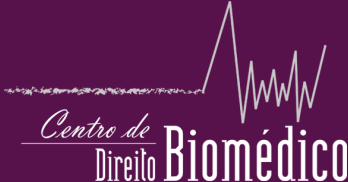


# Lex Medicinae

Revista Portuguesa de Direito da Saúde

Ano 18 - n.º 36 - 2021  
Publicação Semestral

  
Centro de  
Direito Biomédico

# INFORMAÇÃO E CONSENTIMENTO INFORMADO COMO DECLARAÇÕES CONTRATUAIS; RELEVÂNCIA EM SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO <sup>(1)</sup>

Hígina Castelo <sup>(2)</sup>

**Resumo:** *A informação prestada pelo profissional de saúde destinada à obtenção do consentimento informado para dado ato médico, além de cumprimento de dever legal, constitui também, em muitas situações, uma declaração contratual conformadora da prestação do profissional de saúde. Em função das declarações prestadas sobre as características e os riscos do ato médico a realizar, a obrigação contraída pelo profissional de saúde estará mais ou menos comprometida com o resultado correspondente ao interesse primário ou final do credor no contrato de prestação de serviço médico (obrigação de resultado/ obrigação de meios). O tipo de obrigação releva na identificação dos atos de cumprimento e de alguns casos de responsabilidade pelo incumprimento (não necessariamente naqueles em que a lesão decorre de ato praticado durante a realização da prestação contratual, mas não necessário à sua execução, em que a responsabilidade pela prática desse ato lesivo é independente do tipo de obrigação contraída).*

**Palavras-chave:** *Contrato de prestação de serviço médico, consentimento informado, obrigação de resultado e obrigação de meios, cumprimento defeituoso, responsabilidade médica.*

**Abstract:** *The information provided to obtain informed consent for a given medical act, in addition to complying with a legal duty, is also, in many situations, a contractual declaration that shapes the obligation of the health professional. Depen-*

*ding on the statements made about the characteristics and risks of the medical act, the obligation of the health professional will be more or less committed to the result corresponding to the primary or final interest of the creditor in the health service contract (obligation to achieve a specific result or obligation of best efforts). The type of obligation is relevant to the identification of compliance and of some cases of non-compliance (except when injury results from an act performed during the performance of the agreed health intervention, but not necessary for its execution, in which liability may be independent of the type of obligation).*

**Keywords:** *Contract for the provision of health care, informed consent, obligation to achieve a specific result and obligation of best efforts, defective performance, medical liability.*

145

## 1. Introdução

Os casos, curtos e simplificados, adiante narrados são fruto da imaginação, mas as suas semelhanças com casos reais não são mera coincidência. Na minha profissão de juíza, várias vezes tive de refletir sobre os problemas de responsabilidade civil médica trabalhados no texto e que respeitam ao cerne dos contratos de prestação de serviço médico e dos litígios deles emergentes: o acordo e o incumprimento.

Constatai que existe com frequência uma indissociabilidade, *de facto*, entre as declarações do profissional de saúde formativas do contrato, relativas à sua prestação contratual, e as informações

<sup>1</sup> O presente texto, embora de há muito cogitado, nasceu em forma de letra na sequência de apresentação livre no 2.º Congresso Internacional “Saúde, novas tecnologias e responsabilidade: perspetivas contemporâneas” — Direito e Responsabilidade em Saúde, realizado nos dias 20 e 21 de maio de 2021, e organizado pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> Juíza desembargadora; doutora em Direito Privado pela Universidade Nova de Lisboa; investigadora do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade.

necessárias à obtenção do consentimento informado para o ato, em cumprimento de deveres legais.

Se é certo que, *juridicamente*, a *declaração contratual* de proposta de serviço médico e as *informações* sobre as características e riscos do ato médico são situações distintas, e que, *socialmente*, uma e outras podem corresponder a ocorrências separadas (seja porque as informações para o ato médico são prestadas no decurso de uma relação contratual prévia, sem que esse ato médico seja objeto mediato de um contrato autónomo, seja porque a contraparte do profissional de saúde no contrato de serviço e o paciente de quem tem de ser obtido consentimento informado podem ser pessoas diferentes), não é menos certo que, deste mesmo *ponto de vista das ocorrências sociais*, há *casos em que uma e outras são incidíveis*. Em alguns desses casos é afirmada a ausência de riscos do ato médico a realizar, sendo tal afirmação verdadeira e completa nalguns deles, e falsa ou insuficiente noutros.

As características e riscos do ato médico a realizar declaradas pelo prestador de serviço conformam a obrigação contraída, que, em função disso, se classificará como de meios ou de resultado, com consequências na aferição de casos de incumprimento que diretamente se relacionem com a prestação contratual.

Falar da importância das declarações contratuais no momento do incumprimento não se completa sem falar dos casos, que em sede de responsabilidade médica são muitos, em que, nesse momento, elas são irrelevantes, porque o defeito do cumprimento não respeita diretamente à prestação, mas a uma violação desnecessária da integridade física do paciente ocorrida durante a realização da prestação.

Muito do que adiante se escreve é válido independentemente de se verificar a referida incin-

dibilidade entre proposta contratual e informações relativas ao ato médico, mas a consciência de que há casos em que as mesmas declarações se subsumem simultaneamente aos dois conceitos permite uma melhor compreensão dos contratos em que isso sucede.

Antes do mais, importa explicitar significados atribuídos neste texto:

- «Profissional de saúde», dependendo do contexto, designa a pessoa singular ou coletiva que transmite a informação necessária ao consentimento informado para dada intervenção clínica – quer aja em nome próprio, enquanto prestador de serviço (único ou entre outros), quer atue por conta de outra pessoa singular ou coletiva para a qual trabalhe ou à qual preste serviços –, ou a pessoa singular ou coletiva contraparte do paciente no contrato de prestação de serviço médico e que pode, ou não, coincidir com a primeira;
- «Paciente» designa a pessoa singular na qual são praticados atos médicos, de quem deve ser obtido consentimento e que é cliente no contrato de prestação de serviço médico, ou, consoante o contexto, a pessoa que reúne uma ou duas destas qualidades (pois há contratos em que elas podem recair sobre três pessoas distintas – v.g., um contrato de prestação de serviço médico a favor de terceiro, celebrado entre A e o hospital B, sendo A tio da criança C, cujos representantes são os pais D e E).

## II. O contrato de prestação de serviço médico – significado(s) e formação

1. Encontra-se pacificada a conceção da *relação entre o profissional de saúde e o paciente como contratual, pelo menos quando o primeiro é uma entidade privada a quem o segundo solicita um serviço médico*. Esta é, porém, uma realidade recente. Recuando ao século precedente, mais ou menos décadas, dependendo do local, a responsabilidade do médico perspetivava-se como aquiliana<sup>3</sup>. Esta realidade histórica, aliada ao facto de os danos causados pela execução contratos de prestação de serviço médico decorrerem frequentemente da violação de deveres de cuidado ou de proteção, pode explicar os processos de argumentação ainda hoje mais habituais na apreciação da responsabilidade civil emergente de contratos de

<sup>3</sup> Em França, foi com um acórdão do Tribunal de Cassação de 1936 (*arrêt Mercier*) e a partir dele que se passou a analisar a relação entre um médico profissional liberal e o seu paciente como contratual: «Depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936 (D 1936, p 88 à 96, note Etienne Picard, rapport Jossierand et conclusions Matter), la relation d'un médecin libéral avec son patient est analysée comme une relation contractuelle (...). Et, après cet arrêt majeur, plusieurs dizaines d'autres arrêts de la cour de cassation ont méthodiquement construit le contenu même de ce contrat médical, c'est-à-dire les obligations qu'il impose au médecin et la responsabilité en découlant en cas d'inexécution» — *Arrêt de 17/11/2000 da Assembleia plenária da Cour de Cassation*, disponível em [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr); ANDRÉ TUNIC, «La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence», *JCP – La Semaine Juridique*, I, 1945, artigo 449, ponto 1. Entre nós, contemporaneamente ao *arrêt Mercier*, CUNHA GONÇALVES debateu extensamente a questão, entendendo a responsabilidade como contratual quando foram solicitados serviços ao médico e o prejuízo respeita estritamente à prestação contratada, mas extracontratual «quando o dano praticado não seja, rigorosamente, proveniente do exercício normal da profissão, a qual haja servido, apenas, de instrumento do ato ilícito causador do dano» (LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, XII, Coimbra: Coimbra Editora, 1937, pp. 463, 729-734, 753-762). Só mais tarde no séc. XX se reconduzem à responsabilidade contratual as situações em que o dano decorre de ato não necessário ao cumprimento da prestação contratual, mas praticado durante a execução desta, atribuindo-se o início da transição dogmática da responsabilidade médica do campo delitual para o campo contratual ao texto de J. C. MOUTINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, Separata da Revista *Scientia Juridica*, XXI, n.ºs 116-117, 1972 (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», in *Direito da saúde e biotética*, Lisboa: AAFDL, 1996, pp. 75-120 (79), e ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente; Estudo de direito civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 31).

serviços médicos, com início pela aferição da violação de deveres legais e não pelo conteúdo da relação obrigacional complexa em execução (na qual aqueles deveres também se atuam).

2. Usando palavras de Carlos Ferreira de Almeida, «o elemento que unifica os contratos de prestação de serviço médico é a obrigação de uma prestação em cujo conteúdo se integra, pelo menos, um *ato médico* ou que com um ato médico está em estreita conexão»<sup>4</sup>. Esta noção, que bem exprime a realidade, é suficientemente larga para que a ela se possam reconduzir vários tipos (sociais, pois no ordenamento português nenhum contrato de prestação de serviço médico beneficia de regime jurídico específico) e também contratos isolados, sem notas distintivas suficientemente frequentes para lhes conferirem tipicidade<sup>5</sup>. Como tipos sociais de contratos de prestação de serviço médico, podemos pensar no contrato de tratamento, no contrato de análises clínicas, no contrato para cirurgia estética, entre outros.

À luz do ordenamento português vigente, a expressão *contrato de prestação de serviço médico* serve para designar, quer uma subcategoria da vasta categoria dos contratos de prestação de serviço<sup>6</sup>, quer

<sup>4</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», cit., p. 84.

<sup>5</sup> Sobre tipicidade e tipo no domínio dos contratos, distinção entre tipo legal e extralegal, negocial ou social, v. RUI PINTO DUARTE, *A locação financeira – estudo jurídico do leasing financeiro*, Lisboa, s.d. (mas 1983), pp. 85-88; do mesmo Autor, *Notas sobre o conceito de factoring*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 151 e notas 24 e 25; MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra: Almedina, 1990, pp. 159-170; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, pp. 59-64; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 30-44.

<sup>6</sup> O contrato de prestação de serviço como categoria de contratos: HIGINA CASTELO, «De que falamos, quando falamos de contrato de serviços? Ainda os conceitos de meios e de resultado», *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 79 (jul.-dez. 2019), pp. 639-669, e doutrina aí indicada nas notas 1 a 5.

modelos contratuais<sup>(7)</sup> e contratos concretos que à dita *subcategoria* se reconduzam.

3. Entre um profissional de saúde e um mesmo paciente celebra-se, por vezes, uma sucessão de distintos contratos de prestação de serviço médico, nomeadamente vários contratos de consulta (que podem ou não incluir atos de tratamento), contratos de realização de exames (prescritos para diagnóstico específico ou por rotina), contratos de tratamento (autónomos de consultas), contratos de cirurgia.

Cada um dos contratos referidos pode ser um contrato de execução de um contrato-quadro de prestação de serviço médico, mas também pode não o ser, sendo que no primeiro caso os contratos de execução podem ser celebrados com a mesma entidade com quem se celebrou o contrato-quadro ou com terceiros<sup>(8)</sup>. Imagine-se que F entra na clínica G (abreviando assim a designação da pessoa, quase sempre coletiva, que é dona do estabelecimento), para realizar um check-up que, de acordo com a proposta que G lhe apresenta, inclui consultas de várias especialidades, um conjunto de exames, realizados por diferentes médicos ou outros técnicos e análises clínicas. Entre os médicos, uns trabalham ou prestam serviços a G, outros exercem por conta própria em espaços da G, com a qual mantêm um contrato misto de locação e serviços administrativos; o mesmo se passa com os vários departamentos de exames e análises. Casos há em que o paciente é informado daquelas circunstâncias e outros há em que tal não sucede. Numa das consultas, H – médico que poderá exercer por conta

de G ou por conta própria – realiza, na sequência de prévio acordo com F, um exame (eventualmente intrusivo) que não consta do conjunto previsto no contrato de check-up... Enfim, poderá o leitor continuar por si a complexificar estes dados, já reconduzíveis a vários contratos de prestação de serviço médico com características diferenciadas e distintos modos de formação.

Com efeito, a formação dos contratos ocorre através de múltiplos processos, muito para além da modalidade simplificada em *proposta e aceitação* que o Código Civil português elegera como paradigma. Nomeadamente, formam-se contratos por diálogo concentrado, eventualmente com confirmação por escrito, podendo esta confirmação incluir apenas parte do acordado (deixando de fora, por exemplo, a contraprestação pecuniária) e/ou ser efetuada através de um modelo com cláusulas pré-elaboradas<sup>(9)</sup>.

Para atos médicos de maior relevância, é cada vez mais frequente o profissional de saúde solicitar ao paciente um consentimento escrito, normalmente constituído por um formulário com dizeres impressos, que o paciente se limita a completar com dados pessoais e a assinar. Quando assim é, casos há em que as declarações inseridas nesses formulários fazem parte do processo formativo do contrato de serviços médicos, subsumindo-se ao conceito de cláusulas contratuais gerais, aplicando-se-lhes, pelo menos nesses casos, o respetivo regime (DL 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos DL 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, 323/2001, de 17 de dezembro, e 32/2021, de 27 de maio)<sup>(10)</sup>.

<sup>7</sup> A identificação e sistematização de modelos de contratos de prestação de serviço médico em função da natureza dos contraentes encontra-se em CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, «Os contratos civis de prestação de serviço médico», cit., *maxime* pp. 85-98.

<sup>8</sup> MARIA RAQUEL DE ALMEIDA GRAÇA SILVA GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento eletrónicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 110, 143, 570.

<sup>9</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I, Conceito, Fontes, Formação*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 167 e ss.

<sup>10</sup> No sentido de que o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais se aplica sempre aos formulários para prestação do consentimento, DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 540-

4. A realidade nem sempre se encaixa com facilidade nos seccionamentos que a dogmática jurídica dela faz. Muitas vezes, e pensando em particular nos atos médicos intrusivos não urgentes, o acordo entre profissional de saúde e paciente para a realização do ato surge no âmbito de uma relação contratual anterior, mas tem autonomia relativamente a ela, constituindo um novo contrato, e, nessas circunstâncias, com frequência, a declaração contratual de aceitação coincide, *de facto* e em geral, com o *consentimento informado* para esse ato. Ou seja, sucede haver coincidência entre o *consentimento como aceitação contratual* e o *consentimento como causa de justificação* para a intervenção clínica<sup>(11)</sup>. A declaração de aceitação formativa do contrato também pressupõe que o paciente esteja devidamente informado e esclarecido sobre o ato. Isso é imposto pelas regras da boa-fé que vinculam as partes na formação de qualquer contrato (art. 227 do CC). Por outro lado, no ordenamento português, todas estas declarações podem, ressalvadas situações especialmente previstas na lei<sup>(12)</sup>, produzir-se sem forma especial, incluindo oralmente (art. 219 do CC). A circunstância de ser assinado um «formulário de consentimento informado» num momento ulterior (seja no ambiente da mesma consulta em que é formado o contrato, v.g. para cirurgia ou para outro ato intrusivo, seja no ambiente de uma

consulta ulterior, seja fora de consulta) não significa, nem que o consentimento informado não tenha sido oral e prévio, nem que o contrato de prestação de serviço não se considere posteriormente reduzido a escrito em parte das suas cláusulas.

### III. Os deveres de informação e de obtenção do consentimento informado

1. Impendem sobre o profissional de saúde deveres de *informar* o paciente sobre qualquer ato médico a realizar e de não praticar qualquer ato médico sem prévio *consentimento informado* (*livre e esclarecido*)<sup>(13)</sup> do paciente, independentemente da natureza da relação que entre ambos preexistia ou nesse momento se estabeleça.

A positivação dos aludidos deveres constituiu o culminar de um processo longo, iniciado e, em parte, desenvolvido num tempo em que o exercício da medicina era (primeiro) praticamente imune a responsabilidades ou (depois) em que a responsabilidade médica se entendia apenas como *aquiliana*<sup>(14)</sup>. A compreensão do contexto social vivido

149

550. Sobre as cláusulas de exclusão de responsabilidade médica eventualmente inseridas nesses formulários, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Exclusões de responsabilidade na actividade médica», in *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, coord. André Gonçalo Dias Pereira, et al., Coimbra: CDB e IJFDUC, 2021, pp. 33-58.

<sup>11</sup> Sobre o consentimento como causa de justificação da intervenção médica, sua natureza jurídica e distinção do consentimento enquanto aceitação de proposta contratual, DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 131-140.

<sup>12</sup> Os casos para os quais, no ordenamento jurídico português vigente, se exige forma escrita para o consentimento informado encontram-se coligidos em HELENA PEREIRA DE MELO, *O consentimento esclarecido na prestação de cuidados de saúde no direito português*, Coimbra: Almedina, 2020, pp.125-180.

<sup>13</sup> Consolidou-se a expressão «consentimento informado», embora os diplomas legais utilizem preferentemente «consentimento livre e esclarecido». Sobre os requisitos materiais do consentimento necessário à prática do ato médico, JOÃO VAZ RODRIGUES, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, *maxime*, pp. 222-232, 240-245; DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., *maxime*, pp. 60-77, 129-130, 349-471; STEFANIA NEGRI, «El consentimiento informado en la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Julgar*, Lisboa, N.º especial *Consentimento informado* (2014), pp. 97-114 (em especial, no direito europeu); RUI NUNES, «Consentimento informado e boa prática clínica», *Julgar*, N.º especial *Consentimento informado* (2014), pp. 115-137; ADRIANO MARTELETO GODINHO, «Consentimento informado, consentimento presumido e o dano à autodeterminação dos pacientes», *Lex Medicinæ*, Cadernos, Coimbra, n.º 4, v.º 1 (2019), pp. 21-31 (com incidência especial no direito brasileiro); PATRICIA RIZZO TOMÉ, «O consentimento informado e a responsabilidade civil decorrente», *Lex Medicinæ*, Cadernos, Coimbra, n.º 4, v.º 2 (2019), pp. 409-422 (com incidência especial no direito brasileiro).

<sup>14</sup> Para a origem histórica do direito ao consentimento para ato médico e sua evolução, v. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, cit., pp. 57-77, e obras ali citadas.

aquando do despertar destes deveres e da história da responsabilidade médica desde então permitem entender a necessidade da sua consagração expressa e o seu enquadramento sistemático como deveres legais gerais, que se impõem independentemente da natureza da relação entre profissional de saúde e paciente.

2. Tenham-se presentes as principais consagrações destes deveres legais no ordenamento português vigente:

a) A *Convenção sobre os Direitos Humanos*<sup>(15)</sup> e a *Biomedicina*, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, da mesma data, e que por isso, à luz do art. 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, vigora no nosso ordenamento, estabelece no seu artigo 5.º 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; esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos; e pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento;*

b) A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, proclamada em 12/12/2007 (adaptação daquela que tinha sido informalmente aprovada pelo Conselho Europeu no ano 2000)<sup>(16)</sup>, para vi-

<sup>15</sup> Lei 45/2019, de 27 de junho.

<sup>16</sup> Publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 303, de 14/12/2007, disponível em <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/registo/000040181/documento/0001L>. Na p. 18, em anotações a respeito da parte do artigo 3.º ora em relevo, lê-se que «No seu acórdão de 9 de Outubro de 2001, no processo C-377/98 (...), o Tribunal de Justiça confirmou que o direito fundamental à integridade da pessoa humana faz parte do direito da União e compreende, no domínio da medicina e da biologia, o consentimento livre e esclarecido»; e que «Os princípios enunciados no artigo 3.º da Carta estão já consagrados na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, adoptada no âmbito do Conselho da Europa (...). A presente Carta não visa derrogar essas disposições».

gorar com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (o que sucedeu em 01/12/2009), estabelece no art. 3.º, n.º 2, al. a), que, *no domínio da medicina e da biologia, deve ser respeitado o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;*

c) A *Lei de Bases da Saúde*, aprovada pela Lei 95/2019, de 4 de setembro, estabelece nas als. e) e f) do n.º 1 da Base 2 que todas as pessoas têm *direito a ser informadas de forma adequada, acessível, objetiva, completa e inteligível sobre a sua situação, o objetivo, a natureza, as alternativas possíveis, os benefícios e riscos das intervenções propostas e a evolução provável do seu estado de saúde em função do plano de cuidados a adotar; e a decidir, livre e esclarecidamente, a todo o momento, sobre os cuidados de saúde que lhe são propostos, salvo nos casos excecionais previstos na lei, a emitir diretivas antecipadas de vontade e a nomear procurador de cuidados de saúde*<sup>(17)</sup>;

d) O *Estatuto da Ordem dos Médicos*, aprovado pelo DL 282/77, de 5 de julho, alterado pelo DL 217/94, de 20 de agosto e pela Lei 117/2015, de 31 de agosto, que também o republicou, estabelece no n.º 11 do seu artigo 135.º (aditado pela lei de 2015) que *o médico deve fornecer a informação adequada ao doente e dele obter o seu consentimento livre e esclarecido;*

e) O *Código Deontológico da Ordem dos Médicos*, aprovado pela Ordem dos Médicos ao abrigo do seu Estatuto, e publicado na Série II do DR de 21/07/2016, em anexo ao Regulamento 707/2016 da Ordem dos Médicos, de 21 de julho, inclui um apreciável conjunto de normas sobre informação,

<sup>17</sup> Na anterior Lei de Bases da Saúde, Lei 48/90, de 24 de agosto, afirmava-se, de forma mais restrita e menos densa, que os utentes tinham direito a decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes era proposta, salvo disposição especial da lei; e a ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado (Base XIV, n.º 1, als. b) e e)).

esclarecimento e consentimento, das se destacam: «O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser comunicados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia» (art. 25, n.º 1); «O doente tem direito a receber e o médico o dever de prestar esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença» (art. 19.º, n.º 1, pormenorizando os n.ºs 2 a 5 do mesmo artigo a forma, o momento, o conteúdo e as características do esclarecimento devido); «O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coações físicas ou morais» (art. 20, n.º 1), devendo existir, entre o esclarecimento e o consentimento, sempre que possível, um intervalo de tempo que permita ao doente refletir e aconselhar-se (art. 20, n.º 2);

f) A Lei 15/2014, de 21 de março, que *consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde*, estabelece que «O utente dos serviços de saúde tem o direito a ser informado pelo prestador dos cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado», devendo a informação «ser transmitida de forma acessível, objetiva, completa e inteligível» (art. 7.º); e que «O consentimento ou a recusa da prestação dos cuidados de saúde devem ser declarados de forma livre e esclarecida, salvo disposição especial da lei», podendo o consentimento ser revogado a todo o tempo (art. 3.º).

g) O *Código Penal*, no art. 156, tipifica como crime a realização de intervenções ou tratamentos sem o *consentimento devidamente esclarecido* (conceito que elucida no art. 157), punindo a respetiva conduta com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa (estas normas vêm, no essencial, da versão

do Código de 1982, onde se encontravam nos artigos 158 e 159).

Da precedente listagem resulta que os deveres *de informação e de obtenção do consentimento informado* são, antes de mais, *deveres legais para proteção de direitos absolutos das pessoas*, impostos aos profissionais de saúde nas suas interações com pacientes, independentemente do tipo de relação estabelecida entre uns e outros.

3. Sempre que entre o profissional de saúde e o paciente se estabelece uma relação de natureza contratual, os referidos *deveres legais* acrescem à *obrigação em sentido estrito* (vínculo pelo qual o profissional de saúde fica adstrito à *realização de um ato médico* ou conexo – art. 397 do CC), como deveres de conduta *laterais ou acessórios*<sup>(18)</sup>, que, conjuntamente com o binómio *débito/crédito principal*, fazem parte da *relação contratual, relação obrigacional complexa* ou em sentido amplo<sup>(19)</sup>.

<sup>18</sup> Stoll, o primeiro a identificá-los, designou-os por *deveres de proteção*: «Heinrich Stoll, der zuerst die Sonderung dieser Pflichten von den Leistungspflichten durchgeführt hat, bezeichnete sie als “Schutzpflichten”» — KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., Munique: C.H. Beck Verlag, 1987, pp. 10-11. Sobre estes outros deveres de conduta, não prestacionais, laterais ao dever de prestar, v., além de LARENZ, cit., pp. 6-15; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, t. I, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 465-85; MANUEL A. DA CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do vol. 38 do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994 (antes policopiado, Coimbra, 1989), e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações*, I, *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais, elementos das relações obrigacionais, direitos de crédito e direitos reais*, Coimbra: Almedina, 2005, sobretudo pp. 57-61 e 71-7, e «Deveres de protecção em relações obrigacionais», *Scientia Iuridica*, t. 52, n. 297(set.-dez. 2003), pp. 495-523; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, pp. 123-8.

<sup>19</sup> A consciencialização da pluralidade de situações geradas pelo contrato, *ab initio* ou no decurso da sua vigência, do relacionamento entre elas, e do seu papel no processo conducente à satisfação do fim contratual, conduziu à descoberta, no primeiro quartel do séc. XX, da relação contratual, ou relação obrigacional complexa, ou em sentido amplo. Sobre as origens, conteúdo e necessidade do conceito, v., entre outros, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, pp. 1-10; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO,



São deveres decorrentes do *dever geral de boa-fé* (positivado no art. 227 do CC para a relação pré-contratual e de formação do contrato, e no art. 762 do mesmo Código para a execução contratual), e, no que toca ao consentimento, também decorrente do *dever geral de abstenção* de ofensa ou ameaça à personalidade física ou moral (que tem assento no art. 70 do CC, sobre a tutela geral da personalidade, mas que tem igualmente proteção constitucional e penal). Mesmo na ausência de todas as *normas especificamente dirigidas ao dever de informação do profissional de saúde e de obtenção de consentimento informado*, sempre tais deveres vigorariam por força de princípios e regras de mais elevado nível de generalidade, nomeadamente os referidos.

4. Creio, no entanto, que há que ir mais além, e reconhecer que, quando a relação entre profissional de saúde e paciente é contratual, as declarações pelas quais se dá cumprimento aos referidos deveres – e que incluem necessariamente a descrição do ato médico proposto, possíveis riscos e efeitos adversos – são, muitas vezes, as mesmas pelas quais o profissional propõe um ato médico e se compromete a realizá-lo; e que, mesmo quando existe uma separação de facto entre umas declarações e outras, as declarações *de informação para obtenção do consentimento e de consentimento* reportam-se ao ato médico, ou a um dos atos médicos, que constitui o objeto mediato do contrato.

Neste sentido, observa-se que em sistemas que regulam o (ou *um*) contrato de prestação de serviço

médico, a informação e o consentimento são regulados entre as normas do regime jurídico desse contrato. Assim se passa com o Código Civil alemão (BGB), que, desde 2013, prevê e regula o *contrato de tratamento* nos seus artigos 630a a 630h<sup>(20)</sup>, dedicando três dos mais extensos artigos às informações e esclarecimentos a prestar pelo médico e ao consentimento a prestar pelo paciente. Também o *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*<sup>(21)</sup> dispõe de um capítulo regulador do *contrato de tratamento*, inserido na Parte C, destinada aos contatos de serviços, do seu Livro IV, sobre os contratos em especial, no qual regula pormenorizadamente os deveres de informar e de não tratar sem prévio consentimento informado (artigos IV.C.–8:105 e 108). A informação recai, entre outros aspetos, sobre a natureza do tratamento proposto, as suas vantagens e riscos, ou seja, informação relativa à prestação objeto mediato do contrato.

5. Apesar de, no ordenamento jurídico português, o *contrato de prestação de serviço médico* (qualquer que seja a aceção da expressão) não beneficiar de um conjunto de normas consistentemente ordenado à sua disciplina, quando a relação entre profissional de saúde e paciente tem natureza contratual, as normas sobre informação e consentimento informado acima referidas são também reguladoras do contrato, na medida em que as ocorrências sociais que elas diretamente visam (exercício de deveres legais de informação) coincidam com as de-

<sup>20</sup> Disponível na página eletrónica oficial do Ministério da Justiça alemão, em <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Versão inglesa em [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html).

<sup>21</sup> Codificação de *soft law*, fruto do trabalho do Grupo de Estudos sobre um Código Civil Europeu e do Grupo de Pesquisa sobre o Direito Privado vigente na União Europeia, com o declarado propósito de servir de modelo a um quadro de referência comum em matéria de direito civil no seio da União Europeia. A Outline Edition de 2009 encontra-se disponível em [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

*Tratado de direito civil*, I, Introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 914-23; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, t. I, cit., nomeadamente pp. 441-95; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 65-9; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., pp. 36-44 (32-40 na ed. policopiada); NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Direito das obrigações*, I, cit., pp. 11-84; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 323-30; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, cit., pp. 51-64.

clarações constituintes do acordo contratual ou de execução do acordo contratual. De referir, neste âmbito, que o paciente pode, a todo o tempo, revogar o consentimento prestado para a prática do ato médico (objeto, único ou entre outros, do contrato) – artigos 5.º da CDHB e 3.º da Lei 15/2014<sup>(22)</sup> (já assim seria por força da norma mais geral do art. 81, n.º 2, do CC e, na falta desta, sempre a mesma se imporia por integração a partir das normas que protegem a integridade física e psíquica).

#### IV. Declarações contratuais relativas ao ato médico a realizar – repercussão nas situações de incumprimento

1. As declarações contratuais das partes relativas à prestação do profissional de saúde – eventualmente, em parte, tácitas, e pressupondo dados implícitos, incluindo o de que a atividade necessária à prestação contratual será diligentemente levada a efeito de acordo com as melhores práticas –, são a expressão do acordo firmado, nelas se encontrando a *prestação característica acordada*.

2. No léxico do direito civil, *prestação* é palavra ambivalente: fala-se de prestação enquanto *resultado que dá satisfação ao interesse* (primário ou final) do credor (*Leistungserfolg*), sentido que o termo assume na disciplina da impossibilidade originária da prestação (art. 401 do CC) e na da impossibilidade do cumprimento (arts. 790 a 797 e 801 a 803 do CC); e, de prestação como *comportamento a que o devedor se obriga (Leistungshandlung)*<sup>(23)</sup>, adiantando-

-se por vezes que, em rigor, apenas se pode dever um comportamento, não o resultado dele, embora aquilo que define esse comportamento como prestação devida e, logo, como cumprimento, seja a causação de um resultado, ou a tentativa da sua causação, consoante o acordado<sup>(24)</sup>.

3. Todas as *prestações*, enquanto *comportamento devido* ou conteúdo de obrigações contraídas, implicam uma *conduta* orientada para a causação de um *resultado*; em parte delas, o devedor obriga-se a *causar esse resultado*, noutras obriga-se apenas a *tentar causá-lo*. De acordo com a nomenclatura mais utilizada, as primeiras denominam-se *obrigações de resultado* e as segundas *obrigações de meios*<sup>(25)</sup>. A distinção entre os dois tipos de obrigações é útil para se perceber em que consistem os atos de cumprimento (na de meios, a prática dos atos necessários à eclosão do resultado, na de resultado, o surgimento deste último, na sequência da prática dos atos a tanto necessários), ou, noutra perspetiva, para identificar o incumprimento<sup>(26)</sup>.

153

Schuldrecht», in *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, I, Munique: Beck, 1965, pp. 783-813.

<sup>24</sup> PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», in *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 999-1018 (1002-3).

<sup>25</sup> A classificação foi identificada por RENÉ DEMOGUE, no seu *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations (Suite et fin)*, t. V, Paris: Rousseau et Cie Editeurs, 1925, pp. 536-44. Outros autores tinham, anteriormente, posto em evidência a distinção das obrigações segundo a maior ou menor correspondência entre o seu objeto e o resultado esperado pelo credor, mas foi Demogue quem atribuiu aos dois tipos de obrigações as designações pelas quais ainda hoje são mais conhecidas e que deu o mote para inúmeros estudos e desenvolvimentos em vários países, em sentidos variados. Sobre os antecedentes da classificação, J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 45, 2, abril-junho 1992, 651-734 (pp. 660-3); RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 24-7.

<sup>26</sup> PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», cit., p. 1010 e *passim*.

<sup>22</sup> No direito alemão, a revogabilidade do consentimento para o tratamento está contemplada no artigo 630d, n.º 3, do BGB, em sede de contrato de tratamento, e no sistema virtual DCFR, no artigo IV.C.–8:108 (2), também no contexto do contrato de tratamento.

<sup>23</sup> MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contra-prestação*, Coimbra: Almedina, 2001, *maxime*, pp. 13-6, 85-90 e 121, 309-11; FRANZ WIEACKER, «Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen

4. A demonstração da precedente asserção implica que se esclareçam alguns termos e expressões:

O resultado a que nos reportamos é o resultado que corresponde ao interesse primário ou final do credor, o resultado em vista do qual a obrigação é assumida, o resultado que o devedor se obriga a causar ou a tentar causar, o resultado sem o qual a obrigação não se define, resultado definidor da prestação<sup>(27)</sup>. Não se trata de resultados exteriores à obrigação, nos quais o credor poderá ter um interesse subjetivo ou secundário, nem de resultados subalternos, imediatos ou instrumentais, eventualmente necessários ou pelo menos adequados à causação do resultado correspondente ao interesse primário ou final.

O interesse primário ou final a que nos reportamos é o interesse do credor que é elemento essencial da obrigação, que a justifica, que representa a sua finalidade, que é inerente ao contrato, deduzindo-se do seu conteúdo, em vista do qual as partes se vinculam, a cuja consecução se dirige a atividade prestacional, trata-se do interesse cujo desaparecimento extingue a obrigação<sup>(28)</sup>. Não se trata de interesse subjetivo ou circunstancial do credor concreto, nem de interesse secundário, nem do interesse instrumental de adoção de um comportamento orientado para a satisfação do interesse final.

Os descritos conceitos de resultado e de interesse do credor são fundamentais para a operacionalidade da classificação que distingue obrigações de resultado e obrigações de meios (tentativas de

superação ou de inutilização desta classificação no âmbito da responsabilidade médica passam por integrar na classificação outros tipos de resultado<sup>(29)</sup> ou por afastar como exceções os casos que não se reconduzem a obrigações de meios<sup>(30)</sup>).

5. A obrigação contratual do profissional de saúde começou por ser entendida como sendo, por natureza, reconduzível à espécie das obrigações de meios<sup>(31)</sup>. Com o tempo, foram-se identificando muitas «exceções», sobretudo relacionadas com a medicina estética, de análises laboratoriais, exames auxiliares de diagnóstico. Hoje, vai-se reconhecendo que a delimitação de obrigações de resultado no campo da responsabilidade médica deve ser mais abrangente do que tem sido até agora<sup>(32)</sup>.

<sup>29</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, «Da tutela do doente lesado, Breves reflexões», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, a.5 (2008) pp. 417-460 (maxime, pp. 444-453).

<sup>30</sup> ALEXANDRE DARTANHAN DE MELLO GUERRA, «O fenecer da distinção entre a obrigação de meio e resultado na responsabilidade civil contratual médica», in *Cadernos da Lex Medicinæ [Saúde, novas tecnologias e responsabilidades: Nos trinta anos do Centro de Direito Biomédico]*, n.º 4, vol. I, 2019, pp. 33-50 (p. 43): «Assim, é chegado o momento de abandonar a dicotomia entre obrigações de meios e resultados em se tratando de responsabilidade médica, devendo todas as hipóteses considerar-se de meios, exceto se o médico ou os profissionais da equipe por ele responsáveis (CC, art. 932, I) explicitamente comprometeram-se à realização concreta de certo resultado naturalístico».

<sup>31</sup> Em Portugal, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, cit., p. 5: «Trata-se de uma obrigação de meios e não de resultados, uma vez que se não garante os efeitos da intervenção ou do tratamento prometidos», embora logo acrescente que nem sempre o contrato assume essa feição. Em França, «Depuis l'arrêt Mercier du 20 du 20 mai 1936 (D 1936, p 88 à 96, note Etienne Picard, rapport Josserand et conclusions Matter), la relation d'un médecin libéral avec son patient est analysée comme une relation contractuelle qui met à la charge du praticien l'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science» — Arrêt de 17/11/2000 da Assembleia plenária da *Cour de Cassation*, disponível em [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr). Ainda hoje persiste a ideia de que, em geral, a obrigação do prestador de serviços médicos se reconduz à espécie das obrigações de meios: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Exclusões de responsabilidade na atividade médica», cit., pp. 42-43; FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, «Responsabilidade civil médica – Breves considerações acerca da prova da culpa», in *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, cit., 2021, pp. 102-139 (123-129).

<sup>32</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, «Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudence portuguesa recente», *Julgar*, n.º 42 (set.-dez. 2020), pp. 129-150 (134). Os tribunais

<sup>27</sup> A expressão é de PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», cit., pp. 999-1018, e nenhuma outra me parece mais adequada, mais rigorosa e mais expressiva.

<sup>28</sup> Designado «interesse primário ou final» por, e na sequência de, MANUEL A. DOMÍNGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, cit., 1966, pp. 411-415 [Autor que, por sua vez, se socorre de Luigi Mengoni, «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi: studio critico», *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, a. 52 n.ºs 5-6 (maio-jun. 1954) pp. 185-209; a. 52 n.ºs 7-8 (jul.-ag. 1954) pp. 280-320; a. 52 n.ºs 9-10 (set.-out. 1954) pp. 366-396]. Interesse a que VAZ SERRA se reporta em «Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor», *BMJ*, 46 (jan. 1955) pp. 5-152 (sobretudo nas pp. 137, 139 e 140).

6. Aferir se o profissional de saúde contraiu uma obrigação de causar dado efeito, se uma obrigação de mera tentativa de o causar, depende da interpretação do contrato celebrado, nada impedindo, em geral, que as partes alarguem as obrigações típicas e, em consequência, a medida da responsabilidade pelo não cumprimento das mesmas<sup>(33)</sup>.

O grau de aleatoriedade do resultado, frequentemente referido como critério de distinção entre obrigações de meios e de resultado<sup>(34)</sup>, há de rele-

admitem cada vez mais que há prestações de serviço médico reconduzíveis a obrigações de resultado, embora o façam com recurso a critérios variados, como se evidencia em NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*, Coimbra: Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 81-99.

<sup>33</sup> PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», cit., pp. 999-1018, 1005. Sobre este ponto vejam-se as detidas análises de RICARDO LUCAS RIBEIRO, cit., pp. 62-79; e de M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios: perspectiva jurídica actual*, Granada: Comares, 1999, pp. 194-212. Já de fragmento de Ulpiano (D.13.6.5.2) resultava que, nas obrigações contratuais, as partes são livres de determinar o nível da obrigação – citado por GEOFFREY SAMUEL, *Law of Obligations*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 32. Na jurisprudência do STJ, v. Ac. de 17/12/2002, Revista n.º 4057/02, assim sumariando em *A responsabilidade civil por acto médico na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de Acórdãos de 1996 a Março de 2015)*, disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/responsabilcivildactomedeico1996julho2015.pdf>: I — Fora das chamadas prestações rotineiras, o médico obriga-se apenas a tratar o paciente e não a curá-lo. II — Pode, porém, garantir a cura, assumindo uma obrigação de resultado; normalmente, isso acontece quando cumpre o dever de informar o cliente do risco relativo ao tratamento médico que lhe propõe fazer, obtendo dele o seu consentimento. III — Assume uma obrigação de resultado o médico que, depois de esclarecer o paciente acerca da doença que o afectava («contração de Depuytren»), da técnica cirúrgica adequada e dos riscos inerentes, o informa de que se tratava de uma simples operação cirúrgica que repararia o dedo da mão e eliminaria a «contração». IV — Sobre o médico incede a presunção de culpa estabelecida no art.º 799, n.º 1, do CC, ainda quando de obrigação de meios se trate. V — Se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, presume-se que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional, cabendo ao médico o ônus da prova de que a execução operatória foi diligente».

<sup>34</sup> Exposições dos vários critérios propostos para a distinção dos dois ramos da classificação, JOSEPH FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris: LGDJ, 1965, pp. 128-64; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», cit., pp. 697-706; RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, cit., pp. 61 e 79-86; FRANCISCO JORDANO FRAGA, «Obrigações de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 44, 1, janeiro-

var se for *de tal forma elevado* que o credor não pode razoavelmente contar com a causação do resultado (cfr. artigo 236, n.º 1, parte final, do CC — «A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele»), ou se, *havendo dúvida* sobre o sentido da declaração, a obrigação de causar o resultado conduzir a um desequilíbrio das prestações (cfr. artigo 237 do CC — «Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios (...) onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações»).

7. Sucede, em contratos de prestação de serviço médico, o profissional de saúde declarar (eventualmente de forma tácita, que poderá ser deduzida da não comunicação de riscos e da atuação imediata e confiante, numa situação não urgente) que o ato que se propõe praticar não oferece riscos e pode suceder que essa declaração seja *verdadeira*. Estas situações têm sido potenciadas pelo desenvolvimento de meios tecnológicos sofisticados que permitem uma diminuição do risco de erro (quer de diagnóstico, quer de tratamento). Quando assim sucede, a obrigação assumida é uma obrigação *de resultado* e o facto de este não ser causado evidencia o incumprimento (ilícito contratual), sem prejuízo da existência de causas justificativas ou exculpativas para tanto (entre as primeiras, por exemplo, o facto de o médico se ter apercebido durante o ato que, para conseguir o resultado, teria de provocar dano maior, situação que, à partida, não era previsível).

8. Nos casos em que a declaração de proposta contratual, que inclui as características do ato médico objeto mediato do contrato de prestação de ser-

-março 1991, 5-96 (p. 10); M.ª BELÉN TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios*, cit., pp. 212-29; ANDRÉ TUNC, «La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence», cit., ponto 6.

viço, se confunde com a de informações pelas quais se cumpre o dever legal de informar, e de obter consentimento informado, *se a declaração de ausência de riscos for falsa ou incompleta* e sobrevierem danos correspondentes a esses riscos, o ordenamento jurídico disponibiliza o remédio da responsabilidade por falta de obtenção de consentimento informado. Várias têm sido as posições relativamente ao bem tutelado pelo dever de obtenção de consentimento informado e, conseqüentemente, ao fundamento e medida da indemnização<sup>(35)</sup>. Indica-se aquela que, defendida por André Dias Pereira, tem ganho adesão nos tribunais superiores e que o citado Autor sumaria da seguinte forma: «i. a cirurgia carece de consentimento (artigo 5.º da CDHBio, artigo 156.º do CP); ii. o consentimento apenas é válido se for devidamente informado (artigo 5.º da CDHBio, art. 157.º do CP); iii. não foi feita a prova de que o médico transmitiu (como era seu dever) informações sobre riscos graves da intervenção cirúrgica; iv. o consentimento do paciente não é válido (artigo 157.º do CP, artigo 340.º do CC); v. logo, a intervenção não se justifica pelo consentimento; vi. conseqüentemente, a intervenção sobre o corpo é ilícita; vii. se a intervenção no corpo do paciente é ilícita, há o dever de compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais causados; viii. não há razão para diminuir a compensação (nem se verificam os pressupostos de aplicação seja do artigo 494.º seja do artigo 570.º)»<sup>(36)</sup>.

<sup>35</sup> Essas posições encontram-se sumariadas, v.g., em PINTO OLIVEIRA, *Ilícitude e culpa na responsabilidade médica*, cit., pp. 67-70.

<sup>36</sup> DIAS PEREIRA, «Responsabilidade civil em saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente», cit., sendo o trecho reproduzido da p. 141.

## V. Cumprimento defeituoso por atos não necessários à execução da prestação contratual

Independentemente de a obrigação ser de meios ou de resultado, sempre *os atos* orientados para a causação do resultado (atos necessários ao cumprimento) não de ser praticados de forma diligente, sob pena de responsabilidade pelos danos decorrentes de atos negligentes, quando eles constituam lesão ilícita de direitos absolutos ou de deveres de proteção. Isto é especialmente evidente em contratos de prestação de serviço médico nos quais, quase sempre, a realização da prestação principal exige uma especial atenção do prestador para evitar lesões na integridade psicofísica do paciente que, para permitir aquela prestação, fica exposto a perigos vários.

Podemos afirmar, seguindo Carneiro da Frada, que, nos contratos de prestação de serviços médicos, *o interesse de prestação engloba um interesse de proteção*, pois as *prestações incluem tipicamente o dever de evitar a ocorrência de danos na pessoa do paciente*; «quando o dever contratual típico compreende ou se esgota mesmo numa finalidade de proteção (...) [exemplifica, para o que ora nos interessa, com a prestação do médico], a abstenção de um comportamento lesivo dos bens ou da pessoa da contraparte corresponde a uma atividade contratualmente devida. (...) Tais deveres têm então o estatuto do dever de prestar (...)»<sup>(37)</sup>.

Em boa parte dos litígios emergentes de responsabilidade médica, o que está em causa não se prende com a não causação do *resultado*, nem com a insuficiência dos atos necessários à sua eclosão, mas com a superveniência de lesões inesperadas na

<sup>37</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, ed. policopiada cit., p. 60; v. também p. 55, nota 96.

integridade física do paciente por violação de deveres de proteção integrados da relação obrigacional complexa – cumprimento defeituoso (ou *violação positiva do contrato*).

Um exemplo: numa cirurgia ao ouvido para melhoria da capacidade auditiva, é causada a lesão do nervo facial, ato desnecessário àquela cirurgia; independentemente de a cirurgia ter surtido o efeito desejado (melhoria da audição) e de o profissional de saúde se ter comprometido a causar esse resultado ou apenas a tentar causá-lo, verificou-se a prática de um ato ilícito (violação do direito à integridade física, concretizado na lesão do nervo). Outro: na cirurgia para remoção de tumor maligno do fígado, sem que o médico tivesse garantido o sucesso da remoção integral, é perfurado um pulmão. Outro, ainda: um dentista extrai o siso inferior direito, conforme acordado com o paciente, mas imediatamente antes, por engano, extrai o inferior esquerdo.

Em suma: se, na execução da prestação, é causada lesão da integridade física não necessária à realização da prestação contratual, isso é por si só demonstrativo de cumprimento defeituoso (recaindo sobre o profissional de saúde o ónus de alegação e prova de causas justificativas ou exculpativas para a forma como executou o ato médico), não tendo utilidade nestes casos discutir se a obrigação assumida foi de meios ou de resultado<sup>(38)</sup>. E assim

<sup>38</sup> Neste sentido, sobre este tema, lê-se no Ac. STJ de 01/10/2015, proc. 2104/05.4TBPVZ.P.S1 (Maria dos Prazeres Beleza): «Trata-se de um contrato destinado à realização de um exame médico (...) e não se questiona a correcção do resultado do exame (...). Não tem pois utilidade procurar determinar, no caso concreto, se a obrigação que o médico assumiu perante a autora deve ser havida como uma obrigação de meios ou de resultado, para o efeito de definir o conteúdo da obrigação contraída e, assim, apurar o seu cumprimento ou incumprimento (...). Na verdade, a perfuração do intestino ocorreu durante e por causa da execução do contrato destinado à realização de um exame médico; independentemente de encontrar a construção juridicamente mais correcta, a verdade é que objectivamente ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida pelo cumprimento do contrato; a ilicitude está verificada. Com esta afirmação quer-se dizer que, em si mesmo, o exame foi uma intromissão na integridade física, natural e

é também nos casos em que a lesão corresponde a um risco do ato médico, que foi informado e relativamente ao qual o paciente estava esclarecido quando prestou o seu. O consentimento informado é dado para o ato médico (intervenção cirúrgica, exame intrusivo, etc.), excluindo por isso a ilicitude desse ato; o consentimento não é dado para a realização de violações da integridade física que possam acontecer no seu decurso, ainda que a literatura da especialidade identifique mais ou menos casos em que essas lesões estão associadas a dado ato<sup>(39)</sup>. E que se sabe das causas dessa associação? São meras constatações estatísticas ou são conhecidas as razões da sua ocorrência? No primeiro caso, o que nos garante que não sejam consequência de más práticas? É no segundo, qual a causa? Más práticas? Haverá de tudo um pouco. Mesmo quando se sabe que os riscos descritos na literatura não estão relacionados com más práticas, terá de ser o profissional de saúde a provar que, no seu caso concreto, a lesão ocasionada correspondeu a um desses casos raríssimos. O facto de ser causada uma lesão que, em casos muito raros, pode suceder mesmo com a melhor prática, não torna provável que seja essa a situação do caso concreto.

## VI. Ilustração

Procura-se em seguida ilustrar quanto se expôs, designadamente, casos de indissociabilidade entre declarações de informação/consentimento informado e declarações contratuais relativas à prestação característica; consequências dessas de-

necessariamente consentida e pretendida pela autora; assim sucederá, em regra, com os exames médicos. Mas esse consentimento ou pretensão da autora não abrange a lesão em discussão neste processo.»

<sup>39</sup> Neste sentido, além do citado na nota anterior, os Acórdãos do TRP de 27/03/2017, proc. 7053/12.7TBVNG.P1 (Jorge Seabra), do STJ de 22/03/2018, proc. 7053/12.7TBVNG.P1.S1 (Maria da Graça Trigo).

clarações em função do nível de comprometimento da obrigação assumida pelo profissional de saúde com o resultado definidor da prestação (causação ou tentativa de causação); consequências das ditas declarações em função da sua veracidade e suficiência; responsabilidade pelo cumprimento defeituoso resultante de lesão não necessária à realização de prestação.

### 1. Situação de partida

Antonino acorda com eczemas nos braços e pés que lhe causam insuportável prurido, motivo pelo qual telefona para o hospital privado mais perto de sua casa e pede a primeira consulta disponível com médico dermatologista.

Nesse mesmo dia, Antonino consulta Bento, que lhe diagnostica doença passageira do foro alérgico e lhe receita alguns medicamentos para alívio dos sintomas e rápida recuperação (com acerto, como Antonino constataria em breve).

No decurso da mesma consulta, Antonino lembra-se de duas verrugas que tem no lado direito da face e com as quais não está satisfeito (por serem inestéticas, ou por lhe causarem, de quando em quando, ligeiro prurido, ou por ambos os motivos – a razão do incômodo não releva). Nunca iria de propósito ao médico por causa delas, mas, já que ali está, pede a Bento que as veja e pergunta-lhe se há solução para elas, pois gostaria de as remover, definitiva e totalmente. Bento diz-lhe que sim, que poderá removê-las noutra ocasião, naquele hospital ou noutra clínica onde também exerce (no âmbito deste texto, não releva a opção escolhida a este respeito: ou Bento age por conta própria, num local ou no outro, e responde como prestador do serviço, ou Bento trabalha ou presta serviços à entidade prestadora do serviço a Antonino, a qual responde pelas declarações de Bento, nos termos do art. 800 do CC).

## 2. Hipóteses de desenvolvimento

### 2.1. Sub-hipótese 1

Bento diz a Antonino que lhe *retira as verrugas*, com laser, e que esse procedimento *é simples, não envolve qualquer risco nem produz efeitos indesejáveis*, e que, em cerca de uma semana, terá a face sem cicatrizes ou outros vestígios das ditas verrugas. Antonino aceita e o procedimento é realizado na data aprezada.

Nesta situação, a estipulação contratual pela qual Bento se vincula a uma prestação e o cumprimento dos deveres de informação e de obtenção de um consentimento informado confundem-se no mesmo conjunto de declarações. Assim como se confundem a declaração contratual de aceitação da proposta e a declaração de consentimento informado.

O *resultado* em vista do qual o serviço é contratado, correspondente ao interesse primário ou final do paciente, é claro: remoção total e definitiva das verrugas.

A *obrigação assumida* pelo profissional de saúde também: remover as verrugas (*rectius*, causar a sua remoção), total e definitivamente.

Com as suas afirmações, o profissional de saúde *obrigou-se a causar o resultado*.

### 2.2. Sub-hipótese 2

Bento diz a Antonino que pode tentar retirar-lhe as verrugas, com laser, mas que as ditas são profundas, pelo que, mesmo com toda a sua experiência, perícia e equipamento de topo, pode não ser possível a retirada integral e que, nesse caso, as mesmas poderão reaparecer ao fim de alguns meses. Antonino reflete, aceita e o procedimento é realizado.

Uma vez mais, não é possível separar a declaração pela qual o médico se obriga à prestação do

serviço e o cumprimento dos deveres de informação e obtenção do consentimento informado.

O *resultado* mantém-se inalterado: remoção total e definitiva das verrugas.

Já a *obrigação assumida* pelo profissional de saúde é diferente: *tentativa de causar o resultado, pelo exercício da atividade adequada e necessária a tanto, sem se comprometer com a emergência do mesmo.*

### 2.3. Sub-hipótese 3

Bento diz a Antonino que pode tentar retirar-lhe as verrugas, com laser, mas que as ditas são profundas, pelo que, mesmo com toda a sua experiência, perícia e equipamento de topo, pode não ser possível a retirada integral e que, nesse caso, as mesmas poderão reaparecer ao fim de alguns meses, e que, além disso, pode ser inevitável (mesmo com a mais diligente atuação) tocar o nervo facial infranuclear, havendo em tal caso uma probabilidade, ainda que mínima, de o lesionar, o que poderia causar paralisia parcial naquela face. Antonino refilete e aceita a realização do procedimento.

Também nesta terceira sub-hipótese não temos como separar a declaração contratual do prestador de serviço e o cumprimento de deveres legais de informação.

O *resultado* mantém-se inalterado: remoção total e definitiva das verrugas.

A *obrigação assumida* pelo profissional de saúde é de natureza idêntica à da anterior sub-hipótese, mas foram informados mais riscos.

## 3. Casos de incumprimento

### 3.1. As informações relativas aos riscos da intervenção foram verdadeiras e completas

#### 3.1.1. Resultado esperado não conseguido

Realizada a cirurgia, as verrugas não são totalmente suprimidas e voltam a tornar-se visíveis após um par de meses.

Na sub-hipótese 1 (VI.2.1.), a *ausência do resultado* evidencia o *incumprimento* contratual; nas sub-hipóteses 2 e 3 (VI.2.2. e VI.2.3.), a ausência do resultado não prova, por si, incumprimento do contrato, tendo o paciente de alegar e provar que os atos praticados pelo profissional de saúde não foram os necessários à causação do resultado.

#### 3.1.2. Causação de outro dano

Realizada a intervenção, Antonino fica com uma paralisia facial parcial, porque, durante a cirurgia, o médico atingiu o nervo facial.

Na sub-hipótese 1 (VI.2.1.), mesmo que as verrugas tenham sido eliminadas conforme acordado, o facto de o ato médico ter gerado uma lesão ilícita, porque não necessária à execução da prestação, evidencia por si o cumprimento defeituoso do contrato, cabendo ao profissional de saúde a prova de que o evento danoso não lhe é imputável a título de culpa.

Na sub-hipótese 2 (VI.2.2.), é causado um dano que não é típico do ato, o que evidencia uma desconformidade entre a forma como o ato foi praticado e a forma como o devia ter sido, ou seja, um cumprimento defeituoso do contrato.

Na sub-hipótese 3 (VI.2.3.), o ato lesivo e o consequente dano correspondem a riscos conhecidos e objeto do consentimento informado. Segundo entendemos, o consentimento autoriza a inter-



venção, excluindo a sua ilicitude, mas não exclui aprioristicamente a ilicitude dos danos causados, correspondentes a riscos, necessariamente raros. Mesmo em obrigações de meios, resultando a lesão da violação da integridade física não necessária à intervenção, o ilícito evidencia-se pela violação ocorrida, não tendo o lesado de provar que os atos praticados não foram os adequados; o lesado apenas tem de provar que os atos praticados não foram os necessários à causação do resultado, quando o que está em causa é o cumprimento defeituoso da prestação principal, em si.

### 3.2. *As informações relativas aos riscos da intervenção foram falsas ou incompletas – falta de consentimento informado*

Tendo como pano de fundo as sub-hipóteses 1 e 2 (VI.2.1. e VI.2.2.), se as informações relativas aos riscos da intervenção foram *falsas ou incompletas*, o consentimento não foi devidamente informado.

Imagine-se que: realizada a cirurgia, Antonino fica com uma paralisia na face, porque, durante a intervenção, o médico atingiu o nervo facial; a afetação do dito nervo e consequente paralisia correspondem a riscos da operação realizada, não desprezíveis (seja pela frequência, seja pela importância do dano) e conhecidos da comunidade médica; os mesmos riscos não tinham sido informados.

Na situação acabada de descrever, mesmo que o profissional de saúde suceda na prova da sua ausência de culpa no exercício da atividade prestacional, ele responde pelos danos causados<sup>40</sup> com fundamento no incumprimento dos deveres de informar e de apenas realizar o ato médico depois de obter *consentimento informado*, pois só este justifica a invasão da integridade física do paciente (*maxime*, artigos 5.º da CDHB, 156 e 157 do CP, 340 do CC).

## VII. Algumas conclusões

Em certos casos, as declarações do profissional de saúde relativas ao ato médico a realizar na pessoa do paciente constituem, a um tempo, o cumprimento de deveres legais de informação e de obtenção de consentimento informado e declarações contratuais conformadoras da obrigação contraída pelo prestador do serviço.

Dependendo do concreto conteúdo dessas declarações – riscos que comunicam ou omitem, descrição que fazem da intervenção a realizar, experiência e taxa de sucesso do profissional que realizará o ato médico –, a obrigação assumida pelo profissional de saúde estará mais ou menos comprometida com o resultado correspondente ao interesse primário ou final do cliente.

A classificação que opõe obrigações de resultado e obrigações de meios é útil para se perceber o que são atos de cumprimento e, consequentemente, em que consiste o incumprimento (ilícito contratual) quando este respeita ao dever de prestação principal.

Quando, como sucede em grande parte dos casos de responsabilidade médica, o cumprimento defeituoso provém de uma violação da integridade física não necessária à execução da prestação principal, mas ocorrida durante a execução desta, o ilícito demonstra-se pela evidência daquela violação, independentemente de a obrigação principal ter sido de meios ou de resultado.

Os remédios próprios da violação dos deveres de informação e de obtenção do consentimento informado atuam apenas quando as informações prestadas foram falsas, insuficientes ou inadequadas; uma omissão de informação sobre riscos apenas constitui violação do dever de informar se ao ato médico estiverem associados riscos que devam ser informados.

<sup>40</sup> Sobre de que danos se trata, v. notas 33 e 34 e texto que as suporta.