

FALTA DE CONSENTIMENTO INFORMADO E CONSEQUENTE DANO DA PERDA DE CHANCE¹

Maria Malta Fernandes²

ESTG/Instituto Politécnico do Porto

Susana Sousa Machado³

ESTG/Instituto Politécnico do Porto

DOI: <https://doi.org//10.62140/MFSM4752025>

Sumário: 1. Introdução; 2. O consentimento; 3. A falta de consentimento e a falha no consentimento informado; 4. O dano da perda de chance decorrente da falta de consentimento e da falha de consentimento informado; 5. Conclusões; 6. Referências.

Summary: 1. Introduction; 2. Consent; 3. Lack of consent and failure on informed consent; 4. Damage from loss of chance due to lack of consent and failure of informed consent; 5. Conclusions; 6. References.

Resumo: A teoria da perda de chance por falta de consentimento ou sem consentimento devidamente informado tem a sua aplicação em contextos de atividade médica quando o lesado sofre um dano em razão de aquele consentimento ter falhado ou porque foi incorretamente prestado, vindo-lhe a ser coartada a opção de tomar outra decisão que não seja aquela que lhe causou prejuízo.

¹ This work has been supported by national funds through FCT - Fundação para a Ciência e Tecnologia through project UIDB/04728/2020.

²Doutorada em Direito, Professora Adjunta, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, ESTG/Instituto Politécnico do Porto, CIICESI, mdf@estg.ipp.pt;

³Doutorada em Direito, Professora Adjunta, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, ESTG/Instituto Politécnico do Porto, CIICESI, scm@estg.ipp.pt.

Exemplos típicos destas situações dizem respeito aos casos da intervenção cirúrgica em que ocorre um risco para o qual o paciente não foi convenientemente informado ou então essa desinformação existe quanto aos riscos da terapia à qual será submetido.

Nestes casos, haverá a necessidade de questionar qual teria sido a vontade do paciente se tivesse tomado conhecimento do risco a que se expunha para que se possa avaliar se existe nexo causal entre a omissão e o dano.

Sucede que, não parece que se consiga chegar a uma conclusão segura de que mesmo que tivesse sido informado o lesado não arriscaria submeter-se à intervenção cirúrgica, o que sugere uma incerteza e em consequência, será que podemos permitir-nos a almejar um ressarcimento aplicando, *in casu*, a teoria da perda de *chance*?

Ora, muito embora essa incerteza causal provenha da dificuldade de prever um comportamento humano, o certo é que o problema é materialmente o mesmo que existe em qualquer outra das *fattispecie* suscetíveis de conduzir à aplicação da teoria da perda de chance e ao consequente ressarcimento do dano decorrente da sua perda: a margem de incerteza traduzida na impossibilidade de afirmar a existência de um nexo de causalidade entre aquela falta de consentimento (ou falha no consentimento informado) e a ocorrência do dano final, desloca o nexo causal levando a que este se verifique entre esse dano traduzido na falta de consentimento e a perda de oportunidade de decidir.

Palavras-chave: perda de chance, consentimento, nexo de causalidade.

Abstract: The theory of loss of chance due to lack of consent or uninformed consent applies in medical contexts when the injured party suffers damage because the consent failed or was incorrectly provided, thus depriving them of the option to make a different decision that would not have caused harm.

Typical examples of these situations involve surgical interventions where there is a risk the patient was not adequately informed about, or there is misinformation regarding the risks of the therapy to be undertaken.

In these cases, it is necessary to question what the patient's decision would have been if they had been aware of the risk they were exposed to, in order to assess

whether there is a causal link between the omission and the damage. However, it seems unlikely to reach a safe conclusion that even if the injured party had been informed, they would not have risked undergoing the surgical intervention, suggesting uncertainty. Consequently, can we allow ourselves to seek compensation by applying the theory of loss of chance in this case?

Although this causal uncertainty stems from the difficulty of predicting human behaviour, the problem is materially the same as in any other situations that could lead to the application of the theory of loss of chance and the consequent compensation for the damage resulting from its loss: the margin of uncertainty translated into the impossibility of affirming the existence of a causal link between the lack of consent (or failure in informed consent) and the occurrence of the final damage shifts the causal link, leading it to be established between this damage translated into the lack of consent and the loss of opportunity to decide.

Keywords: loss of chance, consent, causal link.

1. Introdução

O conceito de consentimento informado surge correntemente associado à atividade do profissional de saúde, na relação que se estabelece entre este e o paciente, consistindo o seu exercício num direito de autodeterminação deste último ao qual se contrapõe o dever de respeito pela liberdade de escolha e de resolução por parte do primeiro.

O artigo 5º da CEDH⁴ prevê que “qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”, mais se prevendo que essa pessoa “deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção,

⁴ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; in dcjri.ministeriopublico.pt (consultado em 12/01/2025). Este diploma normativo internacional, também conhecido por Convenção de Oviedo atendendo ao local onde a 4 de abril de 1997, foi aberto às assinaturas dos Estados, vindo a ser ratificado no que ao Estado Português diz respeito em 2001, sendo considerado a base fundamental do direito médico português.

bem como às suas consequências e riscos” e ainda a possibilidade de “a pessoa em questão, poder, a qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

No mesmo sentido, sob a epígrafe “Direito à integridade do ser humana”, também o artigo 3º da CDFUE⁵, prevê no número 2 que “no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”.

No que à legislação portuguesa diz respeito, o artigo 70º CC que prevê a tutela geral da personalidade física e moral do sujeito jurídico possibilita-lhe reagir contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça a qualquer direito de personalidade e entre eles à integridade física e moral e, constituindo os tratamentos e intervenções médicas ofensas a este último, enquanto direito de personalidade do paciente, de forma a excluir a sua ilicitude, há que obter o seu consentimento nos termos dos artigos 81º e 340º do CC, esclarecendo o n.º 1 deste último que “O ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”⁶.

Assim, face ao disposto nos normativos suprarreferidos, o consentimento livre e esclarecido do paciente, prévio a uma terapia e/ou intervenção médica, excluirá a ilicitude da atuação do profissional de saúde, quando em presença do apuramento de responsabilidade civil por ato cometido no exercício daquela atuação.

O mesmo não se dirá se houve, efetivamente, falta de consentimento ou então este foi prestado de forma deficiente, isto é mal-esclarecida, não tendo, pois, o paciente ficado convenientemente informado quanto a dados relevantes da sua situação em concreto, designadamente, quanto aos riscos atinentes a eventual intervenção médica, ou terapia a que iria ser ou foi submetido. Nestes casos, haverá

⁵ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; in op.europa.eu (consultado em 12/01/2025).

⁶ Também o Código Penal Português, consagra no artigo 156º, n.1 que se o médico, ou as pessoas legalmente autorizadas, “realizarem tratamentos ou intervenções sem o consentimento do paciente, são punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, mais esclarecendo o artigo 157º sob a epígrafe “*dever de esclarecimento*” que, “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 tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar dano à saúde, física ou psíquica”.

uma conduta ilícita do profissional de saúde, este será responsável civilmente e obrigado a reparar todos os danos sofridos pelo paciente com fundamento em falta de consentimento devidamente informado.

Ora, situações de falha no consentimento do paciente podem provocar responsabilidade pelo dano de perda de chance. *In casu*, situações de intervenções cirúrgicas que envolvem riscos para os quais aquele não foi convenientemente informado ou aquelas outras situações em que o paciente não foi devidamente esclarecido quanto aos riscos da terapia à qual foi submetido. Nestes casos, coloca-se a questão: qual teria sido a vontade do paciente, se tivesse oportunamente tomado conhecimento do risco a que se expunha, para que se possa concluir se existe nexo causal entre aquela omissão e o dano sofrido?

Não nos parece que consigamos chegar a uma conclusão segura de que se o paciente tivesse sido corretamente informado e consentâneo a esta informação prestasse validamente o seu consentimento ao ato, não arriscaria submeter-se à intervenção cirúrgica e/ou ao regime terapêutico proposto. De todo o modo, caberia ao paciente decidir, e esta oportunidade de o fazer foi-lhe impossibilitada pela falta de informação necessária à verificação do consentimento informado, impossibilidade essa que se configura como um dano de perda de chance passível de ser ressarcido.

2. O Consentimento

O consentimento informado é o ponto de partida para uma prática médica baseada no respeito pela liberdade, autonomia e autodeterminação da pessoa. Aspirar a essa autonomia da pessoa como expressão máxima da liberdade e como fundamento da dignidade da natureza humana deverá ser uma das responsabilidades fundamentais do profissional de saúde⁷.

⁷ Pereira, André G. Dias (2017). *O consentimento informado em Portugal – breves notas*, Revista Eletrónica da Faculdade de Direito de Franca, V.12, nº 2, dez.2017, pp.23-36.

Como já antecipamos, a atuação do profissional médico apenas será lícita se o paciente a consentir, e se esse consentimento for prestado de forma esclarecida, devendo este último estar perfeitamente esclarecido quanto aos factos relevantes face às circunstâncias do caso em concreto, entre os quais se incluem os riscos próprios de uma eventual intervenção cirúrgica e/ou tratamento terapêutico.

Podemos distinguir no consentimento informado três fases distintas: a informação, a confirmação do esclarecimento e o consentimento propriamente dito.

A informação é condição de validade do consentimento do paciente⁸, sendo que só a verificação da primeira pode levar ao cumprimento do segundo.

Assim, quando o profissional de saúde não informa o paciente ou essa informação é prestada de forma deficiente, o consentimento daí decorrente há-de considerar-se automaticamente inválido porque corresponde a uma atuação médica diversa daquela sobre a qual o paciente assentou a sua vontade.

Contudo, o dever de informar não é assim tão linear pois a este soma-se também o dever de ouvir. Daí dizer-se que o relacionamento: profissional médico - paciente tem por base uma troca de informações que decorre no âmbito de uma relação que se estima de confiança. Digamos que haverá um intercâmbio comunicacional entre o médico e o seu paciente no sentido em que cabe ao primeiro, informar o paciente de todas as circunstâncias que considera serem importantes para que o segundo fique bem informado relativamente às mesmas, cabendo a este, a responsabilidade de eventuais pedidos de esclarecimentos, os quais vão acrescentar à informação dita, detalhes e preocupações relevantes que permitirão ao profissional médico complementar a sua informação.

⁸ Rosa, Paulo Jorge Ferreira, *Responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal – Estado da Arte*, trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular optativa de Direito da Responsabilidade, do Mestrado Científico em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p.16.

À informação prestada ao paciente pelo profissional médico, a qual se estima seja clara e suficiente, no sentido de ser simples, acessível, mas precisa⁹, segue-se a confirmação do esclarecimento.

De facto, aqui chegados há que averiguar se efetivamente o paciente ficou devidamente esclarecido sob pena de toda a informação prestada pelo profissional médico ser desprovida de sentido, tal como que não existisse e vindo a redundar num consentimento inválido.

Digamos que o médico deverá certificar¹⁰ se o paciente ficou cabalmente esclarecido, o que atualmente assume uma importância acrescida se atendermos à crescente utilização de formulários pré-elaborados contendo informação sobre o ato médico a realizar e nos quais o paciente apenas de limitará a apor a sua assinatura¹¹.

O consentimento propriamente dito corresponde à terceira fase do consentimento informado, à qual corresponde a autodeterminação do sujeito jurídico: o dever de obtenção do consentimento e o correspondente direito ao mesmo¹².

Quanto à forma de prestar o consentimento, a mesma pode assumir a forma de declaração expressa ou tácita¹³, não obstante a exigência legal para o prévio consentimento prestado de forma expressa pelo paciente para determinados atos médicos que impliquem uma especial invasão na sua integridade físico-psíquica. Tal é o caso, por exemplo, das intervenções médicas em caso de procriação medicamente

⁹ Segundo Rute Pedro, “ao cumprimento deste dever a cargo do médico na relação com o paciente, corresponde uma informação prestada em quantidade e qualidade”. Pedro, Teixeira. R. (2008). *A Responsabilidade Civil do Médico- Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra Editora, p. 77 e 78.

¹⁰ Rodrigues, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 242.

¹¹ Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 473.

¹² Aqui se inclui igualmente a recusa ao ato médico. Esta, desde que devidamente esclarecida terá de ser respeitada pelo médico ainda que lhe pareça irrazoável. Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.473.

¹³ Vigora, pois, o princípio da liberdade declarativa – art. 217º CC, sem que tal ponha em causa a validade do consentimento.

assistida¹⁴, em situações de doação de órgãos e tecidos¹⁵, em ensaios clínicos com seres humanos¹⁶, em intervenções psicocirúrgicas¹⁷. Nestas situações, o legislador exige uma inequívoca manifestação de vontade e por tal, tem de ser prestado “por palavras, escrito ou qualquer meio direto de manifestação de vontade”, nos termos do art. 217.º, n.º 1, 1.ª alternativa, do CC.

Existem, contudo, situações que constituem exceções ao dever de informar ou ao dever de obter o consentimento, como é o caso do privilégio terapêutico, do direito a não saber e do consentimento presumido.

A exceção do privilégio terapêutico verifica-se quando em presença de situações em que o conhecimento da informação pelo paciente possa pôr em perigo a sua vida ou lhe possa causar grave dano à saúde, física e psíquica¹⁸.

A exceção do direito a não saber surge-nos como a dimensão negativa do direito a ser informado, mas ainda assim, configura-se como uma manifestação do direito à autodeterminação da autonomia do paciente¹⁹.

Este direito a não saber, encontra-se previsto no artigo 10.º, n.º 2 da CEDH Bio segundo o qual “a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada” e é reiterada pelo n. 3 do art. 50º do CDOM ao prever que a comunicação “não deve ser feita se o paciente a não desejar”.

¹⁴ art.14.º, n.º 1 da Lei 46/2006, de 31 de julho;

¹⁵ art. 19.º, n.º 2 da CEDH Bio e 8.º, n.º 1 da Lei n.º 22/2007, 29 de junho;

¹⁶ art. 6.º, n.º 1, al. d) da Lei n.º 46/2004, 19 de agosto;

¹⁷ art. 5.º, n.º 2 da Lei n.º 36/98, 24 de julho – Lei da saúde mental;

¹⁸ Nesse sentido, o artigo 50º, n. 2 do CDOM (Código Deontológico da Ordem dos Médicos) prevê que a informação “*exige prudência e delicadeza*” e que devem ser “*ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar*”, mais referindo o art. 44.º, n.º 4 daquele diploma que, “*o esclarecimento deve ter em conta o estado emocional do doente*”.

¹⁹Rosa, Paulo Jorge Ferreira, *Responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal – ‘Estado da Arte’*, trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular optativa de Direito da Responsabilidade, do Mestrado Científico em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p.22.

Esta exceção ao dever de informar contempla restrições, designadamente para efeitos de proteção de terceiros, como é o caso, por exemplo, de estarmos em presença de eventual transmissão de doença infetocontagiosas²⁰.

O consentimento presumido²¹, exceciona o dever de o obter a cargo do profissional médico quando este tem de atuar nas situações de urgência em que o paciente se encontra inconsciente ou por outra razão em que se encontre incapaz de consentir. Nestas situações a lesão à integridade física provocada pelo ato médico presume-se consentida porque foi realizada no interesse do paciente “e de acordo com a sua vontade presumível”.

De todo o modo, haverá que apurar, se possível, essa vontade presumível, recorrendo a informações sobre as convicções e valores do paciente junto dos seus familiares. Assim, caso o médico venha a apurar que o paciente não consentiria na intervenção, deve abster-se de a praticar porque deixará de estar a cumprir o requisito “de acordo com a sua vontade presumível”. Exemplo típico desta situação é o caso de intervenções com transfusões sanguíneas em Testemunhas de Jeová.²²

3. A falta de consentimento e a falha no consentimento informado

Uma prática médica que se pretenda baseada no respeito pela liberdade, autonomia e autodeterminação do sujeito jurídico deverá ter como ponto de partida, o consentimento informado do paciente, princípio fundamental juridicamente sustentado pelos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada do sujeito jurídico.

²⁰Cfr. art. 10.º, n.º 3 da CEDH Bio.

²¹ Com previsão legal no 8.º da CEDH Bio e no que à legislação portuguesa diz respeito, no art. 340.º, n.º 3 do CC, no art. 156.º, n.º 2, al. a) do CP e no art. 47.º, als. a) e b) do CDOM.

²²Rosa, Paulo Jorge Ferreira, *Responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal – ‘Estado da Arte’*, trabalho apresentado no âmbito da unidade curricular optativa de Direito da Responsabilidade, do Mestrado Científico em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p.22.

Ora, um dos fatores essenciais em que se estriba a responsabilidade civil por ato médico consiste na violação dos direitos dos pacientes, salientando-se, entre estes a sua autonomia e autodeterminação por desrespeito do dever de informar necessário para se alcançar o consentimento livre e esclarecido.

Digamos que o paciente só autoriza a intervenção médica efetuada na sua pessoa, de forma plena e consciente, se estiver na posse dos elementos necessários para tomar essa decisão: só então se pode concluir pela verificação do seu consentimento livre e informado²³.

Certo é que esse dever de informar tanto pode ocorrer quando o consentimento, ou não ocorre de todo, ou há falha no consentimento informado por insuficiência ou inadequação das informações fornecidas ao paciente antes da realização de uma intervenção médica ou de uma administração terapêutica.

Este consentimento informado deve ser contínuo e dialogado com o paciente, sempre em constante esclarecimento sobre os riscos, benefícios, alternativas e prognósticos do tratamento que lhe é proposto, sendo certo que jamais a utilização de formulários de consentimento pode substituir a necessidade de uma comunicação clara e compreensível.

Tanto a falta de consentimento quanto a falha no consentimento informado representam graves violações dos direitos do paciente e na medida em que configuram uma violação dos seus direitos fundamentais, eventualmente geradoras de danos morais e materiais, desencadeiam responsabilidade civil do profissional de saúde e a correspondente indemnização.

Esse sentido foi o sufragado pelo Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 2 de junho de 2015 quando refere, “o médico é obrigado a proceder à reparação dos danos causados pelo incumprimento ou cumprimento defeituoso, quando, por facto que lhe seja imputável, não cumpre, ou cumpre de forma deficiente, alguma das obrigações que integram o complexo de deveres que o oneram, designadamente, o

²³ Nesse sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24-10-2019 (proc. 3192/14.8TBBRG.G1.S2 – Relator: Acácio das Neves), in www.dgsi.pt.

dever de informação ao doente, de modo a este poder prestar um consentimento esclarecido, o dever de obter o consentimento prévio para procedimentos médicos que envolvam riscos e, ainda, o dever de acompanhamento e de informação relativo ao tratamento e cuidados a adotar após alta médica do doente”²⁴.

A decisão judicial supra referida foi pioneira em Portugal na condenação de um profissional médico por violação do dever de obtenção do consentimento (informado) afirmando-se claramente a responsabilidade civil por tal violação, ficando claro a partir daí, o reconhecimento jurisprudencial de todos os efeitos civis decorrentes da violação do consentimento informado. Em suma, seriam ressarcíveis não só os danos patrimoniais causados pela violação do direito do paciente à autodeterminação e à liberdade, mas também por violação da sua integridade física (e eventualmente, da vida), bem como os danos patrimoniais derivados do agravamento do estado de saúde do sujeito jurídico. Assim sendo, o montante de indemnizações resultante de um processo de responsabilidade civil por violação do consentimento informado poderá ser tão elevado como os casos de negligência médica²⁵.

4. O dano da perda de chance decorrente da falta de consentimento e da falha de consentimento informado

Vimos que a responsabilidade civil médica por falta de consentimento e por falha no consentimento informado tem por base a violação do dever de informar, desencadeando a obrigação de indemnizar o paciente porque em causa está a sua autodeterminação enquanto sujeito de Direito.

A jurisprudência, há uns anos a esta parte, tem vindo a considerar que a falta de consentimento e a falha de consentimento informado podem configurar-se como um dano de perda de chance no sentido em que a violação daquele direito do paciente

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015 (proc. 1263/06.3TVPRT.P1. S1 – Relator: Maria Clara SottoMayor), in www.dgsi.pt.

²⁵ Pereira, André G.Dias (2017). *O consentimento informado em Portugal – breves notas*, *Revista Eletrónica da Faculdade de Direito de Franca*, V.12, n° 2, dez.2017, pp.3-10.

o impediu de tomar em consciência uma decisão, nomeadamente, submeter-se ou não à intervenção cirúrgica, prosseguir ou não no programa terapêutico. A responsabilidade civil do profissional de saúde, nesses casos, não se limitará ao resultado do procedimento médico ou do tratamento, mas à perda da oportunidade de escolha do paciente.

Contudo, para a caracterização do dano sofrido pelo paciente, decorrente da falta de consentimento e falha de consentimento informado, é necessário demonstrar que a chance perdida era real e significativa, e que aquela violação foi a causa direta dessa perda.

Digamos que estamos neste caso perante um dano autónomo do paciente o qual consiste na sua “perda de oportunidade de decidir”^{26/27}

O cálculo da indemnização pelo dano da perda de chance implica uma análise criteriosa das circunstâncias do caso concreto e há que considerar o impacto potencial da decisão informada do paciente caso ela tivesse ocorrido, isto é, o profissional médico pode ter de responder por todos os danos decorrentes da violação do dever e aqui temos uma responsabilidade total ou pode o tribunal levar em linha de conta qual a probabilidade para o paciente de recusar um tratamento caso tivesse recebido a informação devida, porque neste caso, a responsabilidade do profissional de saúde pode ser apenas parcial.

²⁶ Oliveira, Nuno Manuel, *O princípio do consentimento informado e a presunção de um comportamento conforme à informação ...* Lex Medicinæ, Ano 19, n.º 37 (2022)

²⁷ A título de exemplo, indicam-se alguns exemplos paradigmáticos de casos de perda de chance decorrente da falta de consentimento informado na atividade médica, como seja a situação em que uma paciente não foi adequadamente informada sobre os riscos de uma cirurgia estética; a falta de consentimento informado neste caso, originou complicações a que eventualmente a paciente não se sujeitaria se tivesse sido devidamente esclarecida para a sua ocorrência; nestes casos em concreto a jurisprudência tem vindo a reconhecer a perda de chance da paciente de evitar o procedimento ou buscar até uma segunda opinião. Outro exemplo típico a indicar poderá ser o caso do doente oncológico que não foi informado sobre uma alternativa de tratamento menos invasiva; a omissão do médico resultou na perda da chance do paciente de optar por um tratamento que poderia ter melhorado sua qualidade de vida, vindo nestes casos a jurisprudência a considerar que a falha de informação com vista ao consentimento do paciente configura-se como uma perda de chance indemnizável.

O certo é que não conseguimos concluir com segurança que mesmo que o paciente tivesse sido informado, ou tivesse esta informação sido prestada corretamente e conseqüentemente prestado o seu consentimento, não arriscaria submeter-se à intervenção cirúrgica e/ou ao tratamento terapêutico sugerido.

Essa incerteza, proveniente da dificuldade de prever um comportamento humano impossibilita afirmar a existência de um nexo de causalidade entre aquela falta de consentimento (ou falha no mesmo) e a ocorrência do dano final deslocando o nexo causal de forma que este se verifica entre o dano traduzido na falta de consentimento e a perda de chance ou de oportunidade de decidir.

5. Conclusões

O consentimento informado constitui um pilar fundamental na atividade médica, refletindo o respeito pela autonomia e autodeterminação do paciente.

A legislação portuguesa, alinhada com os diplomas de direito internacional como a CEDH Bio e a CDFUE, estabelece claramente a necessidade de um consentimento livre e esclarecido para qualquer intervenção médica. Este consentimento deve ser precedido por uma informação adequada e compreensível para o paciente de forma que este possa tomar uma decisão consciente sobre uma eventual intervenção terapêutica ou cirúrgica a que seja submetido.

A falta de consentimento ou uma falha no consentimento informado pode desencadear responsabilidade civil para o profissional de saúde, suscetível de o obrigar a reparar os danos causados. De facto, a jurisprudência tem comumente reconhecido a importância deste princípio, considerando a violação do dever de informar como uma ofensa aos direitos fundamentais do paciente, passível de gerar danos patrimoniais e morais. Este conceito sublinha a importância de uma comunicação clara e contínua entre médico e paciente, garantindo que todas as informações relevantes sejam devidamente compreendidas.

Há uns anos a esta parte, uma nova espécie de dano tem vindo a ser reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina, pese embora a falta do devido acolhimento normativo. Em concreto, aquela falta de consentimento ou falha no

consentimento informado, configura-se num dano de perda da chance, no sentido em que o paciente alvo foi privado da oportunidade de tomar uma decisão informada.

Ainda que sem concluir com segurança qual a decisão que o paciente tomaria caso não houvesse violação daquele dever fundamental, certo é que não podemos descartar que o dano ocorreu, não que onexo causal que leva ao seu ressarcimento tenha ocorrido entre aquela violação e o resultado final, mas antes entre essa violação e a perda de chance ou de oportunidade de decidir.

Em conclusão há que ter presente que o consentimento informado e/ou devidamente prestado, não deve ser entendido apenas como um requisito legal, mas mais do que isso, haverá de assumi-lo como um imperativo ético que protege a dignidade e os direitos do paciente, promovendo uma prática médica mais humana e responsável, essencial para a construção de uma relação de confiança e respeito mútuo entre o paciente e o profissional de saúde.

6. Referências

Bibliografia:

- Oliveira, Nuno Manuel, *O princípio do consentimento informado e a presunção de um comportamento conforme à informação ...* Lex Medicinæ, Ano 19, n.º 37 (2022);
- Pedro, Teixeira. R. (2008). *A Responsabilidade Civil do Médico- Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra Editora;
- Pereira, André G. Dias, *O consentimento informado em Portugal – breves notas*, *Revista Eletrónica da Faculdade de Direito de Franca*, V.12, n.º 2, dez.2017;
- Pereira, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- Rodrigues, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

- Rosa, Paulo Jorge Ferreira, *Responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal – ‘Estado da Arte’*, Mestrado Científico em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013;

Jurisprudência:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-06-2015 (proc. 1263/06.3TVPRT.P1. S1 – Relator: Maria Clara SottoMayor), in www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24-10-2019 (proc. 3192/14.8TBBERG.G1. S2 – Relator: Acácio das Neves), in www.dgsi.pt.

Webgrafia:

- CEDH/Bio - Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; in decri.ministeriopublico.pt;
- CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; in op.europa.eu;
- CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos, Reg n.º 14/2009 de 13/01; in https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tabela=leis.