

# O consentimento informado (hipotético) e a oftalmologia: adequação e bom senso...

**Prof. Doutor André Dias Pereira**

Centro de Direito Biomédico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[andrediaspereira@hotmail.com](mailto:andrediaspereira@hotmail.com)

## 1. A responsabilidade civil médica por ausência de informação

A responsabilidade médica é hoje centro das atenções públicas. Seja nos meios de comunicação social, no debate universitário, ou nas salas dos tribunais, o médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade, que numa sociedade plural e aberta se afirma, cada vez mais, na sua face jurídica. Contudo, a percepção da realidade varia em função do observador. Se por parte dos médicos<sup>1</sup> se regista um receio da “negligência”, do “erro médico” – da *malpractice* – já por parte dos pacientes há um descontentamento devido à desumanização da atividade médica e uma demanda crescente da sua participação ativa nos cuidados de saúde ministrados no seu próprio corpo – fruto da democratização do conhecimento e de uma cultura consumerista e reivindicativa.

Assim, por todo o mundo, verifica-se um crescimento da litigiosidade ao nível da responsabilidade médica, ganhando destaque, nos quadros estatísticos, a responsabilidade por violação do consentimento informado (*informed consent*)<sup>2</sup>. Com efeito, mais do que o reconhecimento da negligência, que se situa na evolução natural do direito, o consentimento é a pedra angular de uma ruptura conceptual do paciente

---

<sup>1</sup> Cfr., todavia, António BARROS VELOSO, *Medicina: A Arte e o Ofício*, Lisboa, Gradiva, p. 142. O Autor assinala que a boa relação comunicacional com o paciente pode absolver o médico mais incompetente da assunção da responsabilidade: “Veja-se, por exemplo, o caso de um doente que sai do hospital satisfeito e reconhecido, que distribui presentes aos médicos e às enfermeiras e que publica agradecimentos nos jornais. Lembro-me de alguns casos destes em que, do ponto de vista técnico, tudo tinha corrido de forma desastrosa e em que a qualidade da medicina prestada tinha sido muito má.”

<sup>2</sup> Cfr. Olivier DUPUY, *L’information médicale: information du patient et information sur le patient*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, pp. 108 e ss. O Autor apresenta um estudo estatístico das decisões da *Cour de Cassation* e do *Conseil d’État* em matéria de litígios relativos à informação dos pacientes por parte dos médicos entre 1 de Janeiro de 1990 e 30 de Junho de 2000. As acções por violação do consentimento informado não sendo muito numerosas, nos tribunais superiores, têm já uma expressão significativa. O não esclarecimento dos riscos da intervenção representa 90% dos casos de falta de informação, na *Cour de Cassation*, e 76%, no *Conseil d’État*.

que se transforma num consumidor de cuidados de saúde.<sup>3</sup> Num estudo sobre responsabilidade médica, elaborado pelo *Colegio Oficial de Médicos de Barcelona*, no ano de 1998, concluiu-se que a metade das ações judiciais relativas à responsabilidade médica subjaz um problema de comunicação (violação da confidencialidade, realização de intervenções médicas sem informar o paciente, ou transmissão de informação insuficiente ou errada). Na Alemanha, já na década de setenta, duas terças partes dos processos de responsabilidade médica prendiam-se com a ausência ou insuficiência de informação.<sup>4</sup>

Uma outra razão é de natureza muito pragmática e de origem processual. Dada a extrema dificuldade de prova da negligência médica, orientar o processo com mira na responsabilidade pelo consentimento informado afigura-se, muitas vezes, mais fácil e mais eficaz.<sup>5 6</sup>

## 2. Direito à indemnização pelo dano injusto

Se, em 1984, Figueiredo Dias e Sinde Monteiro escreviam serem muito raras as ações de responsabilidade médica no nosso país<sup>7</sup>, já o mesmo se não pode afirmar atualmente. A IGAS realizou dois importantes relatórios sobre o erro médico; o primeiro em 2008 e o segundo em 2010<sup>8</sup>. No último Relatório apresentam-se dados esclarecedores quanto ao aumento da litigiosidade nos hospitais portugueses. Este relatório versou sobre um universo de 68 hospitais. As especialidades mais visadas

---

<sup>3</sup> Assim, CLÉMENT, *Droits des Malades (les répercussions de la loi du 4 mars 2002 dans le champ du droit hospitalier)*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002, p. 8.

<sup>4</sup> GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 21.

<sup>5</sup> Sobretudo, se aceitarmos que o ónus da prova do consentimento informado impende sobre o médico, como explicam LAUFS/ UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*<sup>3</sup>, München, C.H.Beck, 2002, p. 507.

<sup>6</sup> Afirmam autores norte-americanos que: “*It may be that the cases that have reached the appellate courts on an informed consent issue are those in which the plaintiff’s attorney learned he could not prove a deviation from the standard of care after he invested a significant sum in the litigation.*” - Stanley PREISER/ Cyril WECHT/ Monty PREISLER, *Preparing and Winning Medical Negligence Cases*, vol. II, p. 7. No mesmo sentido, para o direito alemão, cfr. Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht (Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht)*, 4. Auflage, Springer, 1999, p. 77.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO DIAS/ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.

<sup>8</sup> Cfr. os documentos da INSPEÇÃO GERAL DAS ATIVIDADES EM SAÚDE, “*Inspecção, Monitorização do Erro médico e Acções judiciais com pedido de Indemnização por deficiente assistência médica, nos Estabelecimentos e Serviços do Serviço Nacional de Saúde*” – Processo n.º 248/2008 e *Inspecção sobre Monitorização do Erro Médico e Acções Judiciais com Pedido de Indemnização por deficiente Assistência Médica (Follow Up)* – Processo n.º 44/2010-INS.

por processos de responsabilidade eram a Obstetrícia e Ortopedia, a Cirurgia Geral, a Ginecologia, a *Oftalmologia* e a Medicina Interna<sup>9</sup>.

Nas ações judiciais emergentes de alegada assistência médica deficiente diz o relatório que «pontificam vários elementos, sublinhando-se a relevância dos montantes indemnizatórios reivindicados». Em 2010 o montante das indemnizações pedidas ascende aos 26 milhões de euros<sup>10</sup>, tendo sido de quase 30 milhões em 2008.

Verificamos, assim, que a responsabilidade hospitalar é já uma realidade significativa e relevante no nosso país. Este aumento dos danos – desde que controlado – pode ser visto com algum otimismo. Isto significa, em primeiro lugar, uma democratização da sociedade e uma maior capacidade formal e informal de acesso ao direito. Em segundo lugar, este fenómeno poderá, melhor dizemos, *deverá* redundar num incremento da proteção da segurança do doente e uma melhoria da qualidade dos serviços de saúde. Com efeito, uma das premissas da análise económica da responsabilidade civil extracontratual é a *economia da precaução*<sup>11</sup>. Esta responsabilidade é pragmaticamente equivalente à regulação da segurança, no modo como corrige externalidades e assegura um nível eficiente de riscos de acidentes.

As seguradoras são a instituição com mais dados disponíveis, pelo que a sua análise se revela uma fonte importante de informação. De acordo com os dados de uma Seguradora a operar no mercado nacional<sup>12</sup>, desde 2004 a 2011, pagou indemnizações no valor de €1.077.825. Trata-se de um montante bastante baixo o que demonstra que a responsabilidade civil por danos causados no âmbito de atividades médicas não protege a função de ressarcimento ou de compensação.

---

<sup>9</sup> No que toca à tipologia das situações que ocorreram nos últimos cinco anos, é o erro na identificação do doente a situação mais referida pelos estabelecimentos hospitalares (17), seguindo-se os processos com informação mal arquivada (16), erros de administração (14), etiquetagem incorreta (13), erros de prescrição não conforme/indevida (13); incidentes com transfusões sanguíneas (13) e erros na avaliação do estado clínico do doente (11).

<sup>10</sup> O montante global de indemnizações pedidas ascendeu a €26.013.826,16.

<sup>11</sup> Expressão de Fernando ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, p. 840. Segundo Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito*, p. 118: “os acidentes causam danos e, conseqüentemente, implicam custos. Mas tomar precauções para os prevenir tem igualmente custos. Há, por isso, um nível eficiente de precauções (e de acidentes): só se deve gastar um euro adicional em precauções se ele poupar mais de um euro em danos. O nível eficiente de precauções é aquele para o qual o benefício marginal de precaução é igual ao seu custo marginal.”

<sup>12</sup> Resposta, datada de 15 de novembro de 2011, de uma Seguradora a operar no mercado nacional ao Presidente da Direção do Centro de Direito Biomédico.

### **3. Quando a médica oftalmologista não presta toda a informação: análise do Acórdão do STJ, de 18/3/2010**

O Acórdão do STJ, de 18/3/2010 (Pires da Rosa), pronuncia-se sobre a violação por parte de uma médica oftalmologista do dever de informação. Vejamos o essencial da matéria de facto do caso.

Uma mulher sofria de problemas na sua visão e consultou a médica oftalmologista, num consultório privado. Esta recomendou a realização de uma cirurgia a laser para tratar a miopia. Após a cirurgia, a paciente começou a ver pior e uma semana depois foi operada novamente, sem – desta feita – lhe terem sido cobradas as despesas e honorários. Infelizmente a situação clínica agravou-se, visto que a retina ficou queimada pelo laser, conduzindo à sua cegueira. A paciente intentou ação contra a médica e contra a clínica, alegando negligência na realização da intervenção.

Como esta não logrou fazer prova da culpa da cirurgiã, o processo foi orientado, já em sede de recurso, para a violação do dever de esclarecer. A paciente alegou não ter sido devidamente informada dos riscos, nomeadamente do risco de que a intervenção poderia ser mal sucedida e de que havia um risco de cegueira decorrente da dita intervenção.

O STJ manteve a decisão da Relação no sentido de que a paciente não conseguiu fazer *prova de que se tivesse recebido mais informação* (a informação adequada acerca dos riscos graves), *teria recusado a operação*.

O tribunal considerou que a situação clínica era grave e de evolução imprevisível, com um prognóstico desfavorável e que a cirurgia deveria ser feita sem demora. Por isso, o paciente teve suficiente informação *da médica que ela havia escolhido...*

Julgamos que este é o primeiro caso que chega ao STJ sobre o consentimento informado e embora não tenha conduzido a uma condenação, fica muito claro que o STJ entende que pode haver responsabilidade civil pelos danos causados por uma intervenção médica não precedida da *necessária informação*, sejam os danos derivados da violação do bem jurídico *liberdade*, sejam os danos correspondentes à violação do bem jurídico *integridade físico-psíquica*.

Trata-se, neste aspecto de um Acórdão muito importante e que saudamos vivamente. O STJ reconheceu que a *violação do dever de informar*, conduz a um

*consentimento inválido*, pelo que as lesões causados à integridade física e à liberdade são ilícitos, pelo que se gera uma obrigação de indemnizar os *danos patrimoniais e não patrimoniais* sofridos pelo lesado.

Contudo, o Acórdão contém afirmações com as quais não podemos concordar, quais sejam:

“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.*”

“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 pleonasma, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba nos mesmos termos com o mesmo crédito de confiança com que firmou a sua escolha.”

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

Este Acórdão defendeu a absolvição da médica com base na figura do “consentimento hipotético”. Este instituto deve ser acolhido como *defesa* legítima do médico perante uma ação de responsabilidade médica por *violação do dever de informação*. Contudo, o ‘consentimento hipotético’ terá que ter um desenho justo e adequado, não podendo vingar a ideia peregrina de que *alguém que escolhe previamente um determinado médico ou clínica privada, exigirá dele uma “informação menos informada”, predispondo-se a aceitar as indicações médicas que receba...*

Com efeito, e sem pretender fazer uma análise exaustiva do caso, devemos salientar um dos factos provados: perante a pergunta da paciente sobre se a intervenção tinha riscos, a médica afirmou que a operação *não tinha riscos*, pelo contrário, ‘arriscado seria não fazer a intervenção cirúrgica.’ Ora, isto demonstra um

incumprimento do dever de informação e revela ainda que a paciente tinha uma *dúvida razoável* sobre se valia ou não a pena submeter-se à dita intervenção.

Por outro lado, a paciente não assinou nenhum formulário do consentimento informado, nem consta que houvesse qualquer procedimento ou *guideline* no sentido de se respeitar o direito ao esclarecimento e ao consentimento. Tal não constitui um requisito legal, mas a sua ausência ou a de um procedimento semelhante denuncia um desinteresse da clínica oftalmológica pela atividade de prestar informações e obter o consentimento livre e esclarecido, o que indicia uma *negligência grosseira* na omissão do dever de informar.

Ou seja, encontramos já dois fundamentos (*conflito de decisão da paciente e culpa grave da médica*) que, em nosso parecer deverão conduzir à *não* aplicação do instituto do consentimento hipotético.

Em suma: a omissão de *informações fundamentais* para que o doente se autodetermine<sup>13</sup> constitui também um caso de violação grave, pelo que, regra geral, não deverá ser admitida esta defesa do médico, o *consentimento hipotético*.

Por outro lado, discordamos da tese do STJ no sentido de que deveria ser a paciente a suportar o *ónus da prova* de que teria recusado a intervenção, mesmo que tivesse sido devidamente informada. O *ónus da prova* deve impender sobre quem se pretende fazer valer de um “facto impeditivo do direito invocado” (art. 342º, n.º 2 do Código Civil), ou seja, o médico.<sup>14</sup> Como vimos, para o doente tratar-se-ia da *prova de factos negativos* (*provar que não teria aceite a intervenção médico-cirúrgica, caso tivesse sido devidamente informado*). Por outro lado, porque podemos considerar as normas que exigem o esclarecimento (art. 157º do Código Penal) como disposições legais de proteção e, deste modo, a doutrina entende haver uma inversão do *ónus da prova*.<sup>15</sup>

Em caso de fundada dúvida sobre se o paciente aceitaria a intervenção ou a recusaria, no direito português não tem que valer o princípio *tudo-ou-nada*, dada a

---

<sup>13</sup> Cf. KOZIOL, *Haftungspflichtrecht*, 1997, p. 278.

<sup>14</sup> Neste sentido, *vide* a proposta do *Study Group on European Civil Code*, cujo art. 6:109, sobre causalidade (*Causation*) prescreve: “If the information provider knows or should be aware that a subsequent decision will be based on the information to be provided, the breach of the duty of the information provider is presumed to have caused the damage if the client substantiates that, if the provider had provided all information required, a reasonable client in the same situation as this client would have seriously considered taking an alternative subsequent decision.”

<sup>15</sup> Cf. SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 150.

fecundidade hermenêutico-prática do art. 494.<sup>o</sup><sup>16</sup> Assim, o juiz português poderá perante as circunstâncias do caso, v.g., graves dúvidas de avaliação da prova produzida, o carácter *irrazoável* do juízo hipotético do paciente, o grau de culpa do médico, etc., atenuar a responsabilidade, procurando a justiça material no caso concreto.<sup>17</sup>

Para além do art. 494.<sup>o</sup>, o fundamento jurídico-positivo poderá encontrar-se no art. 570.<sup>o</sup>.<sup>18</sup> Mota Pinto afirma que afirma que “o consentimento do lesado, quando nulo ou ilegal, não faz perder ao ato violador do direito o seu carácter de ilicitude e consequentemente não isenta o autor deste da obrigação de indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Todavia, em muitos casos, será pertinente invocar o art.570.<sup>o</sup> (influência da culpa do lesado sobre o quantum da indemnização) para o efeito de reduzir ou mesmo excluir esta, mas sempre sem prejuízo, é óbvio, da responsabilidade criminal respetiva.”

Acresce, aliás, que o art. 570.<sup>o</sup> não é mais do que uma expressão, centrada na culpa, de uma regra de geral do direito da responsabilidade civil, segundo a qual, no caso de existência de uma conduta ou atividade concorrente do lesado que contribui para o dano, a responsabilidade pode ser reduzida ou excluída.<sup>19</sup>

Essa flexibilidade ou maleabilidade para fazer justiça no caso concreto está também patente no art. 566.<sup>o</sup>, n.º3, segundo o qual “o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”.

Em alternativa a este enquadramento, podemos falar de uma “concorrência alternativa de causas”, dominante na doutrina austríaca, com Franz Bidlinsky e

---

<sup>16</sup> Assim SINDE MONTEIRO, “Aspectos Particulares de Responsabilidade Médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, p. 152, em nota.

<sup>17</sup> Aceita-se assim o pensamento de Helmut KOZIOL, *Fest. Deutsch* (1999), p. 187 e, aparentemente, *de jure condendo*, de DEUTSCH/ AHRENS, *Deliktsrecht*, p. 38, “In einem solchen Fall sollte der Ersatzanspruch *ermässigt* werden.” Esta solução parece-nos preferível à solução da jurisprudência alemã do “*echte Entscheidungskonflikt*”, até porque tempera a também exigente carga probatória que impende sobre o médico, ademais se – como nós defendemos – se optar pelo critério do paciente concreto.

<sup>18</sup> MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 217.

<sup>19</sup> Nesse sentido, afirmam os *Princípios Europeus de Responsabilidade Civil*, no Capítulo 8 (Conduta ou atividade concorrente); Art. 8:101. Conduta ou actividade concorrente do lesado (1) A responsabilidade pode ser excluída ou reduzida, tomando em consideração a culpa do lesado ou quaisquer outras circunstâncias que seriam relevantes para estabelecer ou reduzir a responsabilidade do lesado na produção do dano se fosse ele o lesante. (2) No caso de indemnização por morte de uma pessoa, a conduta ou actividade desta exclui ou reduz a responsabilidade de acordo com o disposto no parágrafo (1). (3) A conduta ou actividade concorrente de um auxiliar do lesado exclui ou reduz o montante da indemnização a que este tem direito de acordo com o disposto no parágrafo (1).

Helmut Koziol, e que veio a ter acolhimento nos *Princípios Europeus de Direito da Responsabilidade Civil*, quer no já referido Capítulo 8, mas também no art. 3:106. *Causas incertas no âmbito da esfera do lesado*.<sup>20</sup>

Contudo, este Acórdão revelou-se titubeante e receoso de tirar as devidas consequências da afirmação de que existe o direito ao consentimento informado.<sup>21</sup>

Estamos em crer que a justiça e o Direito levarão a que que, no futuro, os tribunais darão o devido acolhimento às justas pretensões dos pacientes que, sendo lesados no decurso de uma intervenção médica para a qual não deram um consentimento devidamente esclarecido, possam receber uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados.

O caso que acabamos de expor encontra alguns pontos em comum com a famosa decisão australiana *Rogers v. Whitaker*<sup>22</sup>, em que o *High Court* condenou o oftalmologista pelos danos causados por uma cirurgia oftalmológica, em virtude de não ter informado a paciente do risco de 1/14.000 de desenvolvimento da síndrome de oftalmia simpática.

Esta decisão teve um profundo impacto na prática médica na Austrália, e não apenas na área da oftalmologia, tendo contribuído para por termo a uma certa atitude paternalista dos médicos sobre o que é melhor para os pacientes, obrigando-os a revelar os riscos graves, mesmo que raros, especialmente quando há alternativas<sup>23</sup>

Entre nós, o STJ está longe – muito longe – de conceder esta proteção à autodeterminação dos pacientes.

---

<sup>20</sup> “O lesado deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma atividade, ocorrência ou qualquer *outra circunstância* que *se situe no âmbito da sua própria esfera*, incluindo eventos naturais.”

<sup>21</sup> Supomos que não terá sido irrelevante para o STJ a mudança de tática processual do Autor, que orientou a demanda para uma vulgar ação de violação das *leges artis*, mas que perante a impossibilidade de prova, procurou (já em sede de recurso) mudar a ação para uma demanda cuja causa de pedir seria a falta de informação adequada e consequente consentimento informado viciado.

<sup>22</sup> *Rogers v. Whitaker* [1992] *High Court of Australia* 58; (1992) 175 *CLR* 479 (19 November 1992).

<sup>23</sup> Arlene Macdonald, “Rogers v. Whitaker: Duty Of Disclosure”, *Bioethics Research Notes* 5 (3): September 1993.



