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências*; perda de oportunidade que, em si mesma, é um *dano* causado pela falta de informação devida, em abstracto susceptível de ser indemnizado, e cuja protecção tem como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP e artigo 70.º, n.º 1, do CC). No seu conteúdo inclui-se, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que *agressões à sua integridade física* consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (cfr. n.º 2 do artigo 70.º e artigo 81.º do CC)”³⁰.

³⁰ O STJ manteve o valor de € 18.000, calculado pela Relação. “O enquadramento do dano e do nexos de causalidade na *perda de oportunidade de decidir sobre a realização da extração* não implica, nem um enquadramento jurídico relevantemente diferente do que foi seguido no

Discordamos desta tese que introduz a teoria da *perda de chance* no âmbito da falta de informação. Com efeito, este caminho significaria, no plano pragmático, uma permanente redução dos montantes compensatórios nos casos de violação do consentimento informado. Mas, sobretudo, leva-nos a uma turbação dogmática, pois não se está perante uma perda de chance, mas perante uma *falta de informação* que levou a uma impossibilidade de escolher. Uma “*loss of choice*” e não uma “*loss of chance*”³¹.

Este caminho não faz a justa interpretação do quadro normativo vigente: a ausência de um consentimento válido (porque insuficientemente informado) — consentimento esse que visa proteger a liberdade e a integridade física — deve ser civilmente sancionada com uma *indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais, designadamente decorrentes da lesão corporal*. Não há uma simples perda de oportunidade, há um efetivo dano ao direito de decidir (informadamente) e daí resultam, com *inequívoca causalidade normativa*, os danos referidos. Como diz a doutrina americana: uma “*loss of choice*” não se deve confundir com uma “*loss of chance*”.

Com efeito, nestes casos, o *processo causal é claro*: a falta de informação impossibilitou o paciente de refletir e decidir, a informação é requisito necessário do consentimento e só o consentimento justifica a invasão da integridade físico-psíquica do doente. A invasão do corpo é ilícita se não for justificada. O escopo terapêutico e a condição de médico do agente não são, por si só, devido ao respeito pelo *princípio da autonomia*, causas justificativas da invasão do corpo do cidadão doente. Só o *consentimento* (ou em casos bem delimitados do n.º 2 do artigo 156.º do CP — urgência e extensão do âmbito operativo — pode justificar a intervenção médico-cirúrgica.

Assim, salvo melhor opinião, temos uma (1) ação (2) ilícita (violadora da integridade física e psíquica) que (3) culposamente (4) causou (5) danos no corpo do paciente. Verificam-se os requisitos da responsabilidade civil, seja extracontratual (artigo 483.º do CC), seja contratual (artigo 798.º do CC).

Os *danos* também são claros! Os danos corporais subsequentes a uma intervenção médica ilícita. Neste caso, os danos decorrentes da extração do siso, que correspondem a riscos conhecidos da referida intervenção.

Em suma, chamar ao discurso a tese da perda de oportunidade neste contexto é desnecessário, visto que nem há uma dificuldade em estabelecer o processo causal entre a falta de informação e os danos, nem há necessidade de antecipar o dano da “oportunidade de decidir”.

acórdão recorrido, nem uma alteração no montante indemnizatório, pois cumpre ter em conta que o critério essencial de aferição da indemnização equitativa, segundo o disposto no n.º 1 do artigo 496.º do CC, é o da *gravidade do dano*”.

³¹ Num relance pela doutrina e jurisprudência sobre a responsabilidade civil por violação do dever de informar, seja a cargo de entidades bancárias, intermediários financeiros, avaliadores de arte, etc., não se encontra rasto de querer introduzir nos casos em que há falta de informação devida a doutrina da perda de oportunidade.

Reforçamos o nosso raciocínio, que, aliás, está presente em todas as decisões do STJ apresentadas neste trabalho. Vejamos, de um ponto de vista lógico e dogmático-jurídico:

- i. a cirurgia carece de consentimento (artigo 5.º da CDHBio, artigo 156.º do CP);
- ii. o consentimento apenas é válido se for devidamente informado (artigo 5.º da CDHBio, artigo 157.º do CP);
- iii. não foi feita a prova de que o médico transmitiu (como era seu dever) informações sobre riscos graves da intervenção cirúrgica;
- iv. o consentimento do paciente não é válido (artigo 157.º do CP, artigo 340.º do CC);
- v. logo, a intervenção não se justifica pelo consentimento;
- vi. consequentemente, a intervenção sobre o corpo é ilícita;
- vii. se a intervenção no corpo do paciente é ilícita, há o dever de compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais causados;
- viii. não há razão para diminuir a compensação (nem se verificam os pressupostos de aplicação seja do artigo 494.º seja do artigo 570.º).

2.2.1. O Consentimento hipotético — excursão

Reconhecemos que o Acórdão aflora um problema muito complexo, sem o nomear, a questão do consentimento hipotético. A frase menciona o problema quando afirma: *“é claro, nem sequer foi demonstrado que, se ela soubesse o risco que a intervenção implicava, o autor não teria consentido em sua implementação”*.

Em minha opinião, a possibilidade de defesa de um médico não é a teoria da perda de oportunidade. O paciente não perdeu uma oportunidade; ele foi violado sua integridade física (e no seu direito à autodeterminação nos cuidados de saúde) por uma ação direta em seu corpo, sem justificação legal. Tratou-se de uma intervenção ilícita porque ilegal (violação do artigo 157.º do CP, artigo 5.º da Convenção de Oviedo, artigo 20.º do Regulamento de Deontologia Médica, entre outras normas)!

O médico pode tentar defender-se, alegando que “o paciente haveria consentido, mesmo que tivesse sido informado do risco”. É o consentimento hipotético. Esse instituto, como já escrevemos³², seguindo a doutrina alemã e austríaca, configura uma *defesa excepcional do médico* e este tem o ónus da prova dessa defesa e é suficiente para o paciente provar que permaneceria em uma situação de *“conflito de decisão”* (*“Entscheidungskonflikt”*).

³² Cf. André G. DIAS PEREIRA, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, pp. 498 e ss.; Jordi RIBOT, “Consentimiento informado y responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Lex Medicinæ-Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 3, 2005.

Ora, esse consentimento hipotético nunca pode ser usado quando houver uma *violação grave da obrigação de relatar um risco sério*, como aconteceu no caso *sub judice* — risco de paralisia do nervo da língua no âmbito de uma intervenção cirúrgica de extração do dente do siso. Este é um dos riscos mais graves desta intervenção cirúrgica! Era essencial para a tutela dos direitos à autodeterminação nos cuidados de saúde e do direito à integridade física que o paciente tivesse tido conhecimento do mesmo antes da cirurgia.

Temos encontrado expressões desta figura, embora por vezes ela não seja devidamente identificada, nos casos que chegam ao STJ referentes ao consentimento informado. Assim nos Acórdãos citados de 2010, de 2015 e de 2017. Merece, pois, que seja trazida luz sobre este instituto.

i. O consentimento hipotético no direito alemão

No caso de informação prestada ter sido insuficiente, a intervenção médica é ilícita e acarreta responsabilidade do médico pelos danos produzidos. Contudo, é necessário que se estabeleça uma *relação de causalidade* entre o dever de informação omitido e o dano. Assim, os tribunais têm exigido que se demonstre a *adequação* entre a intervenção médica (realizada sem o prévio esclarecimento devido) e os danos à saúde.

Neste caso a causa dos danos estará numa *omissão (de informar)* e não numa ação. Ou seja, o réu (médico ou instituição de saúde) numa ação de responsabilidade médica por violação do consentimento informado pode objetar que, mesmo que tivessem sido transmitidas ao paciente todas as informações juridicamente exigidas, este teria consentido na intervenção de igual modo³³.

Apela-se à figura do *comportamento lícito alternativo* (*„pflichtgemässes Alternativverhalten“*). A jurisprudência alemã aceita a defesa do consentimento hipotético, inclusivamente como forma de rejeitar ações abusivas em que o paciente apela à falta de informação ou à informação incompleta. Todavia, procura evitar que o direito à autodeterminação do paciente seja, por esta via, negado.

Se a jurisprudência antiga se bastava com a simples referência a uma violação do dever de informar em geral, hoje a posição processual do paciente está mais onerada. Assim, no caso de o paciente alegar que, se tivesse recebido a informação adequada, teria recusado a intervenção, exige-se que este demonstre que ficaria numa situação de conflito de decisão (*echter Entscheidungskonflikt*), que mostre ser *plausível* a sua recusa³⁴.

³³ Pascal PAYLLIER, “Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung”, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, 1999, p. 227; LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch...*, p. 537; Deutsch/ Spickhoff (2003), p. 174.

³⁴ VON NARR/ REHBORN, “Arzt — Patient — Krankenhaus”, dtv, 1991, p. 182; DEUTSCH/ SPICKHOFF (2003), p. 166; M. BARENDRECHT/ C. JANSEN/ M. LOOS/ A. PINNA/ R. CASCAO/ S. VAN GULIK, *Principles of European Law, Service Contracts* (2007) p. 778.

Sobre o médico, por seu turno, impende o *ônus da prova* de que o paciente teria realizado a operação mesmo que o médico tivesse agido licitamente. Esta inversão do ônus da prova justifica-se, uma vez que para o doente esta seria uma *prova de facto negativo e indefinido*³⁵.

Estamos perante uma situação de causalidade psíquica, pelo que o Tribunal deve decidir com base em “balanços de verosimilhança” (*Wahrscheinlichkeitserwägungen*). O doente só tem de provar que ficaria numa situação de conflito de decisão, não tem de provar como na realidade decidiria. E o juiz não deve ser muito exigente quanto à plausibilidade dos fundamentos apresentados pelo paciente³⁶.

Por outro lado, no direito alemão, o comportamento hipotético do paciente deve ser analisado não de acordo com o paciente razoável (“*vernünftigen Patienten*”), mas sim tendo em conta a situação de *decisão pessoal*, ou seja, prevalece o critério do *paciente concreto*³⁷.

Em termos processuais, o paciente só é obrigado a apresentar esta argumentação relativa aos fundamentos plausíveis do conflito de decisão, se o réu (médico) tiver apresentado a defesa do consentimento hipotético. O Tribunal não pode oficiosamente levantar essa questão. Por outro lado, o juiz não deve colocar demasiadas exigências no que respeita à fundamentação das razões plausíveis do paciente para o conflito de decisão. A essência e a finalidade do esclarecimento são assegurar um espaço de decisão individual, e este deve ser garantido, e o *médico deve suportar o ônus da prova do consentimento hipotético*³⁸.

Na síntese de Eisner³⁹, o ‘funcionamento’ da “defesa” *consentimento hipotético* está adstrita a condições muito exigentes:

- (1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação;
- (2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado;
- (3) exige-se ainda que a intervenção: i) fosse medicamente indicada, ii) conduziria a uma melhoria da saúde do paciente, iii) visava afastar um perigo grave;
- (4) a recusa do paciente *não* seria objetivamente *irrazoável*, mas, contudo, o que vale é o critério do *paciente concreto*⁴⁰.

³⁵ Pascal PAYLLIER, “Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung”, p. 240.

³⁶ Pascal PAYLLIER, “Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung”, p. 239, defende aqui a “Prima-facie-Beweis”.

³⁷ Cf. Daniela ENGLJÄHRIGER, “Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen”, Wien, 1996, p. 118. Uma corrente Doutrinal importante (Laufs, Kern, Uhlenbruck) admitindo a figura, frisa a necessidade de o Tribunal utilizar o critério do *paciente concreto*, atendendo a todas as suas especificidades e condições particulares de existência.

³⁸ Christian KATZENMEIER, “Arzthaftung”, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002., pp. 348-349.

³⁹ Beat EISNER, “Die Aufklärungspflicht des Arztes”, Verlag Hans Huber, 1992, p. 106.

⁴⁰ Segundo Markus GEHRLEIN, “Leitfaden zur Arzthaftung”, (nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes), München, Verlag Franz Vahlen, 2000, p. 161, o Tribunal deve tomar

Todavia, uma parte importante da doutrina é contra a aplicabilidade deste conceito como forma de desresponsabilizar os médicos⁴¹. O direito à autodeterminação — dizem — não pode ser retirado ao paciente *ex post facto*, de modo a que um Tribunal se queira colocar na posição em que o doente se encontraria se tivesse sido devidamente informado. Esta linha doutrinal entende que o dever de exigir o consentimento tem por finalidade garantir a liberdade de decisão do paciente, possibilitar-lhe uma conversa esclarecedora e tempo para que este — em certas circunstâncias — possa consultar outro médico. Por isso, o médico que não cumpre esta obrigação deve responder por todas as consequências danosas que decorram da operação.

Com a Reforma de 2013, o atual §630h, n.º 2, do Código Civil alemão admite que o médico deduza a *exceptio* de comportamento alternativo lícito ou de comportamento hipotético lícito⁴², prescrevendo: “No caso de a prestação de esclarecimentos não ser suficiente para preencher os requisitos do §630e, o prestador de cuidados de saúde pode alegar que o paciente teria consentido no tratamento, ainda que tivesse sido adequadamente esclarecido.”

ii. Na Áustria

Na Áustria, Helmut Koziol⁴³ defende a distinção entre: (1) violações leves (*geringere Verstossen*) do dever de esclarecimento, para as quais se pode aplicar a *regra da repartição de danos (Schadensteilung)*⁴⁴, considerando a gravidade da violação do dever de informar, e (2) violações graves (*gravierende Pflichtverletzungen*), caso em que se deve negar qualquer limitação da responsabilidade, apontando o exemplo de uma operação sem qualquer preocupação de obter o consentimento, ou em que o esclarecimento sobre os riscos fora absolutamente insuficiente⁴⁵.

ainda em consideração as circunstâncias concretas do caso, tais como o *momento do esclarecimento* (se foi imediatamente anterior à intervenção ou se foi feito com a devida antecedência), e equacionar se a não intervenção acarretaria riscos semelhantes ou superiores aos verificados.

⁴¹ Cf. Pascal PAYLLIER, “Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung”, Schultness Polygraphischer Verlag Zurich, 1999, p. 231.

⁴² Nuno PINTO OLIVEIRA, “Illicitude e Culpa”, p. 67.

⁴³ Helmut Koziol, “Österreichisches Haftpflichtrecht”, Band I: Allgemeiner Teil³, Wien, Manz Verlag 1997, p. 278.

⁴⁴ Helmut KOZIOL, “Österreichisches Haftpflichtrecht”, p. 276 defende, na linha de Franz Bydlinzki, a ideia de fazer uma repartição dos danos *Schadensteilung* de forma a que aquele que praticou um comportamento ilícito não possa ficar livre de responsabilidade. Por outro lado, permite criar um sistema mais flexível em que o juiz não fique entre a decisão de conceder uma indemnização pelos danos na sua globalidade ou não conceder qualquer indemnização. Neste sentido, Bydlinzki apela à aplicação *por analogia* da norma que permite a repartição dos danos entre lesante e lesado no caso de *culpa do lesado* (§1304 AGBG e artigo 570.º do CC).

⁴⁵ Helmut Koziol, “Rechtsmässiges Alternativverhalten — Auflockerung Starrer Lösungsansätze”, *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln (etc.), Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 184 e p. 187.

Assim, o *consentimento hipotético* deve ser colocado em relação com a *gravidade* da violação do dever de informar, distinguindo os casos em que nem sequer há consentimento ou as falhas de esclarecimento são graves dos casos em que há um consentimento com falhas leves do dever de esclarecimento.

iii. O consentimento hipotético: sua aplicabilidade no Direito português

O problema do consentimento hipotético afigura-se como sendo dogmaticamente, em primeira linha, um problema de causalidade, onde o legislador adotou a *teoria da adequação*. Todavia, seguindo uma interpretação *objetivista atualista*, beneficiamos de horizonte hermenêutico para concluir que o nosso direito é, nesta sede, aberto às inovações da doutrina e da jurisprudência, já que o sentido do artigo 563.º é, em primeira linha, afirmar que não são apenas critérios naturalísticos que presidem à imputação objetiva⁴⁶.

A moderna doutrina civilística aceita, dentro de um apertado enquadramento, que o lesante se possa defender invocando a exceção de comportamento alternativo lícito⁴⁷.

Este é um expediente adequado e justo para, quiçá, amenizar um pouco a pressão indemnizatória sobre o prestador de saúde.

Defendemos, portanto, que este instrumento poderá ser aplicado nos seguintes moldes:

1. Em primeiro lugar, não deverá ser admitido quando estão em causa *violações graves* dos deveres de conduta do médico, *v.g.*:
 - i. pelo grau de culpa do agente (negligência grosseira ou dolo)⁴⁸;
 - ii. pela violação de formalidades essenciais⁴⁹;
 - iii. quando nem sequer há consentimento⁵⁰;

⁴⁶ No sentido de que o intérprete não está preso à teoria da adequação, *vide* MENEZES CORDEIRO, "Responsabilidade Civil dos Administradores...", 1997.

⁴⁷ DEUTSCH/ AHRENS, "Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen — Schadenersatz — Schmerzensgeld", 4., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, pp. 37-38; Helmut KOZIOL, "Rechtsmässiges Alternativverhalten — Auflockerung starrer Lösungsansätze", *in* Festschrift für Erwin DEUTSCH, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, pp. 179-187.

⁴⁸ Helmut KOZIOL, "Rechtsmässiges Alternativverhalten — Auflockerung Starrer Lösungsansätze", *Festschrift für Erwin Deutsch, Köln* (etc.), Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 187.

⁴⁹ Será o caso do consentimento escrito para a participação num ensaio clínico: al. j) do artigo 2.º da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril.

⁵⁰ O STJ, no Acórdão de 2 de junho de 2015 decidiu, muito corretamente, pela não aplicação deste instituto no caso *sub judice*. O Acórdão explica com clareza que: "O ónus da prova do consentimento hipotético (...) pertence ao médico e obedece aos seguintes requisitos: 1) que tenha sido fornecida ao paciente um mínimo de informação; 2) que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado a intervenção se tivesse sido devidamente informado; 3) que a intervenção fosse: i) medicamente indicada; ii) conduzisse a uma melhoria da saúde do paciente; iii) visasse afastar um perigo grave; 4) a recusa do paciente não fosse objetivamente irrazoável, de acordo com o critério do paciente concreto". Por isso, também no

- iv. pela omissão de *informações fundamentais* para que o doente se autodetermine⁵¹.
2. No caso de *violações leves* do dever de esclarecimento (omissão de formalidades secundárias ou não revelação de informações não essenciais), será de admitir esta defesa. “Desde que o médico alegue e prove que o doente teria consentido não haverá a conexão de ilicitude necessária para a responsabilidade civil”⁵².
 3. Levanta-se agora o problema de saber se o Tribunal deve lançar mão do critério do *paciente razoável* ou do *paciente concreto*. Um subjetivismo radical é, na prática, impossível de concretizar⁵³. Porém, perante valores como a liberdade, a integridade física e a saúde, devemos respeitar a idiosincrasia e as opções fundamentais de cada cidadão, pelo que, com as limitações reconhecidas, o critério do juízo deve ser o do *paciente concreto*.
 4. O ónus da prova deve impender sobre quem se pretende fazer valer de um “facto impeditivo do direito invocado” (artigo 342.º, n.º 2), ou seja, o médico. Como vimos, para o doente tratar-se-ia da prova de factos negativos. Por outro lado, porque podemos considerar as normas que exigem o esclarecimento (artigo 157.º do CP) como disposições legais de proteção e, deste modo, a doutrina entende haver uma inversão do ónus da prova⁵⁴.
 5. Em caso de fundada dúvida sobre se o paciente aceitaria a intervenção ou a recusaria, no direito português não tem de valer o princípio *tudo-ou-nada*, dada a fecundidade hermenêutico-prática do artigo 494.º. Assim, o juiz português poderá perante as circunstâncias do caso, *v.g.*, graves dúvidas de avaliação da prova produzida, o carácter *irrazoável* do juízo hipotético do paciente, o grau de culpa do médico, etc., atenuar a responsabilidade, procurando a justiça material no caso concreto⁵⁵. Para além do artigo 494.º, o fundamento

caso decidido, que consistia numa intervenção cirúrgica suscetível de causar riscos graves, como dores intensas e incapacidade para manter relações sexuais, andar e trabalhar, concluiu-se que a Autora, se soubesse dos riscos da mesma, *teria recusado o consentimento*, logo não se aplicou o instituto do consentimento hipotético e condenou-se o réu a pagar uma indemnização pelos danos patrimoniais e, sobretudo, não patrimoniais causados.

⁵¹ Cf. HELMUT KOZIOL, “Haftungspflichtrecht”, 1997, p. 278.

⁵² Nuno PINTO OLIVEIRA, “Ilicitude e Culpa”, p. 70.

⁵³ Quando se apela ao juiz para que faça um juízo sobre processos psicológicos de um agente jurídico, normalmente o direito civil lança mão de critérios objetivistas, como, por exemplo, o critério do *bonus pater familias* para aferição da culpa (artigo 487.º, n.º 2) ou do *declaratório normal* (artigo 236.º).

⁵⁴ Cf. SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, 1996, p. 150.

⁵⁵ Aceita-se assim o pensamento de Helmut Koziol, *Fest. Deutsch* (1999), p. 187 e, aparentemente, *de jure condendo*, de DEUTSCH/ AHRENS, DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen — Schadenersatz — Schmerzengeld*, 4., Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 38, “In einem solchen Fall sollte der Ersatzanspruch *ermässigt* werden.” Esta solução parece-nos preferível à solução da jurisprudência alemã do “*echte Entscheidungskonflikt*”, até

jurídico-positivo poderá encontrar-se numa interpretação ampla do artigo 566.º, n.º 3, e do artigo 570.⁵⁶⁶.

Todos estes artigos demonstram que o Direito civil português aceita que o juiz — em função das circunstâncias do caso decidendo e da complexidade dos fatores a tomar em consideração na avaliação do montante de indemnização — a possa reduzir ou limitar. Com efeito, o nosso direito não embarca na tese do *tudo-ou-nada*. Antes aceita uma mitigação e redução dos danos. Nesse sentido se deve ler o artigo 494.º, para o caso de mera culpa. Essa flexibilidade ou maleabilidade para fazer justiça no caso concreto está também patente no artigo 566.º, n.º 3, segundo o qual “o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”.

Donde, a dar-se por provado que se verifica um “incumprimento culposos”, o nexos de causalidade (e o nexos ou “*conexão de ilicitude*”), deve a indemnização ser concedida apenas na justa medida da contribuição do réu para o dano.

3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de março de 2018 (Maria da Graça Trigo): dever de informação e o critério do paciente concreto

No Acórdão do STJ de 22 de março de 2018 (Maria da Graça Trigo) estava em causa uma colonoscopia. Este exame de diagnóstico causou uma perfuração do intestino. Segundo os autos, trata-se de um risco conhecido e previsível e mais frequente em casos como os daquela doente concreta.

Afirma o STJ, em sumário, de forma cristalina:

“II — Tanto o direito nacional, como instrumentos internacionais, impõem, como condição da licitude de uma ingerência médica na integridade física dos pacientes, que estes consintam nessa ingerência e que esse consentimento seja prestado de forma esclarecida, isto é, estando cientes dos dados relevantes em função das circunstâncias do caso, entre os quais avulta a informação acerca dos riscos próprios de cada intervenção médica.

III — O consentimento do paciente prestado de forma genérica não preenche, só por si, as condições do consentimento devidamente informado, sendo,

porque tempera a também exigente carga probatória que impende sobre o médico, ademais se — como nós defendemos — se optar pelo critério do paciente concreto.

⁵⁶ MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil”, (4.ª Edição por A. MONTEIRO, PINTO e P. MOTA PINTO), Coimbra: Almedina, 2005, p. 217, afirma que “o consentimento do lesado, quando nulo ou ilegal, não faz perder ao acto violador do direito o seu carácter de ilicitude e consequentemente não isenta o autor deste da obrigação de indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Todavia, em muitos casos, será pertinente invocar o artigo 570.º (influência da culpa do lesado sobre o quantum da indemnização) para o efeito de reduzir ou mesmo excluir esta, mas sempre sem prejuízo, é óbvio, da responsabilidade criminal respetiva”.

além disso, necessário, em caso de repetição de intervenções, que tais esclarecimentos sejam actualizados, tendo em conta, designadamente, que os riscos se podem agravar com a passagem do tempo.

IV — Estando em causa a realização de um exame de colonoscopia, sem função curativa, do qual nasce uma obrigação de resultado (obtenção dos dados clínicos do exame), ocorrendo uma perfuração do colon do paciente, sem que esteja em discussão o cumprimento do dever primário de prestação do médico mas o cumprimento do dever acessório de, na realização do exame clínico, ser respeitada a integridade física daquele, duas construções dogmáticas podem ser perfilhadas:

(i) a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar a ilicitude, uma vez que uma lesão da integridade física do paciente, não exigida pelo cumprimento do contrato, implica a sua verificação (ilicitude do resultado), caso em que haverá que ponderar da exclusão da ilicitude pelo consentimento informado daquele quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia (cfr. artigo 340.º, n.º 1 CC);

(ii) incumbe ao paciente lesado provar a ilicitude da conduta do médico, isto é a falta de cumprimento do dever objectivo de diligência ou de cuidado, imposto pelas *leges artis*, dever que integra a necessidade de, no decurso da intervenção médica, tudo fazer para não afectar a integridade física daquele (ilicitude da conduta), caso em que, mesmo não se provando a violação desse dever, ainda assim, sempre se terá de averiguar se foi devidamente cumprido o dever de informar o paciente dos riscos inerentes à intervenção médica e se este os aceitou.

V — A circunstância de se ter provado que a A., paciente, antes da realização do exame feito pelo R. médico assinou um impresso do Hospital com o título «Consentimento Informado», contendo uma declaração em que afirma estar “perfeitamente informada e consciente dos riscos, complicações ou sequelas que possam surgir”, e ainda que conhecia os riscos inerentes à realização de um exame de colonoscopia, incluindo a possibilidade de perfuração, não é suficiente para preencher as exigências do consentimento devidamente informado uma vez que, no caso, sendo os riscos de perfuração superiores ao normal devido à idade e aos antecedentes clínicos da A., era imperativo que o R. fizesse prova de que a A. fora informada de tais riscos acrescidos.

VI — Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, a perfuração do colon, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral, e os danos ressarcíveis tanto são os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais.

VII — Por conseguinte, quer se siga a concepção da ilicitude do resultado quer a concepção da ilicitude da conduta, o R. médico e a respectiva seguradora encontram-se solidariamente obrigados a reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela A. com fundamento em falta de consentimento devidamente informado para a realização da colonoscopia⁵⁷.

⁵⁷ Quanto ao valor da indemnização, “entende-se serem inteiramente corretos os pressupostos e limites dentro dos quais se situou o juízo equitativo da Relação, fixando a indemnização

O STJ interpretou de forma rigorosa a doutrina do consentimento informado, uma vez que o Tribunal decidiu pelo critério do paciente concreto, ou seja, o médico deveria ter explicado os riscos concretos para esse paciente em particular: uma mulher, de idade avançada, submetida a uma operação anterior e com um risco muito maior de perfuração. Portanto, as informações gerais sobre possíveis riscos foram consideradas insuficientes, portanto, a intervenção médica não foi justificada pelo consentimento informado válido e, consequentemente, os riscos que se materializaram devem ser compensados pelo médico.

O STJ foi exigente e rigoroso, pois adotou a teoria da informação devida ao *paciente concreto*. Não basta uma informação adequada ao paciente normal, uma informação “genérica”; é imperativo que o médico dê a informação adequada à paciente concreta, que — neste caso — tinha uma probabilidade 30 a 50 vezes superior de perfuração do intestino. Há toda uma ordem de grandeza na diferença da decisão. Uma coisa é ter um risco de 1/1000 outra é ter um risco de 1/50.

Este é um caso de destaque nessa área e, naturalmente, levou a polémica na profissão médica. Os gastroenterologistas estão mudando drasticamente o consentimento informado que fornecem a seus pacientes, fornecendo informações muito mais detalhadas. Isso deve ser considerado uma evolução positiva da lei e da medicina. Os médicos deverão mudar comportamentos e passar a ser mais rigorosos, mais personalizados, no momento da prestação das informações. Este “*leading case*” veio contribuir para que a medicina de diagnósticos invasivos se apercebesse da necessidade de transmitir mais informação e de a adaptar ao paciente concreto. A função preventiva e modeladora dos comportamentos da responsabilidade civil foi, com esta decisão, cumprida.

2.4. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2019 (Acácio das Neves): responsabilidade civil por violação do dever de informação

Este Acórdão assume uma relevância especial, pois resulta de um recurso de revista excecional (previsto no n.º 3 do artigo 672.º do Código de Processo Civil), com base na al. c) do n.º 1 do mesmo artigo 672.º, ou seja, a existência de contradição entre Acórdãos no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito: a extensão/importância do conceito de consentimento informado nas situações em que não existe ilicitude na intervenção do médico.

No recurso alegava-se que só poderia haver responsabilidade por violação do consentimento informado se, simultaneamente, se provasse a existência de má prática médica, fazendo referência, para o efeito, a dois Acórdãos.

pelos danos não patrimoniais da A. no valor de € 28.000, conclusão que se afigura em linha com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, respeitando-se assim as exigências impostas pelo princípio da igualdade”.

Neste caso, que também se prende com a responsabilidade de um médico dentista por falta de informação das complicações previsíveis de um procedimento complexo de melhoria da aparência dental, o médico dentista terá garantido que “o tratamento seria simples e eficaz, capaz de garantir o resultado final pretendido e que não comportava qualquer tipo de risco”.

O paciente alegou que “passou a sofrer de problemas funcionais, esqueléticos, desvios mandibulares, reabsorção radicular, alteração de mordida, oclusão traumática e dificuldades na mastigação e que sofreu danos patrimoniais e não patrimoniais causados pela conduta do réu”.

O tribunal da primeira instância condenou o réu e a interveniente solidariamente a pagar à autora a quantia de € 12.500 a título de danos não patrimoniais e a quantia de € 22.500 a título de dano patrimonial futuro, ambas acrescidas de juros de mora à taxa de 4% a contar da data da sentença e até efetivo e integral pagamento, sendo o valor respeitante à interveniente deduzido da franquia estipulada no contrato de seguro. O Tribunal da Relação de Guimarães confirmou a decisão.

O STJ, nesta decisão em recurso de revista excecional, decide de forma firme e acertada que: “A responsabilidade civil emergente da realização de ato médico, ainda que se prove a inexistência de erro ou má prática medica, *pode radicar-se na violação do dever de informação do paciente relativamente aos riscos e aos danos eventualmente decorrentes da realização do ato médico*”.

Na sua fundamentação o STJ afirma que “a jurisprudência, e em particular a jurisprudência do STJ, na linha do entendimento seguido no acórdão recorrido, tem vindo a tomar posição clara no sentido da dupla sede de responsabilidade médica: baseada no erro médico (contratual) ou na violação do dever de informação ou seja, do consentimento informado” — entendimento que sufragamos por inteiro.