

CONSENTIMENTO INFORMADO

Acórdão da Relação de Lisboa de 2/03/2006

Processo nº 653/2005-6

GIL ROQUE (Relator), Arlindo Rocha e Carlos Valverde

Sumário:

IV- Não se tendo provado, nem sequer alegado que a Autora não foi informada das dores possíveis após a intervenção de que iria ser objecto, nem que o médico ou qualquer dos profissionais intervenientes não tenham seguido com o rigor normal, a sequência dos actos, segundo as exigências da “legis artis” existentes à data as intervenções cirúrgicas, não há ilicitude do acto.

V- Tendo os clínicos prestado as informações inerentes aos actos médicos a efectuar e obtido consentimento para a sua execução ser levada a efeito, “informação consentimento”, não se vislumbra o facto ilícito e por isso não há lugar a qualquer indemnização.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/6/2008

Processo: 4450/2008-2

Relator: EZAGUY MARTINS

Sumário:

I- Em matéria de acto médico só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico.

Excerto parcial do texto desta decisão:

«é no plano do dever de informação prévia do médico ao paciente que a doutrina tem sobretudo elaborado.

E, assim, consagrando inclusive o dever de resposta às questões colocadas pelo paciente.

Partindo-se da consideração de que a medicina, como é consabido, é uma actividade de risco.

E, por outro lado, de que, como refere André Gonçalves Dias Pereira,[In “*O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*”, Centro de Direito Biomédico, 11, “*Responsabilidade Civil dos Médicos*”, Coimbra Editora, 2005, págs. 436 (439-440) e seguintes] “afirmado que está o primado da dignidade humana, a impor um princípio de autodeterminação e do respeito pela integridade física e moral do paciente, só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo serão suportados pelo médico”.

Sendo que, na insuficiência de tal informação (*maxime* sobre os riscos) o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude.

Com a consequente responsabilidade do médico pelos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes da intervenção arbitrária.

Sem que, no entanto, é dito, se deva concluir automaticamente que, no caso de informação insuficiente, o médico deva responder por todas as consequências negativas da intervenção. “Isso seria transformar a responsabilidade por violação do consentimento informado numa forma, algo camuflada, de criar responsabilidade objectiva pelo dano iatrogénico. Ora tal opção...quando assumida em alguns ordenamentos jurídicos passou pelo crivo do legislador e importou uma decisão política estrutural...”.[André Gonçalves Dias Pereira, *Idem*, pág. 458, citando-se os casos da Nova Zelândia, Países escandinavos e, em certa medida, em França]

E de acordo com a teoria dos riscos significativos, quanto mais necessária for a intervenção, mais flexível pode ser a informação a propósito dos riscos.

Sem que, no entanto, encontremos na doutrina e jurisprudência nacionais uma resposta unívoca quanto à compreensividade de tal dever de informação.

Como quer que seja, sempre se imporá, que a sua omissão integre violação de dois bens jurídicos, a saber, a liberdade e a integridade física e psíquica, sendo que, estabelecido o nexo de causalidade, apenas os danos ocasionados que caíam no âmbito de protecção do dever de esclarecer merecem ser indemnizados [André Gonçalves Dias Pereira, *Idem*, pág. 496].

E sem prejuízo de, sendo leve a violação de dever de informar, ser de admitir a figura do consentimento hipotético, excludor ou limitativo da indemnização pelos danos resultantes da violação da integridade física e psíquica.[André Gonçalves Dias Pereira, *Idem*, pág. 497].

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25/06/2009

Processo nº 0806/08

PAIS BORGES (Relator), Madeira dos santos e Adérito Santos

Sumário:

II - O médico tem não só a obrigação de prestar ao doente os esclarecimentos imprescindíveis para que ele possa fazer uma avaliação sobre o seu estado de saúde e poder optar pelo consentimento informado na execução de uma terapêutica agressiva e de risco

elevado, mas também a de o informar sobre a não realização de uma intervenção que fora medicamente aconselhada, formalmente consentida em declaração própria legalmente prevista, analisada e programada pela equipa cirúrgica que vai proceder a uma cesariana à mesma doente e que foi confrontada com todos os elementos constantes do respectivo processo clínico, e que, ao invés do que era expectável, foi decidido não realizar por razões, tecnicamente irrefutáveis, de incerteza das condições de saúde da criança recém nascida.

III - E isto tendo em conta, essencialmente, os aludidos antecedentes obstétricos particularmente graves, conhecidos da equipa médica que ia efectuar a referida cirurgia, e que esta sabia poderem reaparecer com grave risco para a doente em caso de nova gravidez, pelo que se mostra extremamente censurável, depois do aparato criador de “toda a aparência” de que aquela intervenção tinha sido realizada, não ter a A. sido informada dessa não realização.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«2.1. No que concerne ao pressuposto “ilicitude”, importa desde logo sublinhar que o mesmo, tal como foi considerado na sentença sob recurso, se reconduz, não a uma acção ou facto positivo (decisão da equipa médica que realizou a cesariana de não proceder à esterilização da A. por laqueação das trompas de Falópio), mas sim a uma omissão ou facto negativo (ter o Serviço de Obstetrícia da Maternidade criado toda a aparência de que essa intervenção fora realizada, quando na realidade o não foi, e disso não tenha sido informada a A.).

Feita esta observação, diremos desde já que nos inclinamos para a efectiva existência de ilicitude por parte dos serviços do R., consubstanciada no encadeamento de diversas circunstâncias reportadas na matéria de facto fixada na sentença, e que conjugadamente conduziram à produção dos danos sofridos pela A.

Da referida matéria de facto resulta, designadamente dos n.ºs 2.22 a 2.25 e 1.3, que a médica Dra. C..., especialista de ginecologia/obstetrícia, aquando da realização da cesariana, procedeu ao exame e avaliação prévia do processo clínico da A. (resposta ao quesito 28º), tomando conhecimento do documento subscrito pela Autora – declaração de consentimento informado – junto como documento n.º 5, do qual se alcança a manifestação de vontade da Autora de se submeter à esterilização voluntária, bem como do facto de ter sido informada dos pressupostos enunciados no documento, entre os quais o conhecimento do «risco de falibilidade do método» (resposta aos quesitos 29º e 30º), bem como tomando conhecimento dos demais antecedentes obstétricos da Autora – uma outra cesariana, uma gestação ectópica e vários abortamentos (resposta ao quesito 31º e al. C) da Matéria Assente);

E resulta também da matéria de facto fixada, concretamente dos n.ºs 2.30 a 2.33, que a equipa cirúrgica que efectuou a cesariana decidiu não realizar a esterilização definitiva da Autora por laqueação das trompas com base na incerteza das boas condições de saúde da criança recém nascida, bem como os sempre presentes antecedentes obstétricos da Autora, designadamente a frequência das consultas na área da «Clínica de Insucesso Reprodutor» (resposta aos quesitos 38º e 39º);

Por fim, e decisivamente, resulta dos n.ºs 2.19 e 2.3 da matéria de facto que “O Serviço de Obstetrícia da Maternidade Júlio Dinis criou toda a aparência de ter realizado determinada intervenção cirúrgica (laqueação das trompas de Falópio) quando, na realidade, não o fez” (resposta ao quesito 25º), e que “A A. saiu dos Serviços da Maternidade tranquila no que concerne à possibilidade de voltar a engravidar” (resposta ao quesito 6º);

No que toca à resposta dada pelo Tribunal Colectivo ao quesito 25º, importa referir que a mesma foi mais completa do que a levada à matéria de facto, como se vê do acórdão de fls. 270 e segs. (Respostas à matéria controvertida), donde consta que a esse quesito foi respondido: “Provado que o Serviço de Obstetrícia da Maternidade Júlio Dinis criou toda a aparência de ter realizado determinada intervenção cirúrgica (laqueação das trompas de Falópio) quando, na realidade, não o fez, não tendo informado a A. desse facto”.

E quanto à motivação que presidiu à convicção do Tribunal, consta do mesmo acórdão o seguinte:

“(…)

Quanto à resposta ao facto 25º, a mesma deriva da análise dos elementos clínicos presentes nos autos e que mostram que a A., a conselho médico, decidiu-se pela realização da apontada laqueação, tendo subscrito a declaração que consta de fls. 17, tendo de presumir-se a normalidade, ou seja, que tal documento foi assinado de forma consciente, tendo-lhe sido prestada a informação que aí é apontada, sendo que tal declaração integrava o processo clínico que foi analisado pela médica que chefio a intervenção e que confirmou que se apercebeu da mesma, apontando depois as razões que levaram à decisão de não realizar tal procedimento, confirmando que não mais contactou com a doente, não lhe tendo sido prestada informação sobre tal facto, depoimento que foi confirmado nos seus elementos essenciais pela testemunha F..., médica que fez parte da equipa que realizou a cesariana, tendo ambas referido que estavam a fazer urgência, o que significa que, terminada a cirurgia, não voltaram a contactar com a A., nada constando dos elementos clínicos sobre a matéria, de modo que, em função do cotejo de todos os elementos de prova já descritos, resulta como natural a resposta ao facto 25º.

O depoimento das testemunhas C... e F... foi essencial na resposta positiva aos factos 26º a 41º, afigurando-se tais depoimentos totalmente credíveis quanto ao modo como se realizou a intervenção, desde a situação da equipa em apreço no dia da cirurgia, o modo como tal equipa foi escalada para a realização da cirurgia, a forma como a mesma foi preparada, com a análise pela testemunha C... do processo clínico onde se encontrava a declaração junta a fls. 17 e bem assim as circunstâncias que rodearam a realização da cesariana e depois a decisão de não proceder à laqueação...”

Perante a matéria de facto atrás descrita, cremos que a sentença decidiu bem quanto à verificação do requisito ilicitude, atendendo a que, na sequência dos graves antecedentes obstétricos da A., que constavam do seu processo clínico, e que foram conhecidos e analisados pela equipa médica que procedeu à cesariana, como testemunham duas das médicas que integraram essa equipa; que essa mesma equipa médica foi confrontada com a declaração de consentimento informado subscrita pela A., declarando aceitar a sua esterilização voluntária durante a intervenção de cesariana, tendo recebido previamente toda a informação médica sobre a realização de tal intervenção; que a decisão tomada pela equipa cirúrgica de não realização da esterilização teve por base a “incerteza das boas condições de saúde da criança recém nascida, bem como os sempre presentes antecedentes obstétricos da Autora”; e que o Serviço de Obstetrícia da Maternidade Júlio Dinis criou toda a aparência de ter realizado determinada intervenção cirúrgica (laqueação das trompas de Falópio) quando, na realidade, não o fez, sem que tenha informado a A. dessa não realização, consideramos que essa omissão de informação da A., conjugada com a criação, pelo Serviço de Obstetrícia do R., de toda a aparência de ela se ter realizado, é de molde a configurá-la como acto ilícito, enquanto acto material violador dos princípios gerais norteadores da prestação de assistência médica em instituições hospitalares, que devem facultar aos doentes “diagnósticos e tratamentos cientificamente correctos, dentro das disponibilidades materiais e de pessoal (art. 80º, nº 1 do DL nº 48.357, de 27.04.1968), ou, pelo menos, “as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração”, neste caso no exercício da actividade médica (art. 6º do DL nº 48.051, de 21.11.1967).

Contrariamente ao que sustenta o recorrente na sua alegação, o médico, maxime o cirurgião, tem não só a obrigação de prestar ao doente os esclarecimentos imprescindíveis para que ele possa fazer uma avaliação sobre o seu estado de saúde e poder optar pelo consentimento informado na execução de uma terapêutica agressiva e de risco elevado, mas também a de o informar sobre a não realização de uma intervenção que fora medicamente aconselhada, formalmente consentida em declaração própria legalmente prevista, analisada e programada pela equipa cirúrgica que vai proceder a uma cesariana à mesma doente e que foi confrontada com todos os elementos constantes do respectivo processo clínico, e que, ao invés do que era expectável, foi decidido não realizar por razões, tecnicamente irrefutáveis, de incerteza das condições de saúde da criança recém nascida.

E isto tendo em conta, essencialmente, os aludidos antecedentes obstétricos particularmente graves, conhecidos da equipa médica que ia efectuar a referida cirurgia, e que esta sabia poderem reaparecer com grave risco para a doente em caso de nova gravidez, pelo que se mostra extremamente censurável, depois do aparato criador de “toda a aparência” de que aquela intervenção tinha sido realizada, não ter a A. sido informada dessa não realização.

É evidente que uma mulher a quem foi transmitida a convicção de ter sido esterilizada fica mais descansada e muito menos atenta à possibilidade (para ela irreal) de uma nova gravidez.

Não está pois em causa o (inconcebível) dever de informação de todos os actos médicos não realizados, reclamação que seria absolutamente descabida e inoportuna, mas sim do que não foi realizado e que tudo apontava para que o fosse, com específicas e graves implicações eventualmente resultantes, para a doente, do desconhecimento dessa não realização.

Acompanha-se assim a sentença recorrida quando afirma:

“(…)

Efectivamente, a equipa cirúrgica sabia qual era a pretensão da A. e, mais do que isso, teve de fazer um juízo difícil nas circunstâncias descritas sobre a matéria em apreço, o que significa que era elementar que a situação em causa, pelo seu melindre, tivesse sido descrita no processo clínico e, mais do que isso, tivesse sido depois devidamente explicada à A., não podendo acolher-se a tentativa de transferência de responsabilidades que a R. tenta fazer para a A. sobre a busca de informação sobre a matéria, sendo que não deixa de ser curiosa a análise da R. neste ponto, na medida em que nada lhe competia informar sobre o que não se passou, mas já a A. deveria ter perguntado, num domínio em que não existe qualquer dúvida sobre quem tinha o domínio do facto.”

A actuação do R., diluída na prestação pessoal e funcional dos seus agentes, afigura-se pois lesiva dos direitos da A., sendo passível de censura por inadequada e imprevidente omissão do dever de informação da não realização da citada cirurgia de esterilização, em manifesta violação dos princípios gerais norteadores da prestação de assistência médica em instituições hospitalares, que devem facultar aos doentes “diagnósticos e tratamentos cientificamente correctos, dentro das disponibilidades materiais e de pessoal (art. 80º, nº 1 do DL nº 48.357, de 27.04.1968), ou, pelo menos, “das regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração”, neste caso no exercício da actividade médica (art. 6º do DL nº 48.051, de 21.11.1967).

Ou, como refere a sentença, “por não se ter usado a diligência que um agente ou funcionário normal e típico não deixaria de ter adoptado, por forma a assegurar o cumprimento efectivo de tal dever em ordem a salvaguardar o direito da A.”.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/3/2010

Processo nº 301/06.4TVPRT.P1.S1

Relator: PIRES DA ROSA

Sumário :

II - O consentimento só é valido se for livre e esclarecido, isto é, se forem fornecidos ao doente todos os elementos que determinaram a consentir na intervenção médica que contratou.

III - Tendo a autora escolhido livremente a clínica ré, estamos num domínio inteiramente privado, sendo que esta livre escolha induz uma tácita aceitação da orientação médica que na clínica receba: isto é, alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma «informação menos informada», predispondo-se a

aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos, com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

IV - Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse seu ónus se acaso a doente provasse por si própria que outros caminhos havia, possíveis ou mais adequados, de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre poderia ser o mesmo, ou que outros especiais riscos podia correr.

V - Não tendo a autora feito prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiui, para o tratamento intervenção, não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas diferentes possibilidades.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Os FACTOS são o que são, ou seja, são aqueles que as instâncias fixaram, maxime que o acórdão recorrido fixou e que, por comodidade de raciocínio, aqui transcrevemos por importação informática:

a) Em finais de Junho de 2003, a Autora começou a notar que a sua visão era desfocada, motivo pelo qual marcou, para o dia 02/07/2003, uma consulta na Clínica Ré, onde prestam serviços, como médicos oftalmologistas, os Réus BB e CC e a chamada DD, tendo, nesse dia, sido informada que possuía uma lesão no olho esquerdo, pelo que teria de realizar um exame denominado «angiografia f1uorsceínica».- al. A) e resp. quesitos 1º, 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst. ;

b) Nessa consulta, a Autora foi atendida pela Chamada DD, que foi quem lhe prestou a informação aludida na al. a) e prescreveu a realização do exame aí mencionado. - -resp. quesitos 2º, 32º, 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst.;

c) O exame de « angiografia f1uorsceínica » foi realizado no dia 08/07/2003, nas instalações da Clínica Ré, por uma técnica especializada, DrªEE, e o resultado desse exame foi observado pela Ré BB. - al. B) ;

d) Na altura do exame referido na al. c), a Autora suspeitava que estava grávida, nada lhe tendo sido perguntado sobre se estava grávida. - resp. quesitos 3º e 47º da b. inst.;

e) Após a realização desse exame, a Autora foi informada que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com o uso de laser, denominada «fotocoagulação laser», terapêutica essa que foi levada a efeito acto contínuo. - al. C) e resp. quesitos 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst.;

f) A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção. - al. D) e resp. quesitos 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst. ;

g) A informação aludida na al. e) foi prestada à Autora pela Chamada DD, que efectuou o tratamento aí referido, tendo informado, antes, a Autora da gravidade da lesão aí mencionada - resp. quesitos 5º, 32º, 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst.;

h) Não foi solicitado à Autora que assinasse termo de consentimento para a realização do referido tratamento. - al. E) ;

i) A Autora realizou, então, o tratamento de fotocoagulação a laser focal no olho esquerdo, com vista a corrigir o problema de que nele padecia e que se tratava de cicatriz coriorretiniana supra nasal à mácula, com

discreta difusão de corante na angiografia fluorceínica supra nasal à mácula e astigmatismo miópico composto. - al. F) ;

j) No dia da consulta mencionada na al. a), em 02/07/2003, a acuidade visual do olho esquerdo da Autora era, com correcção, de 9/10, e, em 08/07/2003, antes da intervenção aludida na al. i), realizada nesse mesmo dia, a acuidade visual do olho esquerdo da Autora, com correcção, era de 8/10. - resp. Quesitos 9º e 43º da b. inst. ;

k) Após o tratamento mencionado na al. i), a Autora queixava-se de uma visão desfocada e distorcida. - resp. quesito 6º da b. inst. ;

l) Posteriormente, a Autora foi observada na Clínica Ré pelo Réu CC, que procedeu a novo tratamento com raios laser no olho esquerdo, sem que lhe tenha sido solicitado que assinasse qualquer termo de consentimento para a realização do mesmo e sem que lhe tenham sido cobrados quaisquer honorários. - al. G) ;

m) Aquela observação da Autora foi efectuada pelo Réu CC no dia 30/07/2003 - data em que a acuidade visual do olho esquerdo da Autora era, com correcção, de 10/10 ? -, o qual lhe marcou consulta para o dia 06/08/2003 - data em que essa acuidade visual, com correcção, era de 10/10 ?. -, sendo que, apresentando a Autora uma pequena baixa de visão do olho esquerdo, aquele Réu a informou que, pelo facto de a lesão de que a Autora padecia estar em evolução, teria de proceder, com urgência, àquele tratamento mencionado na al. l), que efectuou nesse mesmo dia 06/08/2003, com a concordância dela. - resp. quesitos 7º, 33º, 35º, 36º, 38º, 39º, 40º, 41º e 42º da b. inst.;

n) Na consulta de 30/07/2003, apresentando o olho esquerdo da Autora edema retiniano junto a foco de coriorretinite, foi-lhe receitada «Edolfene, colírio, 6 vezes por dia». - resp. quesito 34º da b. inst. ;

o) No momento do tratamento mencionado na al. l), o Réu CC tinha conhecimento que a Autora suspeitava estar grávida, por esta última lho ter referido, não tendo colocado, no entanto, qualquer entrave à realização do mesmo. - resp. quesito 18º da b. inst. ;

p) O tratamento aludido na al. i) permitiu manter estabilizada a lesão no olho esquerdo da Autora durante um mês. - resp. quesito 37º da b. inst. ;

q) Após a intervenção com laser mencionada na al. i), a Autora possuía, em 30/07/2003, uma acuidade visual do olho esquerdo, com correcção, de 10/10 ?, a qual, em 06/08/2008, era de 10/10?, e, após a intervenção com laser aludida na al. l), possuía, em 22/10/2003 - data em que teve lugar a última consulta na Clínica Ré -, uma acuidade visual do olho esquerdo, com correcção, de 4/10, sendo que, aquando do exame pericial aqui realizado, essa acuidade visual do olho esquerdo da Autora era de 2/10 ?, o que significa que houve uma perda da acuidade visual desse olho, com correcção, de 70% em relação à acuidade visual na data da consulta referida na al. a), padecendo a Autora, no total, de uma deficiência de visão no olho esquerdo de cerca de 90%, o que acarreta uma incapacidade permanente geral e visão distorcida e desfocada. - resp. quesitos 10º, 11º, 44º e 45º da b. inst.;

r) Posteriormente aos tratamentos aludidos nas als. i) e l), a Autora foi submetida a três consultas na Clínica Ré, sendo que, na última, realizada em 22/10/2003, foi-lhe referido que, em caso de insucesso de tais tratamentos ou de agravamento da lesão, um dos tratamentos adequados seria a aplicação de uma injeção de corticosteróide. - resp. quesito 12º da b. inst. ;

s) O tipo de intervenção laser a que a Autora foi submetida actua provocando a queimadura da retina, sendo certo que a lesão de que a Autora padecia no olho esquerdo se encontrava fora da «zona proibida» para aplicação do laser e que, atenta a distância dessa lesão à mácula, não era previsível o atingimento desta. - resp. quesitos 15º e 16º da b. inst.;

t) A lesão no olho esquerdo da Autora não era de evolução previsível, tendo, sempre, um prognóstico reservado. - resp. quesitos 42º e 46º da b. inst. ;

u) A Autora é inspectora tributária, profissão exigente ao nível da visão, que implica a análise e estudo diário de documentos, relatórios e contas, bem como o uso frequente do computador. - resp. quesito 22º da b. inst.;

v) No exercício da sua actividade, a Autora conduz com regularidade. - resp. quesito 23º da b. inst.;

w) A incapacidade visual de que a Autora padece, resultante de possuir uma acuidade visual do olho esquerdo, com correcção, de 2/10 ?, implica que a mesma tenha mais dificuldade em exercer as suas funções profissionais, sentindo-se limitada no exercício da sua profissão e ficando cansada e desgastada com mais facilidade e provocando-lhe um maior esforço do olho direito. - resp. quesitos 24º e 25º da b.inst.;

x) A Autora padece de miopia no olho direito e usa uma lente de contacto nesse olho. - al. H) e resp. quesito 26º da b. inst. ;

y) No caso de essa lente de contacto cair durante a condução, a acuidade visual da Autora fica reduzida à do olho esquerdo, obrigando esta a imobilizar o veículo. - resp. quesito 27º da b. inst.;

z) A acuidade visual, com correcção, de 2/10 ? que a Autora possui, actualmente, do olho esquerdo, limita-a na sua vida pessoal, causando-lhe tristeza, sofrimento, desgosto e quebra de auto-estima, vivendo a mesma momentos de pânico, por temer ficar cega. - resp. quesito 28º da b. inst.;

aa) A Autora tem frequentes crises de choro e de ansiedade sempre que pensa que corre sérios riscos de ficar cega. - resp. quesito 29º da b. inst.;

bb) A situação clínica do olho esquerdo da Autora pode vir a agravar-se com a idade, o que lhe causa medo e ansiedade. - resp. quesito 31º da b. inst.;

cc) A Autora nasceu em 15/07/71. - al. I).

(...)

De qualquer modo – e porque se pode entender que, ao menos como instrumental ou residual, a questão vem conhecida pela Relação, no acórdão recorrido – perguntar-se-á: consentiu (ou não) a autora no tratamento que lhe foi prestado na Clínica Oftalmológica ...-..., S.A.?

E, se consentiu, fê-lo (ou não) informadamente? Porque o consentimento só é válido, só pode julgar-se como validamente expresso, se for livre e esclarecido, logo se for informado. Se forem fornecidos ao doente – se foram fornecidos à autora – todos os elementos que a determinaram a consentir na intervenção médica que contratou com a Clínica ré e os seus médicos.

Não é despidendo pensar, desde logo, que estamos num domínio inteiramente privado, em que a autora escolhe livremente a Clínica ré porque confia na qualidade dos seus médicos e dos seus serviços.

E esta livre escolha da autora induz, desde logo, uma tácita aceitação da orientação médica que na Clínica receba.

Alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada porque confia nele, exigirá dele uma informação menos informada, passe o pleonismo, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.

Ora bem:

a autora marcou, para o dia 02/07/2003, uma consulta na Clínica ré, onde foi atendida pela chamada Drª DD,

tendo, nesse dia, sido informada que possuía uma lesão no olho esquerdo, pelo que teria que realizar um exame denominado “angiografia fluoresceínica”,

exame esse que foi realizado no dia 08/07/2003, e cujo resultado foi observado pela ré Drª BB,

com a autora a ser informada pela chamada Drª DD da gravidade da lesão e de que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com uso de laser, denominada “fotocoagulação laser”, terapêutica que foi levada a efeito acto contínuo por essa mesma Drª DD.

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Informada, então, da existência da lesão no olho esquerdo, a autora aceitou fazer o exame necessário à determinação rigorosa dessa mesma lesão, para definição do caminho médico a seguir perante ela.

E esta é, em nosso entender, informação suficiente para o doente que nos escolhe a menos que o exame tenha, em si mesmo, um especial risco, que justifique uma especial prevenção.

Assim mesmo o pretendia a autora porque – alegou – se encontrava grávida de algumas semanas « e o referido exame não é realizável em mulheres grávidas ».

Mas isso foi exactamente o que se não provou - a Autora suspeitava | apenas | que estava grávida, nada lhe tendo sido perguntado sobre se estava grávida e não se provou – resposta negativa ao ponto 4º da base instrutória – que este exame não é realizável em mulheres grávidas.

Não se provando o acrescido risco do exame, fica de fora do ónus da ré, dos réus, o acrescido dever de informar sobre um tal risco.

O exame confirmou a gravidade da lesão e a Autora foi informada | disso mesmo e de | que o tratamento adequado para a cicatrização da lesão de que padecia seria uma pequena intervenção com o uso de laser, denominada «fotocoagulação laser».

A Autora questionou a possível existência de riscos de tal intervenção, tendo a Ré BB referido que tal intervenção com o uso de laser não importava quaisquer riscos, sendo que, ao invés, a Autora correria riscos sérios e graves se não fosse feita tal intervenção.

Só depois, acto contínuo, essa terapêutica que foi levada a efeito.

Se a autora escolheu o seu médico, a sua clínica, é impensável aceitar a hipótese de não consentir no caminho terapêutico seguido.

Pois se por um lado temos a ausência de quaisquer riscos do tratamento e por outro temos riscos sérios e graves se a intervenção não fosse efectuada, qualquer razoável doente que previamente escolheu o seu médico – transportando nessa escolha, naturalmente, um capital de confiança – consentiria na realização do exame.

A menos que a intervenção a laser comportasse algum especial risco (contra aquilo que foi afirmado pelo médico), porque então sobre este incidiria o ónus da prova da informação à autora desse especial risco.

(Mas o que provou não foi isso. Foi que a lesão de que a Autora padecia no olho esquerdo se encontrava fora da «zona proibida» para aplicação do laser e que, atenta a distância dessa lesão à mácula, não era previsível o atingimento desta).

Ou que houvesse outros caminhos de intervenção/tratamento que à autora pudessem ter sido dados a conhecer, eventualmente mais adequados ou com melhores resultados previsíveis;

Ou que fosse perfeitamente indiferente, em termos de evolução da doença ou da sua regressão ou atalhar, fazer ou não fazer a fotocoagulação a laser.

Aí sim, sobre o médico – que não sobre o doente – incidiria o ónus de provar a informação necessária ao consentimento livre e esclarecido.

Mas não.

O que se provou foi apenas que a lesão no olho esquerdo da Autora não era de evolução previsível, tendo, sempre, um prognóstico reservado.

Em conclusão: perante a gravidade de uma lesão cujo tratamento adequado seria a fotocoagulação a laser, a autora teve da parte do médico que escolheu a informação necessária ao consentimento livre (e esclarecido) que prestou – a lesão era grave e séria, de prognóstico reservado, exigindo uma intervenção imediata como forma mais adequada de atalhar a progressão da doença.

E, de facto, o método interventivo sugerido era o adequado naquelas circunstâncias, não correndo a autora (previsivelmente) riscos porquanto a lesão se encontrava fora da zona proibida de aplicação do laser.

Nas circunstâncias concretas provadas o médico cumpriu o seu dever de informar - a intervenção era a adequada, sem riscos, e bem mais grave do que fazer a intervenção era o não fazer nada, deixando a doença evoluir por si.

Na distribuição das regras do ónus da prova entre o doente e o médico, no que ao dever de informar diz respeito, o médico veria naturalmente acrescido esse ónus se acaso a doente provasse por si própria – ónus seu – que outros caminhos havia possíveis ou mais adequados de tratamento/intervenção, ou que com ou sem intervenção/tratamento o resultado sempre proderia ser o mesmo – ou seja, que o não tratamento era potencialmente tão “eficaz” como o tratamento.

Ou que outros especiais riscos podia correr.

Mas a autora não fez prova, como pretendia, de que “os tratamentos a laser são desaconselhados em mulheres grávidas, atento o risco que acarretam para o feto” – resposta negativa ao ponto 19º da base instrutória.

Não tendo a autora feito a prova de um concreto acréscimo de possibilidades perante a sua lesão que pudesse formar-lhe diferentemente o consentimento, que exprimiu, para o tratamento/intervenção – o que era ónus seu – não nasceu para os réus o dever acrescido de informação sobre todas essas e diferentes possibilidades – informação que seria ónus deles, dos médicos.

A informação fornecida – nos termos provados – foi, em concreto, a informação necessária, cumprindo os réus o ónus de informar.

Oralmente, é certo, mas o consentimento, a menos que a lei expressamente diga o contrário, pode ser prestado por qualquer forma – não necessita de ter a forma escrita.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 10/10/2013

Processo nº 3163/07.0TBAMD.L1-2

MARIA JOSÉ MOURO (Relatora), Teresa Albuquerque e Isabel Canadas

Sumário:

I - A obrigação médica para além do dever principal - maioritariamente classificada como tratando-se de uma obrigação de meios - inclui deveres acessórios, entre os quais o de esclarecer o doente e de obter o seu consentimento, sendo que o desrespeito de qualquer destes deveres constitui o médico em responsabilidade civil.

II - O fim principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, conhecendo os custos e consequências, sendo que quando o médico não cumpriu devidamente o seu dever de esclarecimento o consentimento deve considerar-se, em regra, inválido.

III - Compete ao médico provar que prestou as informações devidas; o ónus da prova do consentimento cabe ao médico.

Acórdão da Relação do Porto de 1/04/2014¹

Processo nº 3925/07.9TVPRT.P1

RUI MOREIRA (Relator), Henrique Araújo e Fernando Samões

Sumário:

VII - É inequívoco o direito de cada indivíduo à sua integridade física, a qual haverá de ser atingida no caso de uma intervenção cirúrgica a que ele deva ser submetido. Tal direito compreende o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, em termos segundo os quais a prática de actos médicos ou cirúrgicos sobre uma pessoa deve ser decidida (consentida) por esta, mas em circunstâncias tais que esteja devidamente habilitada a tomar a correspondente decisão. Exige-se, assim, um recorrentemente designado "consentimento informado".

VIII- O consentimento informado deve compreender esclarecimento sobre diagnóstico e estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento proposto, consequências secundárias do tratamento proposto, riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial riscos frequentes e riscos graves, alternativas ao tratamento proposto, seus riscos e consequências secundárias, aspectos económicos do tratamento.

IX - No que toca a riscos, a obrigação de informação deve estender-se àqueles que são normais e previsíveis, designadamente por reporte a um conceito referencial de riscos "significativos" (significativos em razão da necessidade terapêutica da intervenção, em razão da sua frequência, em razão da sua gravidade, em razão do comportamento do paciente

X - Conformando-se o consentimento informado como a causa habilitante à prática de actos que, sem ele, constituiriam uma ofensa ao direito de personalidade do destinatário, o consentimento aparece como uma causa de exclusão da ilicitude. Como tal, constituindo facto impeditivo do direito invocado, a sua prova - quer do consentimento, quer da informação - compete àquele contra quem a invocação é feita, nos termos gerais do art. 342º, nº 2 do Código Civil.

XI - Esse ónus não é ilimitado e terá como fronteira, desde logo, a não imposição de uma prova diabólica, de factos negativos. Assim, não poderá deixar de ser o doente/lesado a alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos previsíveis, razoáveis e significativos que lhe deviam ter sido transmitidos. Subsequentemente, sendo caso disso, é que o médico/prestador dos cuidados de saúde terá de demonstrar ter satisfeito a sua

¹ Este aresto foi **confirmado**, em via de recurso, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/10/2014, cujo sumário e texto integral constam da presente resenha jurisprudencial: cfr. *infra*.

obrigação relativamente ao esclarecimento do doente sobre esse risco, sob pena de irrelevância do consentimento obtido, por não informado.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«O autor/apelante invocou, para além desse, um outro fundamento para a sua pretensão de responsabilização dos RR. pelos danos que actualmente apresenta e que são consequentes à cirurgia em questão, isto é, sempre com salvaguarda da responsabilidade já atribuída quanto á indemnização dos danos que advieram do sinistro laboral. Dedicou-lhe, aliás, parte significativa do recurso, sob um capítulo autonomizado sob o título "Quanto ao Consentimento Informado".

Os vectores essenciais da sua argumentação são os seguintes:

- A intervenção cirúrgica a que foi sujeito exigia o seu prévio consentimento livre e esclarecido.
- A informação é condição da autodeterminação do doente na prestação do seu consentimento.
- O ónus da prova do cumprimento da obrigação de esclarecimento recai sobre o médico.
- Há nexo de causalidade entre o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação de esclarecimento e o dano que se traduza na concretização de um risco ou efeito adverso da intervenção cirúrgica quando é grave aquele incumprimento ou cumprimento defeituoso, gravidade essa traduzida na inexistência de consentimento ou na omissão de informações fundamentais para que o doente decida, devendo presumir-se que o doente não consentiria na intervenção se tivesse as informações devidas.
- A ausência ou a ineficácia de um consentimento tornam a intervenção num acto lesivo e não consentido da integridade física.

É esta a matéria a tratar de seguida e à qual se referem as questões assinaladas no objecto do recurso sob os nºs 7º 8º e 13º, importando recuperar, neste âmbito, a impugnação das respostas dadas aos quesitos 23º, 9º, 10º e 31º.

No respeitante ao quesito 23º, já se considerou suficiente a resposta proferida, por remissão para o teor dos documentos de fls. 77 e 78.

Os quesitos 9º e 10º, que foram respondidos negativamente, têm o seguinte teor:

9º - Não obstante, previamente à intervenção cirúrgica, não foi explicado ao A., pelo corpo clínico do Hospital da 2ª Ré, a que tipo de intervenção cirúrgica iam submetê-lo, quais as probabilidades de sucesso da mesma e quais os riscos ou grau de risco inerentes ao acto operatório?

10º - O A. não prestou o seu consentimento para a cirurgia, muito menos esse consentimento foi informado?

O quesito 31º refere-se a uma intervenção ulterior, de manipulação sob anestesia, não tendo sido desse acto que resultaram os danos em questão, como bem esclareceu a resposta que lhe foi dada pelo tribunal, descrita supra sob o ponto 37 da matéria provada. A menção, no quesito, ao consentimento do autor não poderia referir-se ao consentimento para a cirurgia ocorrida meses antes. Esse consentimento, alegadamente traduzido no documento de fls. 78 (igual ao de fls. 77, mas dirigido ao acto de simples manipulação e observação sob anestesia praticado em 2/11/2005) é ulterior à cirurgia de que provieram as lesões invocadas pelo autor. Daí a irrelevância dessa factualidade para a discussão desta matéria, maxime para o teor dos quesitos 9º e 10º, esses sim respeitantes à cirurgia a propósito da qual foi produzido o documento de fls. 77.

Constata-se, assim, que a matéria referente ao consentimento do autor para a intervenção cirúrgica a que foi sujeito coincide por um lado com a conclusão extraída pelo tribunal a partir da sua subscrição do documento junto a fls. 77; por outro lado e em coerência com isso, com a negação da matéria quesitada sob os arts. 9º e 10º da base instrutória.

Deverá, pois, analisar-se antes de mais o referido documento.

Tal como resulta da sua imagem, que se transpôs para este acórdão, o mesmo, designado por "CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA ACTOS MÉDICOS" compreende 4 elementos essenciais:

- o primeiro, aparentemente constituído por uma etiqueta aposta no próprio documento, respeita à identificação do doente, à causa do contacto (acidente de trabalho), à identificação da seguradora, e terá sido emitido em 15/3/2005, tudo indicando ser essa a data do início do atendimento que culminou na intervenção em causa, nos D....

- o segundo composto pela identificação dos procedimentos médicos ou cirúrgicos a realizar, seguido de um texto pré-elaborado e por uma declaração pré-escrita nos termos da qual o médico subscritor afirma ter explicado "de forma adequada e inteligível" toda uma série de factos aí descritos, incluindo "riscos e complicações e as alternativas possíveis à situação clínica", seguido da assinatura do réu Dr. F..., com data de 22/4/2005.

- o terceiro, constituído pela declaração subscrita pelo autor, constando da sua concordância com o que lhe foi proposto e explicado pelo médico subscritor da declaração anterior, e a autorização para a realização dos actos médicos/cirúrgicos indicados, sem data.

- o quarto, designado por "Observações, onde consta a data de 5/05, sem significado aparentemente relevante.

É a seguinte, a imagem desse documento:

.....
.....
.....

Face à ausência de qualquer outro meio de prova sobre a matéria, foi nesta intervenção do autor sobre esse documento que se traduziu a emissão do seu "consentimento informado". Aliás, a própria apelada C..., nas suas contra-alegações, vem afirmar não se conceber que, antes da cirurgia, o médico não explicasse e o doente não fizesse perguntas, prosseguindo: "Ainda que não se conheça nem tenha sido produzida prova quanto às concretas questões abordadas, o certo é que as ouve".

Já os restantes RR e interveniente aludem ao depoimento do Dr. G... como referindo essa matéria, mas sem que tenham apontado qualquer parte do seu discurso de onde isso resulte (que não se evidenciou na audição do registo do seu depoimento).

Temos, em suma, que o documento supra descrito é o único meio de prova a ter em conta.

Nessa tarefa, para aferir da validade desse documento como meio apto a anunciar um "consentimento livre e esclarecido para actos médicos", devemos descortinar, antes de mais, qual o conteúdo e utilidade deste conceito.

É por demais evidente o direito de cada indivíduo à sua integridade física, a qual, numa situação como a constante dos autos, sempre haveria de ser atingida pela intervenção cirúrgica que se anunciava como adequada para a superação da lesão que adviera ao autor do acidente de trabalho de que fora vítima. Esse direito surge tutelado constitucionalmente pelo art. 25º da CRP e, na lei geral, pelo art. 70º nº 1 do Código Civil, em termos que não se revestem, para o caso sub judice, de qualquer controvérsia.

Tal direito, relativamente ao acto médico, compreende "o dever do médico de não praticar actos clínicos sobre uma certa pessoa (e) nasce e existe antes de qualquer contacto individual com o doente concreto, antes de esboçada qualquer relação contratual" (Cfr. Guilherme de Oliveira, Temas do Direito da Medicina, Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado, Coimbra, 2005, pág. 63).

Esse mesmo direito pressupõe, noutra perspectiva e ainda como reverso desse dever do médico, o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde[3], em termos segundo os quais a prática de actos médicos ou cirúrgicos sobre uma pessoa deve ser decidida (consentida) por esta, mas em circunstâncias tais que esteja devidamente habilitada a tomar a correspondente decisão. Exige-se, assim, um recorrentemente designado

"consentimento informado" que, no texto proposto pelo R. D... surge como "consentimento livre e esclarecido para actos médicos".

A Convenção de Oviedo (Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, ratificada por Portugal (Diário da República, I Série, de 3 de Janeiro de 2001) estabelece sobre esta matéria, no respectivo art. 5º (Consentimento-Regra geral)

"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."

Estes princípios fundamentais vêm sendo reflectidos em diversas disposições normativas, designadamente na Lei de Bases da Saúde, onde se prevê o direito dos utentes á informação sobre o seu estado, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado, e no Código Deontológico da Ordem dos Médicos.[4]

Por outro lado, é fundamental a definição constante do art. 157º do Código Penal: Artigo 157.º (Dever de esclarecimento): "Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica."

Dada a proliferação de normas sobre o conteúdo do consentimento informado, e acolhendo o entendimento proposto por André Dias Pereira (ob cit), entendemos que ele deve compreender esclarecimento sobre diagnóstico e estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento proposto, consequências secundárias do tratamento proposto, riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial riscos frequentes e riscos graves, alternativas ao tratamento proposto, seus riscos e consequências secundárias, aspectos económicos do tratamento.

Aceite este conteúdo, nem por isso se resolvem todos os problemas inerentes ao consentimento, já que sempre terá de se verificar, em concreto, a densidade da informação a prestar, o que se torna particularmente difícil quanto ao elemento dos riscos do tratamento proposto. É a este propósito que cumpre assegurar o equilíbrio entre o dever de informar e a protecção da autonomia do paciente. Como refere André Dias Pereira (ob cit) "a hipertrofia do direito à informação está a criar um fenómeno de medicina defensiva, de burocratização da relação médico-paciente, de alguma desconfiança ou mesmo crispação entre médicos e pacientes (...)", que tudo são efeitos adversos essencialmente para a relação médico-terapêutica.

Assim, e ainda no que toca a riscos, a obrigação de informação deve estender-se àqueles que são normais e previsíveis, designadamente por reporte a um conceito referencial de riscos "significativos" (significativos em razão da necessidade terapêutica da intervenção, em razão da sua frequência, em razão da sua gravidade, em razão do comportamento do paciente[5]).

Menos polémica é a questão do ónus da prova quanto ao cumprimento do dever de informação. Conformando-se o consentimento informado como a causa habilitante à prática de actos que, sem ele, constituiriam uma ofensa ao direito de personalidade do destinatário, o consentimento aparece como uma causa de exclusão da ilicitude. Como tal, constituindo facto impeditivo do direito invocado, a sua prova - quer do consentimento, quer da informação - compete àquele contra quem a invocação é feita, nos termos gerais do art. 342º, nº 2 do Código Civil.

De tratamento mais difícil, pode surgir a questão do nexo de causalidade entre a falta de informação e o dano, a propósito do que deve admitir-se a tese do comportamento lícito alternativo, isto é, a exoneração da responsabilidade mediante a conclusão de que se todas as informações tivessem sido prestadas, mesmo assim o consentimento teria sido declarado.

Vistos sumariamente os elementos a conjugar na tarefa que nos ocupa, importa agora subsumir-lhes o caso dos autos.

O apelante afirma que não teria consentido nas intervenções cirúrgicas caso lhe tivessem sido prestadas todas as informações, o que é de presumir face à gravidade das sequelas que apresenta.

Como se referiu supra, é líquido que impende sobre os RR. o ónus de provar que o autor autorizou, mediante prévia e competente informação, a intervenção cirúrgica a que foi sujeito.

O documento de fls. 77 (e para efeitos de ulterior manipulação sob anestesia, também o de fls. 78) é apto a demonstrar, pelo menos, que ao doente, ora apelante, foi explicado pelo Dr. F... o tipo de lesão que o afectava e que, por via da intervenção cirúrgica, os RR. se propunham reverter.

Com efeito, não obstante a especulação recursiva sobre a subscrição, pelo autor, do documento em 15/3/2005, isto é na própria data em que foi emitida a etiqueta nele aposta, nenhum meio de prova complementar à análise do próprio documento permite sustentar tal especulação. É que de igual forma se pode ponderar uma realidade frequente, que é a disponibilidade, num dossier clínico, de uma folha de etiquetas, que vão sendo apostas em sucessivos documentos ou elementos, conforme estes vão sendo aditados ao dossier e elas vão sendo necessárias. Esta hipótese é, no entanto, tão infundada como a suscitada pelo autor. Assim, não podemos deixar de ater-nos ao que o documento revela em si mesmo: a data da sua elaboração, por dois declarantes, em 22/04/2005.

Por outro lado, e no que respeita ao dever de informação como condição de realização do direito à autonomia da decisão, não pode deixar de se ponderar, neste caso, que a interacção entre o autor e o médico, quanto ao seu histórico clínico, não começou nesse momento. Com efeito, tudo começou com o acidente de trabalho sofrido pelo autor em 23-11-2004. O que, fundadamente, habilita a que se presuma que as informações trocadas aquando da subscrição do documento de fls. 77 já estariam suportadas num historial de conhecimento da sua situação, pelo próprio doente, desde momentos anteriores, pelo que a densidade da informação a prestar-lhe, nessas circunstâncias, sempre haveria de ser menor do que numa situação de primeiro contacto do autor com o diagnóstico e com as soluções para a sua superação. Solução essa que, aliás, foi escrita pelo próprio médico no documento em questão, o que só faz presumir a sua explicação ao doente. Relevante é, aliás, o conjunto de expressões ali usadas, em linguagem mais natural e, por isso, traduzindo uma superior inteligibilidade da situação para o autor, se comparadas com a própria terminologia médica que foi sendo usada ao longo do processo. Isto exclui, de resto, um outro fundamento do apelante, consubstanciado pela alegação de que tal documento teria compreendido um consentimento "em branco". Pelo contrário, em resultado do que vem de se expôr, a subscrição do referido documento pelo ora apelante não pode deixar de o vincular ao que ali declarou, no tocante ao diagnóstico e ao tratamento cirúrgico proposto, pois que ele mesmo revela quer a explicação dada, quer a concordância do autor.

A este respeito resta afirmar que também não colhe o argumento quanto à falta de valor probatório deste documento, por ser declaração do próprio subscritor a que se reporta ao cumprimento da obrigação de informação. É certo que, nos termos do art. 376º, nº 2 do C. Civil, a força probatória se reserva aos factos contrários aos interesses do declarante. Porém, no caso em apreço, o que releva não é a força probatória do documento contra o subscritor F..., mas contra o seu também subscritor, ora apelante. É contra este que se pretende fazer valer o documento, pelo que o mesmo releva na medida em que seja contrário aos seus interesses. E, neste caso, esse relevo refere-se à declaração de recebimento das informações ali mencionadas e à prestação de consentimento para os actos médico-cirúrgicos ulteriores.

Questão diferente e que de alguma forma inutiliza o que antes se expôs, é a referente à hipótese de a informação transmitida ao autor (não) ter compreendido a referência aos riscos de ocorrência das lesões que ulteriormente lhe advieram e cujo nexos causal com a intervenção cirúrgica não pode ser excluído, como antes se decidiu.

É certo que o documento de fls. 77 menciona, no seu texto pré-escrito, terem sido explicados ao doente "os riscos e complicações" da intervenção proposta.

Porém, podemos considerar líquido que quaisquer que tenham sido os riscos explicados, eles não compreenderam a hipótese verificada, de ao autor advirem as lesões que actualmente apresenta. Com efeito, ao longo da própria acção os RR. sempre afirmaram que este estado actual do autor não poderia ser considerado consequência adequada daquela intervenção. Se ainda actualmente o defendem, então isso

é incompatível com a hipótese - que aliás jamais afirmaram - de ele ter sido informado, designadamente pelo interveniente Dr. F..., sobre o risco de lhe resultarem essas mesmas sequelas.

Podemos, pois, afirmar que, não obstante ter sido assinado pelo autor o documento de fls. 77 e lhe terem sido prestadas informações sobre o diagnóstico, o tipo de intervenção cirúrgica a realizar, possibilidades de sucesso e riscos, por tal resultar suficientemente demonstrado pelo próprio documento, fazendo disso prova contra o autor que o assinou, nem por isso foi concretamente informado do risco de lhe resultarem as sequelas que, designadamente no seu membro superior esquerdo, actualmente se identificam.

No entanto, esta conclusão impõe outra discussão: saber se o dever de informação compreendia a enunciação de tal hipótese.

Cumpre ter presente que, grosso modo, a tese do autor era a de que houve uma deficiente opção e uma deficiente execução da técnica cirúrgica usada em ordem à recuperação funcional da sua mão esquerda, relativamente ao que, de resto, nem fora informado em termos susceptíveis de conferir validade ao seu consentimento para tal intervenção. As consequências que lhe advieram seriam um risco ou uma consequência inerente a uma tal deficiente execução, sendo que jamais teria consentido na intervenção se tivesse sido advertido de tal possibilidade.

Já demos por assente que, numa formulação negativa da teoria da causalidade adequada que consideramos ter sido acolhida no nosso direito civil, a condição física actual do autor deve considerar-se causalmente relacionada com a referida intervenção cirúrgica. Isso acaba por ser uma consequência da elevada amplitude dessa versão da teoria da causalidade adequada. Porém, esta conclusão não equivale a admitir-se que as lesões de que actualmente o autor padece constituíam um risco normal, razoável e significativo daquela intervenção.

Aliás, por ter sido outra a tese do autor, como se viu, esta questão jamais foi discutida nos autos, sabendo-se apenas, por via da prova pericial e esclarecimentos complementares que essa condição física é inerente a um síndrome algoneurodistrofico que era imprevisível (teor dos esclarecimentos de fls. 616).

No entanto, o que releva para esta discussão não é a imputação das sequelas do autor a esse síndrome, mas sim a inexistência de alegação de que o mesmo era um risco ou uma consequência previsível daquela intervenção e que, como tal, teria de ter sido incluído na informação prestada em ordem à obtenção do consentimento do autor.

Em sede de ónus da prova sobre o consentimento informado, vimos supra em que termos este impende sobre o médico/prestador dos cuidados de saúde. Terá de ser o médico a demonstrar ter obtido o consentimento e ter prestado a informação relevante para a sua concessão. Todavia, esse ónus não é ilimitado e terá como fronteira, desde logo, a não imposição de uma prova diabólica, de factos negativos, argumento este a que, de resto, noutra sede, também o apelante mostrou ser sensível (então a seu favor).

Assim, não poderá exigir-se ao médico a demonstração de que o consentimento obtido teve por fonte a prestação de uma informação que não compreendeu um determinado rol de riscos, mas apenas por estes serem imprevisíveis, irrazoáveis ou não significativos, para que o mesmo seja causa de exclusão da ilicitude da sua conduta e, nessa medida, impedimento para a sua responsabilização pelos danos que acabaram por se verificar.

Pelo contrário, não poderá deixar de ser o doente/lesado a alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos previsíveis, razoáveis e significativos que lhe deviam ter sido transmitidos. Subsequentemente, sendo caso disso, é que o médico/prestador dos cuidados de saúde tem de demonstrar ter satisfeito a sua obrigação relativamente ao esclarecimento do doente sobre esse risco, sob pena de irrelevância do consentimento obtido, por não informado.

No caso, o autor alegou que as sequelas que apresenta foram resultado de deficiente opção e execução da técnica cirúrgica usada e que seriam um risco ou uma consequência inerente a uma tal deficiente execução. Porém, tal não se provou. Acresce que nem se provou, por não ter sido alegado, se essas sequelas constituíam um risco previsível, razoável e significativo da intervenção que lhe foi proposta e que teria aceitado, sem que esse risco lhe tivesse sido explicado. De resto, como isso nem estava alegado, nem tiveram os RR. a oportunidade ou a necessidade de discutir quer a existência desse risco quer a

eventual informação sobre o mesmo (informação esta que se admitiu já não ter existido, mas na mesma dimensão em que se admite que o risco de surgimento do síndrome algoneurodistrofico que se revela nas sequelas actualmente evidenciadas pelo autor não era um risco previsível da referida intervenção).

Tem isto por consequência que, relativamente ao risco verificado e que determinou as sequelas apresentadas pelo autor, não se pode concluir ter ocorrido qualquer violação do dever de informação dos RR e, portanto, inexistir, quanto ao consentimento que foi consubstanciado no documento de fls. 77, uma falta de informação devida que fosse devida e que acarrete a sua invalidade. Noutros termos, podemos afirmar ser impossível estabelecer um nexo de causalidade entre o consentimento declarado pelo autor na ausência de informação sobre o risco de ocorrência das sequelas que hoje apresenta e a ulterior verificação desse risco, por não se poder afirmar que a natureza deste era de tal ordem que se impunha a sua enunciação para que o autor se pudesse determinar.

Desta conclusão, podemos afirmar que, relativamente às sequelas que o autor actualmente apresenta se não verificou qualquer omissão de informação, nem subsequentemente, qualquer ausência de consentimento informado que fosse necessário para prevenir a responsabilização dos RR pela respectiva produção.

Assim, por um lado, inexistente fundamento para qualquer alteração às respostas proferidas pelo tribunal quanto à matéria dos quesitos 9º e 10º. Fundamento que, pela mesma ordem de razões, mas sem relevo para a matéria em questão, igualmente se mostra ausente para qualquer alteração á resposta proferida quanto ao quesito 31º.

Por outro lado, nem a intervenção cirúrgica de Maio, nem a intervenção de manipulação sob anestesia de Novembro (esta, em qualquer caso, sem qualquer relação causal com os danos para os quais vinha pedida uma indemnização) se revelaram arbitrárias, isto é, desprovidas de consentimento ou sem informação eficaz para o consentimento.

Assim, nem em razão de erro médico, nem em razão de violação do dever de informação e inerente obtenção de consentimento informado para a intervenção a que o autor foi sujeito, se identifica uma conduta ilícita e culposa do R. E..., do interveniente F..., ou, mediatamente, do R. D..., apta a sustentar que se lhes imponha a obrigação de indemnização dos danos sofridos pelo autor, que este aqui reivindica.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9/10/2014

Processo nº 3925/07.9TVPRT.P1.S1

JOÃO BERNARDO (Relator), Oliveira Vasconcelos e Serra Baptista

Sumário :

1 . Com ressalvas que aqui não importam, o doente tem direito a ser informado, pelo médico, em ordem a poder decidir sobre se determinado ato médico que o vise deve ou não ser levado a cabo.

2 . Tal direito é disponível.

3 . O conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação.

4 . Abrange, salvo ressalvas que aqui também não interessam e além do mais, o diagnóstico e as consequências do tratamento.

5 . Estas são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo e aos seus riscos.

6 . Não se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe.

7 . Nem a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento.

8 . A referência num documento, assinado por médico e doente, a que aquele “explicou” a este, “de forma adequada 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.

9 . Mas, se do mesmo documento consta que o doente não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”, deve entender-se que este abdicou do seu direito a ser informado em termos detalhados.

10 . Para ser aplicável o regime de ónus de prova das cláusulas contratuais gerais, o que dele pretende beneficiar tem, antes, de fazer prova de que estamos em terreno próprio destas.

11 . Não tendo feito tal prova, sobre o doente, subscritor de tal documento, impende a demonstração de que assinou em branco e de que nada do que ali consta lhe foi referido.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«14 . O presente recurso gira em torno de duas figuras, cuja interpenetração é manifesta:

O dever de esclarecimento do doente;

O seu consentimento para atos médicos que o visem.

Perante a revelação das atrocidades nazis sobre experiências médicas em seres humanos, veio a lume, em 1947, o Código de Nuremberga, cujo primeiro princípio logo dispunha que “o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isto quer dizer que a pessoa implicada... deve ter conhecimento suficiente e compreensão do assunto nos seus vários aspetos para que possa tomar uma decisão consciente.”

Este código serviu como ponto de partida para inúmeros diplomas que foram sendo publicados, quer na ordem interna de cada um dos países, quer na ordem internacional.

Considerando-se o direito que vimos referindo, quer como integrado noutos de conteúdo mais abrangente, quer tutelado expressamente.

Relativamente aos vigentes em Portugal, trazemos para aqui os seguintes textos:

Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...

A integridade moral e física das pessoas é inviolável

Todos têm direito à liberdade... – artigos 1.º, 25.º, n.º1 e 27.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa;

1 . Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.

2 . No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei... artigo 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada... artigo 8.º da CEDH (considerando a integração do consentimento informado no âmbito da vida privada, conforme jurisprudência do TEDH, podendo ver-se, por todos, no sítio do próprio Tribunal, o Ac. de 7.10.2008, Bogumi contra Portugal);

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

Essa 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. – artigo 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, vulgarmente conhecida por “Convenção de Oviedo” ou “CDHBio”, de 4.4.1997, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º1/2001, de 3.1 e pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2001, da mesma data.

A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. – artigo 70.º, n.º1 do Código Civil.

1 – Os utentes têm direito a:

e) Ser informados sobre a situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado – Base XIV da Lei de Bases da Saúde (n.º 48/99, de 24.8, alterada pela Lei n.º 27/2002 de 8.11);

1 . As pessoas indicadas no artigo 150.º que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente, serão punidas com prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 . O facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio de evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

E não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. – artigo 156.º do Código Penal.

Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica. – artigo 157.º do Código Penal.

O doente tem o direito a receber e o médico o dever de prestar o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença.

Só é válido o consentimento do doente se este tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse de informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais. – artigos 44.º, n.º1 e 45.º, n.º1 do “Código Deontológico” da Ordem dos Médicos (publicado como “Regulamento” no Diário da República, 2.ª série, de 13.1.2009, sendo certo que, já mesmo relativamente a factos anteriores, sempre releva “o seu valor prático com efeitos jurídicos, servindo de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica, num tribunal ordinário” – Guilherme de Oliveira, RLJ n.º 3923, 34 e seguintes).

15 . Destes textos – e outros o confirmariam, se necessário – emerge logo uma ideia incontornável: é o doente que está no centro referencial dos atos médicos.

A prevenção de doenças suas e o seu tratamento constituem um escopo que supera tudo o mais envolvido em tal atividade.

16 . Constituindo o centro referencial do ato médico, a decisão sobre o tratamento é a ele que cabe em última instância.

Assim, está nas suas mãos ser ou não informado do diagnóstico, da previsibilidade da evolução da doença, das possibilidades de tratamento, e dos riscos associados a este. Continuando nas suas mãos a decisão final sobre o que deve ser feito (cfr-se Costa Andrade, Comentário Conimbricense ao Código Penal, I, 399 in fine e Sérgio Deodato, Direito da Saúde, 42).

Decerto que esta afirmação não pode ser absoluta, mas não nos interessam, para aqui, os casos de ressalva em que o doente por idade, moléstia ou outras razões não está em condições de apreender o que se passa ou de decidir.

17 . O supra referido texto criminal contém ressalvas, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia remete para a “lei”, a Convenção de Oviedo fala em “informação adequada”, de tudo nos ficando uma situação de exigência interpretativa grande quanto ao conteúdo do dever de esclarecimento.

As ressalvas constantes do direito penal impõem-se com alguma evidência, de sorte que as vamos considerar também para aqui.

Não recusando o doente os itens referidos no número anterior, ou qualquer deles, cabe ao médico, em primeira linha, informá-lo.

Este dever de informação “não tem de obedecer a um modelo único de densidade e intensidade” (Costa Andrade, ob. e loc. citados).

Mesmo que o doente o não exclua, pode o médico excluí-lo, em nome do chamado “privilégio terapêutico”, ou seja, nos casos em que o legitimamente se aperceba que a informação pode causar um perigo para a vida ou é susceptível de causar ao doente grave dano à saúde física e psíquica.

A ação do médico visa o tratamento e não pode, ela mesma, constituir fonte de maior dano, nem colocar o clínico numa situação em que “pode ser condenado por não esclarecer e, ao mesmo tempo, poder ser também condenado pelos danos desencadeados pelo esclarecimento (violação das legis artis)” (mesmo Autor, loc. citado).

18 . Noutro prisma, há que ter sempre presente **que a medicina não é uma ciência exata, não podendo o médico, em muitas ocasiões, afirmar o diagnóstico ou a evolução clínica.**

Além disso, não se pode “transformar” o ato médico numa lição de medicina em que o doente passe a “saber” o que demorou anos de estudo ao clínico. Basta pensar-se que a anestesia é dirigida por um médico especialista em tal área, diferente do cirurgião, e não será razoável impor que cada doente que vai ser anestesiado saiba antes tudo o que pode ter lugar como consequência do anestésico e até as reações clínicas que, em cada caso, se podem impor.

Estamos, pois, com Álvaro Rodrigues (A Responsabilidade Médica em Direito Penal, 41) quando afirma:

“O que por todos é aceite é que em caso algum estará o médico obrigado a discutir todos os detalhes possíveis inerentes à execução de qualquer tratamento médico cirúrgico.

Não se requer da parte do médico, uma discussão técnico-científica sobre a moléstia e o tratamento do paciente, nem é aconselhável o uso de terminologia técnica ou uma linguagem hermética inacessível à generalidade das pessoas.”

19 . **Especificamente, no que respeita à informação dos riscos, não podemos impor a transformação do ato médico num ato eivado de envolvimento jurídico, em ordem a perder-se de vista o objetivo fundamental do tratamento.** Conforme afirma André Pereira (O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro Biomédico da Universidade de Coimbra, n.º 11, página 457):

“Podemos constatar que houve durante a última década uma clara evolução no sentido da proteção do consentimento informado e da autonomia do paciente. Recentemente, porém, alguns autores e tribunais têm assinalado que a hipertrofia do direito à informação está a criar um fenómeno de medicina defensiva, de burocratização da relação médico-paciente e de alguma desconfiança ou mesmo crispação entre médicos e pacientes que se deseja sejam parceiros na actividade médico-terapêutica.”

Além disso, **um simples tratamento, com o mais vulgar dos medicamentos, pode levar a consequências muito graves que nem o próprio médico legitimamente pensou** (Repare-se na dispensa de esclarecimento afirmada por Costa Andrade, ob. e loc. citados, relativamente aos “tratamentos de rotina”).

Na verdade, **um mínimo de risco é inerente à quase totalidade dos atos médicos.**

A exigência para além dum plano de razoabilidade, pode levar, outrossim, à renúncia, por parte do médico, relativamente a certos tratamentos, despidendo a ciência médica dum elemento que, sempre dentro de parâmetros de razoabilidade, a caracteriza que é a assunção deste risco (Cfr-se, a este propósito, Rute Pedro, A Responsabilidade Civil do Médico Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, in Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, n.º 15, página 440).

20 . Mantendo-se sempre a obrigação de informação, mas assim pensada, não fica, nem poderia ficar clara a linha delimitativa que, perante cada caso, deve distinguir entre o que o médico deve dizer ao doente (podendo ser responsabilizado se o não disser) e o que o médico não carece de abordar.

André Pereira, no seu citado Estudo, dá-nos conta da evolução em França. A Cour de Cassation terá decidido que o médico não fica dispensado de indicar ao doente os riscos pelo facto de estes só se realizarem excecionalmente (Acórdão de 7.10.1998), entendimento também subscrito pela jurisdição administrativa, mas tal levou a que a responsabilidade médica por violação dos deveres de informação se tenha tornado demasiado pesada “tendo começado a sentir-se uma forte carga indemnizatória quer sobre a clínica privada, quer sobre a medicina em hospitais públicos.” Os Tribunais - segundo afirma - continuam tal entendimento, apesar da vinda a lume, entretanto, da Lei de 4.3.2002 que alude apenas a riscos frequentes ou os riscos graves normalmente previsíveis, ignorando os riscos graves de verificação excecional.

O Supremo Tribunal Alemão, no seu Acórdão de 22.12.2010 3StR 239/10[1], com citação abundante da sua própria jurisprudência, que mantém constante, reafirmou o entendimento de que deve ser prestada ao paciente informação base (“Grundaufklärung”) em termos “gerais e completos” (“Grossen und Ganzen”), com inclusão das chances e riscos da intervenção, nestes se compreendendo todos os riscos graves ligados à operação, mesmo os de verificação rara, mas sem necessidade duma descrição médica exata.

José Lago (Consentimiento Informado y Responsabilidade Civil, Estudo inserto na revista Julgar, Número Especial de 2014, 163) dá-nos conta de que a Sala Civil do Tribunal Supremo Espanhol vem distinguido consoante se trate de intervenções de medicina curativa ou necessária ou apenas “satisfactiva, reparadora o não necessária”. Neste segundo caso, as exigências relativas ao conteúdo informativo são mais rigorosas, do que no primeiro, tendo em conta “a necessidade de evitar que se silenciem os riscos excecionais ante cujo conhecimento o paciente poderia subtrair-se a uma intervenção não necessária ou de uma necessidade relativa.”

Entre nós, Álvaro Rodrigues (ob. citada, 346) defende que:

“Quanto aos efeitos secundários, sequelas e riscos do tratamento a doutrina recomenda o esclarecimento daqueles que se verificam com frequência, não havendo necessidade de focar os riscos de carácter excepcional na sua verificação.

Mais uma vez, aqui, como em tudo na vida, o melhor critério será o da ponderação dos interesses em jogo, mediante uma atitude ética e conscienciosa, que procurando devolver a saúde ao doente, tenha sempre no horizonte o direito deste à sua liberdade de decisão convenientemente esclarecida.”

Também André Pereira, no seu apontado Estudo, após incursão detalhada pela jurisprudência e doutrina estrangeiras, escreve (página 478):

“Assim, partindo da constatação de que a medicina é uma actividade que gera riscos, na tarefa da imputação objectiva dos danos, devemos destrinçar quais os riscos que a ordem jurídica pretende que sejam suportados pelo doente e quais devem ser suportados pelo médico. Os últimos devem ser comunicados ao paciente, para que este, em liberdade e em consciência decida sobre se autoriza a intervenção, autocolocando-se em perigo; não sendo esclarecidos, o médico deverá compensar do doente pelos danos causados. Os primeiros (os que deve ser suportados pelo paciente) por motivos vários como a extrema raridade, a sua imprevisibilidade, o conhecimento comum, entre outros motivos, não carecem de ser transmitidos; se se verificarem deverá ser o paciente a suportá-los: *casum sentit dominus*.”

21 . Em Portugal o esclarecimento médico está numa fase embrionária. Procura do médico como elemento “tranquilizador” e não “assustador”, baixo nível cultural dos doentes, principalmente dos idosos, algum “doutorismo” ou distanciação por parte de alguns médicos, ideia assente de que o doente, já fragilizado pela doença, não está interessado em acumular a revelação dos riscos à sua própria fragilidade, tradição de pouca atenção à envolvimento jurídica dos atos médicos até algo correr mal e outras razões levam a que, por regra, os atos não preencham os requisitos que as jurisprudência francesa e alemã vêm exigindo.

A interpretação da lei não pode nem deve abstrair da realidade social que visa disciplinar. De outro modo, pode abrir-se um caminho de ressarcimento, praticamente ilimitado e desadequado face à nossa realidade social, sempre que algo corre mal nos atos médicos. Não tendo havido negligência, o doente teria ao seu alcance, na esmagadora maioria dos casos, a deficiente informação médica. “O incumprimento de qualquer um destes deveres [de esclarecimento e de obtenção do consentimento esclarecido] tem servido, como veremos, de artifício para se alcançar a tutela do doente em situações em que dificilmente ele obteria o ressarcimento de danos sofridos aquando da prestação de assistência médica deficiente. Serviu para fundar o fenómeno ressarcitório em situações em que se constatava a produção de um dano por ocasião da prestação devida do médico, mas em que não era possível identificar um comportamento desvalioso por parte daquele profissional. Tal aproveitamento ínvio permitiu um funcionamento eficaz do sistema de responsabilidade civil, em casos perante os quais ele, à primeira vista, sucumbiria.” – Rute Pedro, ob. citada, página 79.

No outro prato da balança, o Direito não pode deixar de ser aplicado, encerrando também um efeito disciplinador.

Na interpretação dos textos legais supra citados, hão-de os tribunais tudo ponderar em ordem a se situarem no ponto de equilíbrio dos interesses em jogo.

Noutro prisma, **a imposição da revelação de todos os riscos da intervenção médica, incluindo os de verificação rara ou excecional, determinaria a abertura dum leque de tal modo vasto que desembocaria na “lição” de medicina que supra afastámos e transcenderia até os conhecimentos necessários ao desempenho das próprias funções do médico que leva a cabo a essência do tratamento. Numa intervenção cirúrgica, como exemplo mais frequente, teria o doente de ser esclarecido primeiro pelo anestesista sobre as possíveis complicações da anestesia e sua probabilidade de não serem controladas, depois, pelo cardiologista, sobre o que pode acontecer a tal nível, depois, pelo pneumologista sobre os riscos da “respiração induzida” e aí por diante.**

E a prova de que assim é reside no facto de, perante complicações sérias emergentes dum tratamento, mormente duma cirurgia, o cirurgião se socorrer de colegas de outras especialidades. Havendo até casos de doentes que, perante tais complicações, são transferidos de hospital porque só o segundo está vocacionado para tratar o que, na visão mais abrangente, seriam riscos a comunicar ao doente antes da intervenção.

22 . Deste modo, ponderando tudo o que acaba de se escrever e sempre tendo em conta apenas o que pode interessar para a solução deste caso, cremos poder assentar nas seguintes ideias:

Com ressalvas que aqui não importam, o doente tem direito a ser informado, pelo médico, em ordem a poder decidir sobre se determinado ato médico que o vise deve ou não ser levado a cabo;

Tal direito é disponível;

O conteúdo do dever de informação é elástico, não sendo, nomeadamente, igual para todos os doentes na mesma situação;

Abrange, salvo ressalvas que aqui não interessam e além do mais, o diagnóstico e as consequências do tratamento;

Estas são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo tratamento e aos seus riscos;

Não se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe;

Nem a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento.

(...)

23 . Aqui chegados, podemos atentar diretamente no caso presente.

O recorrente subscreveu as declarações de consentimento de folhas 77 e 78.

Pretende que as mesmas tenham a natureza de cláusulas contratuais gerais em ordem a beneficiar do regime de ónus de prova constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25.10.

Ainda que o artigo 1.º deste normativo não esteja redigido em termos claramente definitórios, temos que as ccg se caracterizam pela pré-elaboração, generalidade e aceitação sem negociação.

Como consta do Acórdão deste Tribunal de 10.5.2007, processo n.º 07B841, com texto disponível em www.dgsi.pt:

“As ccg são aquelas que, numa realidade contratual, tiverem aquelas categorias e, sendo-o, regem-se pelo Decreto-Lei n.º 446/85. Mas, para se aferir se as têm ou não, já temos que atentar no regime deste normativo no que concerne ao ónus de prova. Ou seja, se, depois de atento tal regime, virmos que o proponente das cláusulas demonstrou que houve negociação prévia, por exemplo, as cláusulas deixam de ter tal natureza e afastado fica o normativo que já antes se aplicara. Aplicou-se e, depois, não podia ter-se aplicado. Um “non sense”.

Da imposição, à cabeça, dos ónus de prova acabados de referir pode resultar ainda uma violência que o julgador/intérprete não pode cobrir. Em todas as cláusulas contratuais, a parte a quem não agradasse o respectivo cumprimento, invocava que as cláusulas dum contrato que lhe não convinham haviam sido rígidas, sem negociação prévia e com características de indeterminação e, só por aí, atirava para cima da contraparte ónus de prova terríveis, cominados com o afastamento das mesmas cláusulas. Na prática, um modo fácil de não cumprir, legalmente, contratos. O que também é inaceitável.

Desta problemática deram conta os Acórdãos deste tribunal de 24.2.2005 e de 25.5.2006, cujos textos se podem ver em www.dgsi.pt, nos quais se decidiu que, previamente à demonstração a que os ónus de prova se reportam, teria de haver a demonstração, a cargo da parte que quer beneficiar da invalidade das cláusulas contratuais gerais, de que estamos em terreno próprio destas.”

Escrevendo Menezes Cordeiro que “a exigência da falta de prévia negociação é um elemento necessário e autónomo, que deve ser invocado e demonstrado” (Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, I, Tomo I, 429).

Ora, vem apenas demonstrado que o recorrente subscreveu os ditos documentos. Nada mais se tendo provado – ainda que agora alegado – que possa integrar os conceitos de pré-elaboração, rigidez e indeterminabilidade.

Pelo contrário, consta do texto de tais documentos a alusão ao diagnóstico, ao tratamento médico proposto e a alusão a que o subscritor não deve hesitar “em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”.

Não pode, pois, ele beneficiar do regime próprio das ccg.

24 . É, assim, fora deste regime que temos de nos situar para tomarmos posição sobre se os ditos documentos são suficientes para preencherem o que a lei impõe no domínio do consentimento esclarecido.

Foram subscritos pelo ora recorrente.

Tem entendido este Tribunal que os documentos particulares subscritos por uma parte não fazem prova plena da exatidão das declarações neles insertas (por todos o Ac. de 23.11.2005, processo n.º 5B3318, com texto disponível no mesmo sítio).

Mas, nos termos do artigo 376.º, n.º2 do Código Civil, fazem prova plena, contra o confitente e nas relações declarante/declaratário, de que as declarações ali referidas foram efetivamente prestadas.

Não colhe, pois, agora a alegação da não comunicação ou da assinatura em branco, aliás, sem qualquer correspondência nos factos provados.

25 . O documento de folhas 77 – dos dois o único elaborado antes da intervenção cirúrgica referida em 22.º e 28.º do elenco factual – está redigido em termos vagos e conclusivos na parte que importa.

Refere que “confirmo que expliquei ao doente... de forma adequada e inteligível...assim como os riscos e complicações e as alternativas possíveis à situação clínica.”

Inexistem elementos donde se possa aferir se a explicação foi, efetivamente, adequada e inteligível e, fundamentalmente, não se referem quais os “riscos e complicações” que poderiam advir ao doente.

No entanto, dali consta, na parte relativa ao ora autor:

“Leia com atenção o conteúdo de todo este documento.

Não hesite em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido.

Verifique se todas as informações estão correctas.”

Com esta referência, o hospital e o médico colocaram nas mãos do doente o caminho para todos os esclarecimentos. Se ele se limitou a assinar, sem o percorrer, tem de se considerar que abdicou dum direito que, como dissemos supra, era inteiramente disponível.

Decerto que poderia o documento estar redigido em termos muito mais claros e concludentes quanto à iniciativa do médico. Mas referindo-se que lhe foram explicados, de forma adequada e inteligível, os riscos e que lhe foi solicitada a assinatura do documento, no qual estava escrito que não hesitasse em solicitar mais informações ao médico se não estivesse completamente esclarecido, é de assacar ao próprio doente eventual falta de alusão aos riscos concretos, mormente àquele que incluía as sequelas que vieram a ter lugar.

É sabido que, como deixámos dito em 21, com frequência, nada se cumpre como consta dos documentos. Recorre-se, num contexto emotivo de ida para uma intervenção cirúrgica, ao “assine aqui”, com uma explicação levada a cabo por um funcionário e totalmente eivada de laconismo ou mesmo inexistente.

Só que, nestes casos existe uma grande responsabilização de quem assim subscreve um documento. Além do mais, terá de fazer valer em tribunal tudo aquilo que, de viciante, poderá ter estado na base da subscrição.

O que aqui não ocorre.

Acresce que, apesar de a Relação ter fixado que as sequelas foram consequência direta da intervenção cirúrgica (ponto 22.º), não deixou de ficar nos factos que o autor sofreu fratura do colo do úmero esquerdo num período fulcral da sua recuperação, com influência negativa no resultado final (pontos 38.º e 56.º).

26 . Finalmente não se provou que as sequelas correspondessem a riscos normais e não raros ou excepcionais da cirurgia.

Também não se provou o contrário, pelo que se levantaria aqui a discussão sobre o ónus de prova, prejudicada atento o que se referiu no número anterior (sendo certo que, no Acórdão deste Tribunal de 18.3.2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, disponível no aludido sítio, se entendeu impender sobre a doente a demonstração de que “outros especiais riscos podiam ocorrer”). »

Acórdão da Relação de Coimbra de 11/11/2014 ²

Processo nº 308/09.0TBCBR.C1

JORGE ARCANJO (Relator), Teles Pereira e Manuel capelo

Sumário:

3.- A acção de responsabilidade civil médica pode fundar-se no erro médico e/ou na violação do consentimento informado. Enquanto que na primeira, com a regras de arte se visa salvaguardar a saúde e a vida do paciente, na segunda o bem jurídico tutelado é o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

4.- O ónus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou a instituição de saúde, porque o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de excepção, como facto impeditivo (art. 342º, nº2 CC), devendo atender-se ainda ao princípio da “distribuição dinâmica da prova”.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Problematiza-se no recurso não propriamente o erro ou falta do acto médico cirúrgico do médico neurocirurgião (C...), mas a responsabilidade pela violação do dever de informação.

Na verdade, **a acção de responsabilidade civil médica pode fundar-se no erro médico e/ou na violação do consentimento informado.**

Enquanto que na primeira, com a regras de arte se visa salvaguardar a saúde e a vida do paciente, na segunda o bem jurídico tutelado é o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

As duas situações podem coexistir, mas aqui o objecto do recurso está limitado apenas à improcedência da acção com este fundamento.

Tem-se entendido que a obrigação de informação também constitui elemento essencial das legis artis (em sentido amplo), decorre do princípio geral da boa fé e como fonte de especiais deveres integrantes do contrato, cuja amplitude e intensidade é variável de caso para caso, assumindo, porém,

² Este aresto foi **confirmado**, em via de recurso, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/6/2015, cujo sumário e texto integral (na parte relevante) constam desta resenha jurisprudencial: cfr. *infra*.

autonomia, visto que esta particular regra de comportamento médico visa a tutela da autodeterminação (cf., por ex., Mariano Alonso Perez, “ La relación médico-enfermo pressuposto de responsabilidade civil em torno a la “lex artis”), em *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, 2000, pág. 14 e segs.; Vera Raposa, *Do ato médico ao problema jurídico*, 2014, pág. 14 e segs.).

Compreende-se a importância da informação, pois o consentimento do paciente (livre e esclarecido) é um dos requisitos da licitude da actividade médica, mas o seu conteúdo é “elástico” (Ac STJ de 9/10/2014, proc. nº 3925/07.9TVPRT, em www.dgsi.pt), pelo que terá, além do mais, de adequar-se às especificidades de cada caso.

O dever de informação e o consentimento informado tem consagração legal, nomeadamente, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (publicada no DR 1ª Série de 3/1/2001), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 3º), Arts. 25 e 26 da CRP, Art. 70 CC (direito geral de personalidade), Código Deontológico da Ordem dos Médicos (arts. 44 e 45), Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/99 de 24/8, alterada pela Lei nº 27/2002 de 8/11).

Quanto ao dever de informar sobre os riscos do tratamento, admite-se, segundo determinada corrente, que o médico tem o dever de comunicar ao doente os riscos graves que sejam previsíveis, excluindo-se os riscos graves, particulares, hipotéticos ou anormais.

E numa orientação mais abrangente, defende-se a “teoria dos riscos significativos” que impõe o dever de informação em razão da necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente (cf., por ex., Vera Raposo, loc. cit. pág. 225 e segs.).

É controversa a questão do ónus da prova do consentimento e da prestação da informação.

Segundo determinada orientação, cabe ao lesado /demandante o ónus da prova da falta de informação, por configurar incumprimento ou cumprimento defeituoso (pressuposto do ilícito contratual), embora socorrendo-se da chamada prova da primeira aparência. Cf. , por ex., Ac STJ de 15/10/2009, proc. nº 08B1800, em www.dgsi.pt): “Recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, a existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico, os danos (e a sua extensão), do nexa causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação por parte do médico ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento informado”).

Noutra perspectiva, sustenta-se que o ónus da prova incide sobre o médico ou a instituição de saúde, argumentando-se, em síntese, que o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de excepção, como facto impeditivo (art. 342, nº2 CC), com o princípio da “distribuição dinâmica da prova”, a influência do direito comparado (cf., André Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, pág. 194 e segs., Vera Raposo, loc. cit., pág. 242 e segs.).

Vejamos na situação dos autos.

O Apelante alega que o seu consentimento não foi devidamente informado, porque o médico não o informou de que o seu estado de saúde poderia piorar, ou seja, da hipótese de se verificar um agravamento.

Sabe-se que o Autor sofreu uma entorse lombar e hérnia discal L4/L5, foi submetido a uma cirurgia para corrigir a lesão (13 de Março de 2006) e devido a uma fibrose pós-operatória foi de novo intervencionado (9 de Outubro de 2006). O Autor teve melhoras, a extirpação da hérnia foi efectuada com sucesso, mas depois disso continuou a sentir dores na coluna.

Demonstrou-se que o Réu C..., neurocirurgião, é um profissional competente, agiu com as melhores técnicas do estado da arte, segundo o protocolo médico, consensualmente aceite.

Por outro lado, as dores que o Autor sente não são consequência de qualquer erro médico por parte do Réu C..., podendo ter como causa as lesões degenerativas da coluna lombar que o Autor já apresentava anteriormente, para além de haver sofrido uma queda na garagem (após a primeira intervenção) que constitui causa suficiente de agravamento de sintomas dolorosos relativos às lesões degenerativas.

No tocante ao dever de informação, comprovou-se que sempre foi comunicado ao Autor que a intervenção cirúrgica era o único meio adequado a corrigir a lesão resultante do acidente sofrido, do objectivo da intervenção, ou seja, de extirpar a hérnia e de eliminar a dor ciática e dos precisos termos em que se processaria.

Foi alertado nas consultas pré-operatórias quanto ao facto de a cirurgia ser de realização simples, apresentando quadro favorável e recuperação, não se justificando o relato de complicações anormais e imprevisíveis.

Não se provou que a deterioração do seu estado de saúde e a situação depressiva tivesse sido consequência da actuação médica.

Neste contexto, em face dos elementos disponíveis, não parece que tenha havido violação do dever de informação e que o consentimento (para ambas as cirurgias) não haja sido devidamente informado. Para além de que não se demonstrou (cujo ónus impendia sobre o Autor) que a deterioração do estado de saúde tivesse origem nos riscos (previsíveis) inerentes às intervenções cirúrgicas.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2/06/2015

Processo nº 1263/06.3TVPRT.P1.S1

MARIA CLARA SOTTOMAYOR (Relatora), Sebastião Póvoas e Moreira Alves

Sumário:

III - O consentimento do paciente é um dos requisitos da licitude da atividade médica (artigos 5.º da CEDH BioMed e 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e tem que 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.

IV - 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.

V – O consentimento presumido destina-se a fazer face a situações em que no decurso de uma operação se verifica um perigo imprevisto para a vida ou para a saúde, que é preciso resolver de imediato enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento.

VI – O ónus da prova do consentimento hipotético, doutrina oriunda da jurisprudência alemã, 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.

VII – Faltam os requisitos do consentimento hipotético, em relação a intervenções cirúrgicas suscetíveis de causar riscos graves, como dores intensas e incapacidade para manter relações sexuais, andar e trabalhar, tendo de se concluir que a autora, se soubesse dos riscos da mesma, teria recusado o consentimento.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

8. Invoca o réu, para legitimar a sua intervenção, o consentimento presumido previsto no art. 340.º, n.º 3 do CC, segundo o qual «Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível».

O consentimento presumido é uma outra causa de justificação distinta quer do consentimento (verdadeiro), quer do estado de necessidade, e de aplicação subsidiária.

Esta norma foi pensada para cobrir as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento de uma pessoa agredida ou acidentada, que não fique em condições de exprimir a sua vontade e mistura um certo tipo de consentimento com a gestão de negócios, referindo-se às hipóteses em que o lesado sofre a lesão no seu interesse, havendo impossibilidade fáctica de prestar (ou alguém por ele) uma vontade real e sendo desconhecida (por ex., inexistência de uma «diretiva antecipada da vontade» ou de «procurador de cuidados de saúde») uma outra vontade do titular interessado.

Este instituto é assim mobilizado nos casos em que o paciente está inconsciente ou por outra razão incapaz de consentir e não está representado por um representante legal, a intervenção é urgente ou no caso de alargamento do âmbito da operação.

Contudo, em relação às operações estéticas, 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 o órgão genital da pessoa e com a sua vida sexual e íntima, não é possível que se verifiquem os pressupostos de qualquer consentimento presumido. Este destina-se apenas a fazer face a situações em que no decurso de uma operação ocorrem riscos para a vida ou para a saúde que não foram previstos e que é preciso resolver de imediato, enquanto o/a paciente se encontra ainda em período de inconsciência e incapaz de prestar consentimento. O recurso ao consentimento presumido só é admissível quando a intervenção médica for absolutamente inadiável.

Como esclarece André Dias Pereira, «No ordenamento jurídico português a discussão do problema do alcance do consentimento tem necessariamente de ter como referência fundamental a opção do legislador penal, expressa no art. 156º, n.º 2, al. b) do CP. A intervenção do médico, sem o consentimento do paciente, não é punida quando, com intenção terapêutica e de acordo com as *leges artis*, tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde, e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado».

Contudo, no caso dos autos, temos uma situação ainda mais problemática porque a paciente consentiu numa determinada intervenção, mas durante a operação, o médico modifica o plano operatório projetado ou realiza uma operação de natureza diferente.

A aplicação de uma visão ampla do consentimento nestas situações, ou de um consentimento presumido, coloca em perigo o direito da paciente à disposição do seu corpo.

A jurisprudência francesa mais recente, diferentemente da tradicional invocada pelo réu nas alegações de recurso, exige que a intervenção seja imposta por uma necessidade evidente ou por um perigo imediato (Cour de Cassation, 11-10-1988[19]). No mesmo sentido, a doutrina francesa, para admitir a licitude de uma modificação do projeto operatório, exige um estado de necessidade no sentido penal do termo, ou seja, que a extensão da operação esteja justificada por um perigo grave e iminente.

«O direito português (art. 156º, nº 2, al. b) CP) não exige que o perigo seja grave ou iminente. Porém, exige, ainda assim, que o alargamento da operação vise evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde. E, será inadmissível, ao menos no plano civil, que com base num potencial perigo para o corpo ou para a saúde o médico realize uma intervenção não urgente ou que, pelo menos, possa razoavelmente aguardar pelo consentimento informado do paciente».

Ora, no caso sub judice, os factos indicam de forma inequívoca, que a intervenção cirúrgica que não foi objeto de consentimento prévio, não visava evitar qualquer perigo para a vida, o corpo ou a saúde, nem tinha uma natureza urgente, que não permitisse adiar a mesma para momento posterior depois da obtenção do consentimento informado da paciente. De acordo com a lei e com a ética médica, o médico deve dar prioridade à possibilidade de escolha do paciente face à incomodidade de se repetir a intervenção.

Alega o réu-recorrente que se a autora tivesse sabido da oportunidade de fazer a vulvoplastia com o tecido adiposo que resultou da lipoaspiração, não teria recusado a intervenção.

Trata-se da doutrina do consentimento hipotético, oriunda da jurisprudência e da doutrina alemãs, e que 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.

O ónus da prova do consentimento hipotético, como forma de mitigar a responsabilidade médica, pertence ao médico e aplica-se aos casos de violações menos graves do dever de informação, mas não aos casos de violações graves do dever de informação, por exemplo, omissão de esclarecimento de riscos significativos de uma operação, e, por maioria de razão, aos casos em que falta de todo a prestação de consentimento (intervenção médicas não autorizadas).

De qualquer modo, dados os riscos graves da intervenção médica em causa e a probabilidade de causar dores intensas e incapacidades para manter relações sexuais, andar e trabalhar, como causou, tem que se concluir que a autora, se soubesse dos riscos da mesma, teria recusado a intervenção, pelo que faltam os requisitos do consentimento hipotético.

Sendo assim, deve aplicar-se o princípio geral, de que o consentimento deve ser prestado antes do ato médico e de que a informação, sobretudo nas intervenções médicas com riscos significativos, como o caso da vulvoplastia, devia ter sido fornecida à paciente com antecedência suficiente para que esta pudesse refletir sobre a sua decisão (“prazo de reflexão), e formar livremente, com serenidade, a sua vontade de aceitar a operação ou de a rejeitar.

9. Quanto ao ónus da prova, verifica-se uma divisão no direito europeu.

Em Inglaterra, o paciente tem o ónus da prova de que o médico não cumpriu adequadamente o seu dever de informar e de obter o consentimento informado.

Era esta a tese que vigorava na tradição dos países latinos. Se o paciente invocava um direito – o direito a ser indemnizado pelos danos causados pela intervenção médica arbitrária – a ele cabia a prova dos factos constitutivos do direito alegado, nos termos do art. 342.º, nº 1 do CC: a prova da intervenção médica, da falta de consentimento e dos danos sofridos.

Contudo, nos países de direito continental ou de direito civil (p. ex. Áustria, Alemanha, Portugal, Espanha, França, Bélgica e Itália), tem-se verificado uma evolução jurisprudencial que exige o ónus da prova do consentimento ao prestador dos cuidados de saúde.

Para justificar a tese do direito continental, afirma-se que onerar o paciente com a prova da falta de consentimento informado consiste na prova de um facto negativo com as dificuldades probatórias inerentes destacadas pela doutrina processualista.

Por outro lado, sendo o consentimento informado uma causa de justificação que exclui a ilicitude da violação da integridade física, a parte que usa essa defesa – o médico - deve alegar e provar que se verificam os seus requisitos, enquanto facto impeditivo do direito do autor (art. 342.º, n.º 2 do CC).

Na Alemanha, é pacífico que é ao médico que cumpre provar os pressupostos do consentimento justificante, e os tribunais superiores, incluindo o tribunal Constitucional, têm apelado à necessidade de trazer às acções de responsabilidade civil médica uma igualdade de armas ou uma igualdade na aplicação do direito.

Apesar das regras do ónus da prova, por força do princípio da colaboração processual, deve exigir-se que cada uma das partes forneça ao processo os elementos em cuja obtenção tem mais facilidade. Este princípio é relevante, sobretudo, quando se trata da prova da falta de informação, admitindo-se, neste contexto, a prova pelo recurso a presunções judiciais ou de experiência. A mitigação do ónus da prova do médico, no contexto de incumprimento do dever de informação, pode explicar-se pela necessidade de evitar uma medicina defensiva, que transforme a relação médico-paciente numa relação burocratizada, com perda de humanidade e de empatia com o doente. Mas não se justifica quando está em causa o ónus da prova do consentimento.

A doutrina portuguesa dominante entende que o consentimento, enquanto causa de exclusão da ilicitude, constitui um facto impeditivo do direito do paciente cuja prova compete ao médico. Baseia-se esta doutrina no princípio do equilíbrio processual, na impossibilidade de prova do facto negativo, e na facilidade relativa da prova para o médico, como perito, em comparação com o paciente, um leigo. No mesmo sentido, se tem orientado a jurisprudência, por entender esta solução mais equitativa, dada a maior facilidade da posição do médico quanto à prova (cf. acórdão deste Supremo Tribunal, de 17-12-2002, relatado pelo Conselheiro Afonso Melo, processo n.º 02A4057).

Sendo assim, se o médico não conseguir provar que cumpriu os deveres de esclarecimento e que agiu ao abrigo de um consentimento justificante, recai sobre ele todo o risco da responsabilidade da intervenção médica, os fracassos da intervenção e os efeitos secundários não controláveis e outros danos resultantes da intervenção.

No plano probatório, no caso sub judice, a autora demonstrou que o seu consentimento estava limitado a uma determinada operação inicialmente prevista - lipoaspiração e «subida» das cicatrizes – e que o médico ultrapassou as suas funções, quando realizou a vulvoplastia.

Em face dos factos provados n.º 3, 4 e 5, 15, 54, 55, 103 e 107 ficou demonstrado que o projeto operatório delineado entre médico e paciente não abrangia qualquer vulvoplastia e que o médico excedeu as suas funções quando realizou a mesma, com o intuito de aproveitar algum tecido adiposo que havia sido extraído da autora e injetá-lo nos grandes lábios, para corrigir um defeito físico que a autora tinha desde os 19 anos de idade.

Cabia, então, ao médico, fazer prova da existência de condições que legitimassem esta intervenção complementar não consentida: «(1) os conhecimentos e a experiência da medicina impunham estoutro tratamento; (2) o qual teve em vista evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde (3) não se verificavam circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado e (4), ao menos no plano civil, a interrupção da operação e subsequente repetição importaria mais danos do que a sua continuação».

Estamos no âmbito da cirurgia estética ou voluntária, e não da cirurgia assistencial. As exigências relativas ao consentimento e aos deveres de esclarecimento são mais rigorosas. Não havia qualquer perigo

para a saúde ou para a vida no adiamento da operação. A intervenção, apesar de poder melhorar, se feita com sucesso, a vida sexual da paciente e a sua saúde psíquica, não era urgente e inadiável.

Deve exigir-se, portanto, para ser realizada de forma lícita, a obtenção de um consentimento prévio, livre e esclarecido quanto à realização da intervenção em si mesma, a sua natureza, riscos e consequências.

A atuação do médico é ilícita porque colocou, como afirma o acórdão recorrido, a autora perante o facto consumado, ou seja, perante a conclusão de um ato médico para o qual ela não prestou o seu consentimento, nem fora informada acerca da sua natureza e riscos.

Estamos perante uma violação grave do dever de informar, uma vez que se trata de uma operação realizada sem consentimento prévio e não meramente de um caso de falta de informação (ou de informação insuficiente) acerca dos riscos de uma operação autorizada.

Em consequência, não resta margem para a possibilidade de demonstração de um consentimento hipotético, ou seja, de um consentimento que não teria sido recusado, caso o médico tivesse interrogado a paciente.

O médico não logrou, assim, preencher o ónus da prova do consentimento informado ou do perigo para a vida, o corpo ou a saúde no adiamento da intervenção, nem nenhuma das outras condições necessárias para estarmos perante um consentimento presumido ou hipotético.

10. Não tendo a autora prestado qualquer consentimento, escrito ou verbal, expresso ou tácito, presumido ou hipotético, para a prática do ato cirúrgico a que foi sujeita, estão assim preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil contratual: ilicitude (incumprimento do contrato de prestação de serviços e de regras de conduta decorrentes da ética médica e do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, como a obrigação de obter um consentimento informado); culpa, a qual se presume nos termos do art. 799.º, n.º 1 do CC; nexó de causalidade entre o facto – intervenção médica não consentida – e o dano, no sentido em que aquela é a causa adequada do dano; danos patrimoniais e não patrimoniais amplamente documentados nos autos e refletidos na matéria de facto.

Os danos não patrimoniais ressarcíveis, como afirmam as instâncias, são as dores, os incómodos e a lesão da intangibilidade pessoal e íntima da paciente, ainda, a violação da liberdade em si mesma.»

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/06/2015

Processo nº 308/09.0TBCBR.C1.S1

MÁRIO MENDES (Relator), Sebastião Póvoas e Moreira Alves

Sumário:

I - Constituindo uma intervenção médico-cirúrgica (sobretudo e como é aqui o caso de natureza invasiva) uma violação objectiva do direito (com consagração constitucional no art. 25.º da CRP) à integridade física e moral do doente, e sendo, enquanto tal, geradora de responsabilidade civil, torna-se, no entanto e em condições normais, lícita se previamente justificada com o consentimento livre, consciente e esclarecido do lesado.

II - De um modo geral e partindo-se do princípio que qualquer intervenção cirúrgica tem riscos, compreende a possibilidade de ocorrência de situações não desejadas ou desejáveis, tem a doutrina e a jurisprudência europeia consagrado um princípio que tem como prévia do consentimento informado a transmissão de uma informação simples e aproximativa e sobretudo leal, a qual compreenda os riscos normalmente previsíveis, salientando-se, porém, que se tem verificado uma maior exigência e rigor de informação nos casos de intervenções não necessárias.

III - Actualmente tanto na doutrina como na jurisprudência (tanto nacional como europeia) vem prevalecendo o entendimento no sentido de que, 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.

IV - Quando se passa do plano da eventual falta de informação sobre os riscos normais ou previsíveis do acto cirúrgico para um plano de falta de informação sobre a probabilidade de obtenção do resultado desejado desloca-se o núcleo típico do dever de informação prévio à intervenção cirúrgica enquanto uma obrigação de meios para aquele que deveria ser o núcleo desse mesmo dever caso estivéssemos no âmbito de uma obrigação de resultado ou seja o dever de informação deixaria de compreender apenas a transmissão dos riscos normais ou razoavelmente previsíveis ou mesmo significativos do tratamento ou da intervenção para passar a compreender igualmente o dever de transmitir o risco de não verificação do resultado normalmente previsível.

V - Não sendo a medicina uma ciência exacta e revestindo o resultado de uma cirurgia um carácter aleatório, não pode em geral o médico vincular-se ao resultado da terapia ou evolução clínica consequente, mostrando-se o dever de informação quanto a um resultado, apenas tido como provável ou altamente provável, devidamente preenchido quando o médico informa de uma forma leal, e dentro do ética e deontologicamente exigível, que aquele é o meio terapêutico adequado a debelar ou minimizar os efeitos da situação determinante, fazendo referência às vantagens prováveis daquele tratamento.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«De acordo com a argumentação do recorrente a violação do dever de informação decorre da alegada circunstancia de o recorrido não ter alertado o recorrente para o risco de a intervenção cirúrgica poder não produzir efeitos no seu estado de saúde ou mesmo de este poder piorar em consequência da intervenção, razão pela qual o consentimento prestado não poderia ser considerado como um consentimento informado, sendo nessas referidas circunstancias inválido.

Colocada a questão nestes termos cabe sublinhar que o alicerce do direito à indemnização agora sustentado pelo A (recorrente) deixou, tal como inicialmente referimos, de ter por base qualquer acção ou omissão do médico na execução da intervenção cirúrgica (ou seja responsabilidade civil decorrente de erro médico por violação das *leges artis*) para se deslocar para um momento anterior (um ante) precisamente aquele

momento em que o A (paciente) dá (ou deve dar) o seu consentimento para que se efectue a intervenção cirúrgica legitimando desse modo e através de uma conduta auto-determinada a actuação do médico.

Sublinhe-se desde já ser nosso entendimento que **a verificar-se uma situação de intervenção médico-cirúrgica não autorizada ou não validamente informada (consequentemente ilícita) estaremos desde logo, tout court e independentemente de outros danos ressarcíveis, perante um dano não patrimonial autónomo indemnizável.**

Como se refere o Tribunal Supremo de Espanha, em decisão proferida em 4 de Abril de 2000 (e num contexto normativo idêntico ao nosso), decisão esta que acolhemos como elemento de referencia, um consentimento viciado em resultado de informação insuficiente sobre os riscos pode ser suficiente para constituir um dano moral grave e autónomo indemnizável em função da sua própria valoração e independente de outros danos materiais e morais consequentes ao resultado da intervenção não validamente autorizada.

Concluindo este breve enunciado da questão há, de acordo com o nosso entendimento, que distinguir os casos em que o direito à indemnização emerge de erro médico situação em que deverá abranger os danos morais e materiais e os casos em que a causa de pedir se funda exclusivamente na violação do dever de informar e consequente ausência de consentimento informado ou vício de consentimento, situações estas em que, em princípio, haverá lugar à reparação dos danos não patrimoniais relevantes consequentes á violação do direito à integridade física e moral do doente à qual acrescerá a eventualidade de uma indemnização por danos patrimoniais necessariamente decorrente da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil.,

Colocada a questão nos termos que acabamos de enunciar e dentro de uma análise de ordem geral que se justifica pela circunstancia de estarmos colocados perante um recurso de revista excepcional, cuja admissão se mostra fundamentada pela relevância jurídica e escassa jurisprudência nacional sobre a mesma, passaremos a fazer uma referencia sobre a validade do consentimento (informado) do paciente como condição de licitude da intervenção médica.

Constituindo uma intervenção médico-cirúrgica (sobretudo e como é aqui o caso de natureza invasiva) uma violação objectiva do direito (com consagração constitucional no artigo 25ª CRP) à integridade física e moral do doente e sendo enquanto tal geradora de responsabilidade civil torna-se, no entanto, em condições normais licitas licita se previamente justificada com o consentimento livre, consciente e esclarecido do lesado (excepcionam-se desta regra geral os casos em que o consentimento é dispensado nomeadamente nas hipóteses legalmente previstas no nº 2 do artigo 156º CPenal); esta realidade é válida mesmo na perspectiva do direito penal configurando a intervenção não consentida o crime previsto e punido no nº 1 do artigo 156º CPenal, sendo certo, porém, que no artigo 157º do mesmo Código se enunciam as condições gerais de eficácia do consentimento (também numa perspectiva jurídico-penal, com obvias repercussões em matéria de responsabilidade civil por factos ilícitos – artigo 483º CC - a intervenção médico-cirúrgica configura em abstracto uma ofensa à integridade física funcionando o consentimento eficaz como condição de exclusão de punibilidade).

Devemos pois ter em consideração que consentimento só se revelará válido e eficaz (quer na perspectiva da responsabilidade civil como da responsabilidade penal) quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a necessidade, natureza e riscos da intervenção, mais precisamente quando lhe tiverem sido fornecidos os elementos suficientes para que a capacidade de decidir se revele consciente e livre.

De uma forma geral e em conclusão que estabelece o quadro geral em que analisaremos a questão concreta que se nos coloca, poderemos afirmar que na relação médico/paciente o dever de informação por parte do médico (entendido como obrigação jurídica) que se mostrará cumprido quando tenha sido fornecida a informação tida por relevante é prévio ao consentimento relevante que após ser dada a informação será dado pelo paciente de forma consciente e livre; será de toda a importância lembrar que, de acordo com os princípios gerais do ordenamento civil, o consentimento do paciente enquanto declaração de vontade não pode estar afectado pelos vícios de vontade enunciados na Subsecção V do Código Civil (especialmente artigos 246 – falta de consciência da declaração – e 252 - erro sobre os motivos).

No seguimento do que referimos impõe-se agora uma nota sobre o conteúdo (mínimo) do direito à informação (relevante).

Adoptando uma perspectiva que permanece, num quadro geral, actual uma decisão (arrêt) da Cour de Cassation francesa, de 21 de Fevereiro de 1961 (considerado nesta matéria o leading case da jurisprudência francesa) estabeleceu como constituindo padrão do conteúdo do direito à informação/dever de informação a necessidade de transmissão de “uma informação simples, aproximativa, inteligível e leal por forma a permitir-ser ao doente uma tomada de decisão que ele considere como aquela que as circunstancias impõem”; este padrão geral do conteúdo de direito à informação tem naturalmente a natureza elástica e genérica necessária que se apresenta como a mais adequada a diferentes tipos de paciente e a diferentes situações clínicas integrando como elementos fundamentais os relativos às vantagens (ainda que prováveis) do tratamento ou intervenção e os (igualmente prováveis) respectivos riscos.

Estão na essência deste conteúdo típico de dever de informação as mesmas fundadas razões que estiveram subjacentes e determinaram o conceito de dever de informação que mereceu acolhimento no artigo 5º da Convenção de Oviedo (Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, adoptada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997 e em vigor na ordem jurídica nacional desde 1 de Dezembro de 2001) o qual, de um modo geral, fala numa transmissão (ética e leal) de informação adequada sobre a finalidade e natureza da intervenção assim como respectivos riscos e consequências e também da definição conceptual de direito e dever de esclarecimento consagrada no artigo 2.2 da Declaração dos Direitos dos Pacientes – Organização Mundial de Saúde (Europa), 1999.

Partindo deste modelo tem por toda a Europa a jurisprudência e mesmo alguma legislação (caso da Lei nº 2002/303 – Code de la Santé Publique, França, e Ley nº 41/2002, Espanha, que citamos a título meramente indicativo) procurado dar maior conteúdo ao direito a ser informado compreendido com uma destinação que finalisticamente procura uma tomada de decisão esclarecida e livre; neste sentido e percorrendo as linhas gerais orientadoras vêm-se afirmando, de uma forma sempre evolutiva e adequada a uma realidade que constantemente evolui, como elementos essenciais do dever de informação (e do preenchimento do co-respectivo direito) as linhas essenciais da intervenção ou tratamento a realizar, a sua utilidade, a sua eventual urgência, as consequências previsíveis, os riscos previsíveis frequentes ou graves, as alternativas possíveis e as consequências previsíveis de uma eventual recusa.

De um modo geral e partindo-se do princípio que qualquer intervenção cirúrgica tem riscos compreende a possibilidade de ocorrência de situações não desejadas ou desejáveis tem a doutrina e a jurisprudência europeia consagrado um princípio que tem como prévia do consentimento informado a transmissão de uma informação simples e aproximativa e sobretudo leal a qual compreenda os riscos normalmente previsíveis, salientando-se, porém, que se tem verificado uma maior exigência e rigor de informação nos casos de intervenções não necessárias (caso de algumas cirurgias plásticas) (como refere Rose-Marie Lozano – “La Protection Européenne des Droits de l’ Homme dans le Domaine de la Biomédecine” 2ª edição IGN 2004[19]) “quanto menos necessário for o tratamento mais rigorosa deve ser a informação devendo ser extrema na chamada cirurgia voluntária em contraposição com a cirurgia curativa ou assistencial”.

Em conclusão e no que toca aos riscos que devem ser integrar o direito à informação/obrigação de informação entendemos que os riscos a informar devem ser os riscos tidos como previsíveis e sérios[20], admitindo ainda que em intervenções de particular grau de risco se comuniquem ao paciente os riscos graves dessa mesma intervenção (morte ou invalidez permanente) ainda que de ocorrência excepcional (sobre este ponto e sobre a jurisprudência europeia relevante v. André Gonçalo Dias Pereira, obra citada (nota 6) página 425.

Na sequência do que ficou referido importa agora e dentro da análise geral que estamos a efectuar analisar a questão do onus da prova da prestação de informação.

Actualmente tanto na doutrina como na jurisprudência (tanto nacional como europeia) vem prevalecendo o entendimento no sentido de que, 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; na doutrina portuguesa este entendimento é defendido por André Dias Pereira (obra citada, página 200) que menciona ser o entendimento no sentido de recair sobre o médico o onus

probandi do cumprimento do dever de informar defendido, também e entre outros, por Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro e Capelo de Sousa.

Entendendo dever nesta matéria acompanhar-se este entendimento dominante da nossa doutrina e tornando-se relevante sublinhar ser o mesmo entendimento que vem merecendo acolhimento no Tribunal Supremo de Espanha (v. decisões de 28/12/98 e de 19/4/99, nas quais com base na teoria da facilidade probatória se imputa ao médico o ónus da prova, por ser ele que está em melhores condições de conseguir a prova) e, antes de a questão ser resolvida por via legislativa com a Loi du 4 Mars (Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé), na Cour de Cassation francesa (arrêt Hedreul de 25/2/97, onde se refere que o paciente tem mais dificuldade em provar o facto negativo que o médico o facto positivo)[21], concluímos ser nosso entendimento recair sobre o médico (enquanto devedor da obrigação de informar) o onus probandi do cumprimento do dever de informar, sendo certo que a consagração de uma posição neste sentido deve reforçar o cuidado de preenchimento das fichas clínicas com os elementos necessários à demonstração do cumprimento do dever de informar.

Enunciado o quadro geral a considerar e passando ao plano da análise concreta começaremos por mencionar (transcrevendo partes relevantes da decisão recorrida) que **depois de considerar, em linha com o entendimento dominante da doutrina e jurisprudência nacional e europeia, que o “ónus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou a instituição de saúde, porque o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de excepção, como facto impeditivo (art. 342 n°2 CC), devendo atender-se ainda ao princípio da “distribuição dinâmica da prova “ se entendeu no acórdão recorrido que no tocante ao dever de informação que “se comprovou que sempre foi comunicado ao Autor que a intervenção cirúrgica era o único meio adequado a corrigir a lesão resultante do acidente sofrido, do objectivo da intervenção, ou seja, de extirpar a hérnia e de eliminar a dor ciática e dos precisos termos em que se processaria e que foi alertado nas consultas pré-operatórias quanto ao facto de a cirurgia ser de realização simples, apresentando quadro favorável e recuperação, não se justificando o relato de complicações anormais e imprevisíveis”** concluindo-se que se encontrava satisfeito o dever de informação.

Inconformado com esta conclusão refere o recorrente que em momento algum lhe foi referida a possibilidade de agravamento da sua situação em resultado da intervenção cirúrgica e que a consciência do risco de não melhorar ou mesmo de piorar era indispensável à tomada de uma decisão informada de se submeter a nova intervenção.

No acervo factual demonstra-se, além do mais, que o R médico recorreu às intervenções cirúrgicas de acordo com o diagnóstico que os meios auxiliares permitiam e de acordo com a sintomatologia apurada, que o A foi alertado nas consultas pré-operatórias quanto ao facto de a cirurgia em causa ser de realização simples, apresentando quadro bastante favorável de recuperação, não obstante as dores que inelutavelmente se podem associar a uma intervenção cortante e invasiva, não se justificando, em face do problema concreto do A., de reduzida gravidade, do carácter menor da intervenção e da inexistência de riscos significativos, o relato de complicações anormais e imprevisíveis.

Estes elementos factuais, acompanhados dos demais relevantes alguns dos quais iremos referir, conduzem a que, tal como foi entendimento acolhido no acórdão recorrido e de acordo com a linhas gerais de análise que antes expusemos, se deva concluir que o R médico prestou ao A os elementos de informação tidos como necessários à formação de uma consciência de toda a situação fundamental para o consentimento que foi dado tanto para a primeira como para a segunda intervenção, transmitindo quer as razões da necessidade e adequação da intervenção – o protocolo médico consensualmente aceite na comunidade neurocirúrgica consiste na indicação de cirurgia para os casos em que se verifique persistência da cialgia depois de 4 a 6 semanas de tratamentos conservadores ou até antes se existir défice motor progressivo o A. foi informado pelo R. GG daquele objectivo da intervenção, ou seja, de extirpar a hérnia e de eliminar a dor ciática e dos precisos termos em que se processaria – quer a reduzida gravidade da intervenção e consequente desnecessidade de alertar para complicações anormais de todo imprevisíveis.

Os elementos informativos que de acordo com a factualidade apurada se apresentam como fornecidos mostram-se suficientes para podermos concluir que o consentimento dado pelo A para uma e outra intervenção cirúrgica, e não deixa de ser relevante a circunstancia de o A ter autorizado as duas intervenções nas condições

que as determinaram e na sequencia em que foram efectuadas, foi um consentimento informado e livre (dado no contexto de uma relação médico/paciente mais ou menos prolongada) não padecendo a declaração de autorização de qualquer vício de vontade; tal como se afirma no acórdão recorrido “comprovou-se que sempre foi comunicado ao A que a intervenção cirúrgica era o único meio adequado a corrigir a lesão resultante do acidente sofrido, do objectivo da intervenção, ou seja, de extirpar a hérnia e de eliminar a dor ciática e dos precisos termos em que se processaria, comprovou-se que o A foi alertado nas consultas pré-operatórias quanto ao facto de a cirurgia ser de realização simples, apresentando quadro favorável e recuperação, não se justificando o relato de complicações anormais e imprevisíveis e não se provou que a deterioração do seu estado de saúde e a situação depressiva tivesse sido consequência da actuação médica”.

Perante isto e na perspectiva em que o A coloca agora a sua discordância relativamente à decisão recorrida, ganha especial ou fundamental destaque a circunstancia de o acento tónico da sua discordância passar a ser relativo à alegada falta de informação quanto à possibilidade de o seu estado de saúde poder não melhorar ou mesmo piorar, informação essa que seria determinante para tomar a decisão informada de se submeter a uma segunda cirurgia (conclusões 11, 12 e 23 da alegação).

Passamos assim do plano da eventual falta de informação sobre os riscos normais ou previsíveis do acto cirúrgico para um plano de falta de informação sobre a probabilidade de obtenção do resultado desejado.

Ao utilizar a argumentação referida o recorrente desloca o núcleo típico do dever de informação prévio à intervenção cirurgica enquanto uma obrigação de meios para aquele que, em nosso entender, deveria ser o núcleo desse mesmo dever caso estivessemos no âmbito de uma obrigação de resultado ou seja o dever de informação deixaria de compreender apenas a transmissão dos riscos normais ou razoavelmente previsíveis ou mesmo significativos do tratamento ou da intervenção para passar a compreender igualmente o dever de transmitir o risco de não verificação do resultado normalmente previsível.

Ora, na cirurgia curativa ou assistencial (como é aqui o caso), ao contrario do que pode ocorrer em algumas cirurgias voluntárias, nunca o médico se compromete a um resultado limitando-se a assumir (contratualmente) a obrigação de utilização dos meios adequados à produção de um resultado (previsível) que debele ou pelo menos atenua a situação determinante da intervenção. Não sendo a medicina uma ciência exata e envolvendo o tratamento médico ou cirurgico uma alea relativamente ao resultado não pode em geral o médico vincular-se ao resultado da terapia ou da evolução clínica consequente, mostrando-se o dever de informação quanto a um resultado, apenas tido como provável ou altamente provável devidamente preenchido quando o médico informa de uma forma leal e dentro do ética e deontologicamente exigível que aquele é o meio terapeutico adequado a debelar ou minimizar os efeitos da situação determinante, fazendo referencia às vantagens prováveis daquele tratamento.

Apenas nas situações em que, como tivemos ocasião de referir, por qualquer razão (e isto pode, por exemplo, ocorrer em sede de cirurgia plástica voluntária ou cirurgia dentária), o médico promete um certo e determinado resultado não advertindo o paciente para a existência de uma margem de insucesso é que em nosso entender se verificará uma omissão do dever de informar ligada à omissão de informação sobre a probabilidade de resultado (v. decisão da Corte di Cassazioni (Itália) de 10 de Setembro de 1999, referida por André G. Dias Pereira, obra citada, página 718).

Posto isto e indo ainda mais à situação concreta, mesmo a admitir-se que constituia obrigação integrante do dever de informação o esclarecimento relativo à eficácia concreta e individual do acto cirúrgico (esclarecimento que na nossa perspectiva se mostra transmitido quando correctamente se indica ser a cirurgia o meio adequado para debelar o problema- v. entre outros os pontos 99 e 100 dos factos provados) esclarecimento que no caso concreto foi dado verifica-se que da factualidade provada não resulta minimaemnte que o resultado previsto decorrente das intervenções não tenha sido obtido.»

Acórdão da Relação de Lisboa de 3/12/2015

Processo nº 284/099TVLSB.L1-2

JORGE LEAL (Relator), Ondina Carmo Alves e Olindo Geraldes

Sumário:

I. Em acção fundada em responsabilidade por incumprimento de contrato de prestação de serviço no âmbito da atividade médica (cirurgia ocular), recai sobre o credor o ónus de provar que o médico errou, por acção e omissão, na sua actuação, recaindo sobre o devedor (a entidade responsável pela prestação do serviço) o ónus de provar que tal erro não é imputável ao médico a título de culpa.

II. Não se provando a existência de erro na realização da cirurgia nem de nexo de causalidade entre a cirurgia e os males de que o credor se queixa e pelos quais pretende ser ressarcido, perde relevo a questão da prestação de consentimento informado para a realização da cirurgia.

III. De todo o modo, sendo certo que recai sobre o devedor o ónus de provar a prestação da informação relevante para a obtenção do consentimento, cabe ao lesado alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos razoáveis, previsíveis e significativos, que lhe deviam ter sido transmitidos, sendo certo que não se exige uma referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara.

Excerto parcial do texto relevante desta decisão:

«Estando excluída a demonstração de comportamento médico ilícito, danoso e culposo por parte do R., fica prejudicada a questão da formação de um consentimento informado da realização do comportamento. É certo que constituindo o ato cirúrgico uma intromissão na integridade física de cada um, a sua licitude carece de um consentimento, presumido ou não, que quando existe só é eficaz, nos termos da lei penal, “quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física e psíquica” (art.º 157.º do Código Penal). Mas no objeto deste processo não cabe a averiguação da prática do tipo de crime referido, mas tão só a da imputabilidade ao R. dos danos ou prejuízos invocados, imputação essa que não se demonstrou. De resto, se bem que se aceite que recai sobre o médico ou devedor o ónus de provar a prestação da informação relevante para a obtenção do consentimento (v.g., acórdão do STJ, de 16.6.2015, processo 308/09.0TBCBR.C1.S1), enquanto causa de exclusão de ilicitude e, logo, facto impeditivo do direito de indemnização invocado (art.º 342.º n.º 2 do Código Civil), cabe ao lesado alegar e demonstrar que o risco de cuja verificação resultaram os danos era um dos riscos razoáveis, previsíveis e significativos, que lhe deviam ter sido transmitidos, sendo certo que não se exige uma referência à situação médica em detalhe nem a referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara (vide, v.g., acórdão do STJ, de 09.10.2014, processo 3925/07.9TVPRT.P1.S1, e acórdão da Relação do Porto, de 01.4.2014, processo 3925/07.9TVPRT.P1).

Ora, como se disse supra, não está provado que no caso sub judice os males de que o A. padece decorreram de um risco razoavelmente previsível, ou seja, que o queratocono bilateral de que o A. enferma é

uma consequência de que era suposto, por ser suficientemente frequente, o A. ter sido informado antes da realização da cirurgia.»