

Informação e consentimento informado como declarações contratuais; relevância em situações de incumprimento^[*]

Higina Castelo

Juíza desembargadora

Investigadora do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade

[*] 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.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – SIGNIFICADO(S) E FORMAÇÃO. III. OS DEVERES DE INFORMAÇÃO E DE OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO INFORMADO. IV. DECLARAÇÕES CONTRATUAIS RELATIVAS AO ATO MÉDICO A REALIZAR – REPERCUSSÃO NAS SITUAÇÕES DE INCUMPRIMENTO. V. CUMPRIMENTO DEFEITUOSO POR ATOS NÃO NECESSÁRIOS À EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL. VI. ILUSTRAÇÃO. 1. Situação de partida. 2. Hipóteses de desenvolvimento. 3. Casos de incumprimento. VII. ALGUMAS CONCLUSÕES.

I. 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.

Constatei 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 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 incidibilidade 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*^[1]. Esta realidade histórica, aliada ao

[1] 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 Josserand et conclusions Matter), la relation d'un