

CONSENTIMENTO INFORMADO DEFEITUOSO E PRESUNÇÃO DE CULPA NA RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE

Luiz Carlos Goiabeira Rosa¹

Daniel Eustáquio Silva Faria²

Gabriel Oliveira Aguiar Borges³

Renato de Souza Nunes⁴

Resumo: O presente trabalho almeja abordar a relativização do consentimento informado dado pelo paciente ao médico, em face da vulnerabilidade informacional enquanto consumidor. Através dos métodos dedutivo e dialético, a pesquisa iniciará abordando a contextualização do paciente enquanto consumidor e conseqüentemente parte vulnerável na relação negocial, para então se analisarem as nuances que relativizam a obrigatoriedade do consentimento informado e, ao fim, observar a necessidade de prévio e objetivamente inteligível entendimento pelo paciente, enquanto requisito indispensável à validação da autorização para a realização do procedimento indicado pelo médico.

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor de Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

² Mestrando em Direito pela UFU. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUCMinas.

³ Mestre em Direito pela UFU. Professor de Direito Privado na UNIFASC e de Direito Público na UNIPAC.

⁴ Mestre em Direito pela UFU. Pós-graduado em Direito Civil pela UNIDERP e em Direito Penal pela FJI/RJ. Professor universitário no UNIPAM e no UNICERP.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade. Direito à Informação. Relação Médico-Paciente. Consentimento informado.

INFORMED CONSIDERATION DEFECTIVE AND PRESUMPTION OF GUILT IN RELATIONSHIP BETWEEN PHYSICIAN AND PATIENT

Abstract: The present study aims to approach the relativization of informed consent given by the patient to the physician, in the face of informational vulnerability as a consumer. Through the deductive and dialectical methods, the research will begin by addressing the contextualization of the patient as a consumer and, consequently, a vulnerable part of the negotiation relationship, for then analyzing the nuances that relativize the obligation of informed consent and, finally, observing the need for prior and objective intelligible understanding by the patient, as a prerequisite for the validation of the authorization to perform the procedure indicated by the physician.

Keywords: Vulnerability. Right to Information. Physician-Patient Relationship. Informed consent.

1 INTRODUÇÃO



Em tempos pós-modernos, a proteção dos vulneráveis ganha destaque enquanto corolário do macro-princípio da igualdade, devendo o ordenamento jurídico proteger e garantir os direitos do mais fraco de forma a que, visando ao equilíbrio entre as partes numa relação negocial, se compense a vulnerabilidade diante da superioridade econômica do mais forte. Em uma sociedade complexa onde a comunicação se tornou indispensável para que o sujeito tenha uma vida digna, o consumidor merece

proteção diferenciada em razão de sua vulnerabilização, na medida em que é submetido a maciças estratégias que o induzem a acreditar na perfeição de produtos e serviços oferecidos, em contraste com a realidade contextual e fática que revela, não raro, a premeditada indução do consumidor a erro exercida pelo fornecedor.

No contexto da pós-modernidade, sob o paradigma jurídico de tutela das diferenças em que a proteção à figura do consumidor se mostra amplamente efetiva, também se adequa a relação médico-paciente, onde este em geral pouco ou nada sabe acerca da prática médica e por isso, enquanto consumidor, tem direito ao esclarecimento prévio acerca dos riscos do procedimento a que porventura precisará se submeter. Desta forma, pode o consentimento informado ter caráter absoluto, na relação médico-paciente?

Nesse sentido, a presente pesquisa visa a discutir em que medida o consentimento informado prestado pelo paciente ao médico tem força obrigacional, em contraposição à vulnerabilidade informacional reconhecida no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Adotou-se o método dedutivo, partindo-se da generalidade do conceito de vulnerabilidade e suas espécies, dando destaque à vulnerabilidade informacional, bem como a responsabilidade civil do médico e as discussões quanto à responsabilidade objetiva e subjetiva, para ao fim discutir especificamente sobre a relativização da força obrigacional do consentimento informado. Também se adotou o método dialético, na medida em que se confrontaram o dever de informar do fornecedor e o dever do consumidor em remunerar o serviço prestado pelo profissional médico.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL MÉDICO

Numa relação jurídica contratual de prestação de

serviços, o profissional pode ser submetido a obrigações de meio, quando seu dever restringe-se a empregar todos os meios possíveis para alcançar um objetivo sem necessariamente ter o compromisso de alcançá-lo; ou de resultado, quando a obrigação redunde em efetivamente alcançar o objetivo vislumbrado e normalmente alcançável.

Outrossim, é função da medicina prevenir e atenuar os males da humanidade (KFOURI NETO, 2010, p. 27), razão pela qual deve ser exercida cautelosamente, com competência, amor e respeito à vida e aos direitos do paciente (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p. 4). Por isso, o profissional da saúde sempre deve atuar no ânimo de curar.

Erros, porém, acontecem. E nesse mister, há que se perquirir se a responsabilidade civil do profissional da saúde é objetiva ou subjetiva.

Inicialmente, considerava-se objetiva a responsabilidade do médico, por se acreditar que tal profissional, por ter o poder de curar, era um enviado de Deus e portanto infalível. Assim, se o paciente não fosse curado, o médico seria severamente punido posto ter falhado no uso de um instrumento divino. De toda forma, com a evolução humana e as transformações racionalistas ocorridas ao longo dos séculos, ocorreu um distanciamento entre a figura do médico e a de Deus, em face do que, a responsabilidade médica passou a ter critérios mais racionais e basear-se na culpa na conduta do prestador de serviços (MARQUESI; VIZZOTO, 2012, p. 30).

Assim é que, no Código Civil brasileiro de 2002, a responsabilidade civil subjetiva está consagrada no art. 186, ao preconizar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002); e no art. 927, *caput*, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Por outro lado, o parágrafo único do art. 927 trata da

responsabilidade civil objetiva, ao dispor que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Outrossim, apesar de existir ampla legislação regulamentadora no que diz respeito à proteção da saúde como direito fundamental, a responsabilidade do médico é contratual, ainda que, em algumas situações, ela tenha origem exterior ao âmbito extracontratual, como por exemplo, no caso de médico que socorre vítima inconsciente na rua (KFOURI NETO, 2010, p. 74). É relação de consumo, eis que o primeiro presta serviço mediante remuneração direta ou indireta e sem que o segundo tenha o intuito de lucro, sendo portanto aplicáveis à espécie os artigos 2º, *caput*⁵ e 3º, *caput*⁶ e § 2º⁷, do CDC (BRASIL, 1990).

A propósito, já vaticinou o Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA. I - Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. II - O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no

⁵ Art. 2º, *caput*, do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

⁶ Art. 3º, *caput*, do CDC: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁷ Art. 3º § 2º, do CDC: “§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Código Civil. Recurso especial não conhecido. (STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 731.078/SP, Relator Ministro Castro Filho, j. 13 dez.2005, DJ 13 fev. 2006)

Nesse mister, de um modo geral o art. 14 § 4º do CDC assevera ser subjetiva a responsabilidade se o médico for profissional autônomo, na medida em que dispõe que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

Diz-se também que, regra geral, a obrigação médica é “obrigação de meio” ou de “diligência”, pois o profissional assume o dever de praticar sua atividade conforme regras e métodos recomendados pela profissão, proporcionando ao paciente os cuidados necessários e condizentes com o avanço científico (KFOURI NETO, 2010, p. 75), sem no entanto poder ser responsabilizado pela não obtenção do resultado almejado pelo paciente, posto que tal mister estaria vinculado a outros fatores além da prestação do serviço do profissional da saúde:

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto [...] (STJ, Segunda Turma, REsp 1184932/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 13/12/2011, DJe 16/02/2012).

Assim, a vítima é obrigada a provar que o médico falhou culposamente e lhe causou dano (MARQUESI; VIZZOTTO, 2012, p. 32), sendo a propósito imprescindível que tenha sido possível ao médico agir com mais diligência e que a ignorância sobre algum aspecto seja inadmissível em sua profissão (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2002, p.11).

2.1 DA OBRIGAÇÃO DO MÉDICO COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO

Quando se fala em contratos, clássica é distinção entre contratos de meio e resultado. Tal classificação se deve ao objeto do contrato, se tal é o “destino” ou a “viagem”.

Nos contratos de resultado, o objetivo é o “destino” pois o que interessa ao contratante é um fim definido que obrigatoriamente deve ocorrer, um ponto específico ao qual deve-se chegar. Quando um passageiro saindo do centro do Rio de Janeiro pega um taxi informando ao motorista que deseja ir para o aeroporto do Galeão a fim de pegar um voo que sai em duas horas, porém o taxista, após uma “bela corrida” pelos pontos turísticos da Cidade Maravilhosa, o deixa no aeroporto de Jacarepaguá ao lado da Barra da Tijuca, o objeto do contrato desejado pelo contratante que era chegar ao aeroporto do Galeão a tempo de pegar seu voo, não foi alcançado, cabendo ao taxista o dever de indenizar os danos causados ao passageiro pela perda do voo.

Salvo as exceções existentes nos atendimentos de emergência, existe nas relações médico/paciente um contrato de prestação de serviços, onde “em regra” o profissional da saúde se compromete a utilizar de sua capacidade técnica e dos meios disponíveis através das ciências humanas em busca da cura, ou manutenção da saúde do paciente, trata-se portanto de um contrato de atividade meio, onde o que interessa é a “viagem” a maneira que o profissional conduziu o tratamento, mesmo que o resultado final “o destino” seja diverso daquele desejado pelo paciente no momento da contratação.

Theodoro Júnior (2016, p. 77) expõe de forma clara e precisa a essência do contrato de prestação de serviços médicos:

É claro que paciente e facultativo (médico) têm um objetivo em comum: a busca da cura do enfermo. Mas a ciência médica e a própria natureza não permitem garantir que essa meta seja assegurada. Ambos se empenharão na tarefa de perseguir esse objetivo, porém sem a certeza de poderem alcançá-lo. A prestação contratual do médico, então, cinge-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação. Se cumpre tal prestação, o contrato terá sido cumprido, malgrado o insucesso do tratamento, no

tocante à meta de curar ou salvar o doente.

Tendo em vista se tratar de contrato de atividade meio o contrato de prestação de serviços médicos, no caso de insucesso no tratamento ou resultado indesejado do contratante resultando-lhe um dano, com base no disposto no § 4º do artigo 14 do CDC, caso haja o interesse de ver seu dano indenizado, caberá ao paciente comprovar em juízo a culpa do profissional, bem como o nexo causal entre a conduta médica, no caso em desacordo com o desempenho médio esperado desse tipo de profissional, conjugada com as técnicas e meios disponíveis e o resultado final dano, suportado pelo paciente ao fim do tratamento.

Nos casos dos contratos de resultado existe uma inversão do *onus probandi*, a fim de averiguar-se a culpa do profissional médico na culminação do resultado dano, como se verá no próximo tópico.

2.2 DA OBRIGAÇÃO DO MÉDICO COMO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Apesar de ainda haver a necessidade de se aferir o elemento culpa, posto que a responsabilidade dos profissionais liberais trata-se de *responsabilidade subjetiva*, por força do § 4º do art. 14 do CDC, no caso da obrigação de resultado existe uma inversão do ônus da prova, onde cabe ao profissional comprovar que fatores outros contribuíram para a não obtenção do resultado desejado que não aqueles controláveis por sua capacidade técnica.

Apesar de não se tratar de responsabilidade objetiva, aplica-se aos caso dos contratos de resultado, no âmbito do direito do consumidor, a chamada culpa *in re ipsa*, a qual “deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso” (FILHO, 2011, p. 40), existindo a ocorrência do dano *ipso facto* resta demonstrada a culpa do contratado, ao qual cabe a obrigação de demonstrar a ocorrência dos excludentes de responsabilidade, tal qual o caso fortuito, força maior, culpa

exclusiva do paciente (que não obedeceu as orientações recomendáveis ao pós operatório v.g. para se escusar do dever de indenizar.

Especialmente nos contratos médicos de resultado, o dever de informação do médico sobre as possíveis intercorrências, a extensão dos riscos de resultados indesejados, o nível de evolução técnica e a distância entre o resultado *idealmente desejado* e aquele *possivelmente alcançável* são de fundamental importância para a tomada de decisão do paciente em se submeter ao procedimento ofertado pelo profissional, sendo peça chave a seu fiel cumprimento e comprovação em um processo de reparação civil por danos sofridos em razão de um resultado indesejado em intervenções desse tipo.

3 DA INFORMAÇÃO SOBRE O PRODUTO OU SERVIÇO

A informação sobre o produto ou serviço relaciona-se diretamente com a obrigação do fornecedor em viabilizar tal mister de forma inteligível ao consumidor, principalmente levando-se em consideração a vulnerabilidade deste último.

3.1. DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Os indivíduos se relacionam no dia a dia nas mais diversas situações possíveis, nas quais nem sempre há equilíbrio e igualdade, sendo que geralmente a parte mais fraca acaba tendo que se submeter ao arbítrio do indivíduo mais favorecido. Diz-se, então, que essa é a perspectiva fática da vulnerabilidade (REIS, 2015).

Nesse sentido, não há dúvidas de que, no âmbito na tutela do consumidor, é em regra esta a parte mais fraca e vulnerável, já que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, escolhendo o que produzir, como produzir, bem como a fixação de suas margens de lucro (FILOMENO,

2011, p. 74). Não sem motivo, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso XXXII, erigiu à categoria de direito fundamental a proteção do consumidor⁸ e, bem assim, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) trouxe em seu bojo uma série de direitos básicos concedidos ao consumidor, a fim de, por meio da avaliação da disparidade econômica e o respectivo sopesamento da respectiva proteção estatal, contrapondo-se e se compensando desta forma a proteção ao consumidor na exata proporção de sua inferioridade econômica em relação ao fornecedor, efetivar o princípio da igualdade e destarte dar o tratamento isonômico às partes, produzindo assim igualdade material onde há, originariamente, desigualdade.

Fala-se, então, que essa é a segunda perspectiva da vulnerabilidade, capaz de alçá-la à condição de princípio. Busca-se a adoção de ações afirmativas capazes de igualar a relação originalmente desigual (REIS, 2015) ou, posto de outra forma, a consideração da vulnerabilidade enquanto fator de equilíbrio insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial (KONDER, 2015). Nesse sentido, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 4º, inciso I, arrola o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.⁹

Marques (2011, p. 323) bem explica a vulnerabilidade:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um

⁸ Artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal: “o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”.

⁹ Art. 4º, inciso I, do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...].”

estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para sua boa aplicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

De um modo geral, doutrina e jurisprudência acatam a teoria segundo a qual a vulnerabilidade pode ser dividida em quatro tipos tradicionais: técnica, jurídica, fática e informacional.

Vulnerabilidade técnica é aquela em que o consumidor não detém conhecimentos específicos sobre a composição, funcionamento e outros detalhes técnicos acerca do produto ou serviço que está adquirindo, sendo, portanto, mais suscetível à indução a erro pelo fornecedor quanto às características ou à utilidade. Exemplo disso é a situação em que o consumidor adquire um produto eletrônico, sobre o qual desconhece as peças que o compõem ou a forma pela qual o mesmo funciona.

Jurídica ou científica pode ser sintetizada como aquela que consiste no desconhecimento de determinada ciência que norteia o objeto da relação, vale dizer, a falta de conhecimentos específicos referentes ao aspecto jurídico, contábil, econômico ou congênere. Tem-se, por exemplo, o consumidor que adquire produto alimentício sem saber que a respectiva comercialização, na forma em que o foi, é proibida.

Na fática ou socioeconômica, o consumidor é manifestamente inferior eis que o fornecedor, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico ou por seu grande poder econômico ou mesmo em razão da essencialidade do serviço impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (MARQUES, 2011, p. 330-331). É o caso do fornecedor que é o único fabricante de determinado produto ou é o único prestador de certo serviço,

valendo-se de tal mister para de alguma forma oprimir o consumidor.

A seu turno, a vulnerabilidade informacional consubstancia-se na ausência ou deficiência de informação que o consumidor venha a ter sobre o produto ou serviço, exigindo-se que o fornecedor, detentor da informação por excelência, deve avisar previamente o consumidor sobre todas as características do produto ou serviço exposto no mercado, sobressaindo-se destas os riscos a que o consumidor possa ser exposto. Tal espécie adquiriu relevância, posto que hodiernamente vive-se em uma sociedade hipercomplexa em que a informação é essencial para que se tenha uma vida digna e, se por um lado o excesso de informações pode ser desnecessário, por outro a falta de informação em uma relação de consumo pode acarretar consideráveis prejuízos ao consumidor, os quais poderiam ser evitados com os devidos e prévios esclarecimentos pelo fornecedor.

Em razão desta última espécie de vulnerabilidade, sobressai-se a relevância da respectiva informação prévia ao consumidor, para que conscientemente e livre de induções a erro possa adquirir o produto ou serviço, perfectibilizando-se assim a relação de consumo.

3.2. DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Na segunda metade do século XX, o processo de substituição/ inovação de técnicas de produção, comercialização e publicidade provocou uma mudança nos bens de consumo: fabricam-se produtos não para durarem mas para serem adquiridos como uma confirmação do *status* social do indivíduo e fator de aceitação na sociedade em que se insere. É dizer: para se sentir pertencente ao grupo social que usa determinada versão de certo produto, o consumidor também tem que o possuir; e, se o grupo adquire uma versão atualizada, o indivíduo também tem que adquiri-la mesmo se a versão anterior ainda estiver em perfeitas

condições de funcionamento.

Essa mudança gerou uma insatisfação permanente na sociedade de consumo, a qual, ao invés de buscar pela durabilidade e eficiência, passou a se valer como referencial o potencial de ostentação e reconhecimento social que o produto ou serviço venha a ter. Por consequência, a cada vez mais incessante oferta de “novos” produtos em substituição aos “velhos”, mesmo tendo sido estes lançados ao mercado muito recentemente, fez com que estes se depreciassem e se desvalorizassem muito mais rapidamente mesmo ainda tendo funcionalidade e operacionabilidade. Bem a propósito é o entendimento de Bauman (2009, p. 109), quando afirma que “a síndrome consumista degradou a duração e promoveu a transitoriedade. Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência”.

Tal comportamento do consumidor fez com que, num primeiro momento, o fornecedor não necessitasse atentar-se à durabilidade e segurança do produto, dado que não eram os principais fatores a serem observados pelos adquirentes, gerando-se como consequência a sensação, pelo fornecedor, de se ver desobrigado de prestar as respectivas informações ao consumidor. Contudo, com o advento da dignidade humana enquanto vetor do ordenamento jurídico, resgatou-se a preocupação com o benefício que o produto ou serviço poderiam proporcionar à integridade psicofísica do consumidor, com o fito de assegurar a dignidade deste enquanto ser humano.

Ressurgiu-se, então, a necessidade de uma pronta, adequada e clara informação ao consumidor acerca do produto ou serviço que porventura viria a adquirir, para que se elida ao máximo qualquer potencial agressão à dignidade humana do adquirente. O dever de prestar a informação imposto ao fornecedor, portanto, passou a se tratar de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação passou a ser componente necessário do produto e do serviço, que não podem ser oferecidos no mercado sem ela (NUNES, 2011, p. 114).

Nesse diapasão, a concessão do direito da precisa informação ao consumidor por parte do fornecedor se traduz de fundamental importância para que a relação de consumo se desenvolva de forma equilibrada, tendo em vista que, se o fornecedor possui todas as informações relevantes de seu produto/serviço desde a concepção do mesmo, deve repassá-las ao consumidor de maneira acessível e tempestiva de forma a se evitar a este último maiores dissabores.

Assim é que, a vulnerabilidade informacional é compensada primordialmente pelo direito básico do consumidor à informação, previsto no inciso III do artigo 6º do CDC¹⁰, do qual se desdobram diversas outras prescrições presentes no Digesto Consumerista, traduzidos em deveres de informação do fornecedor para com o consumidor. Conforme bem explana Miragem (2016, p. 214):

O direito básico à informação do consumidor, estabelecido no artigo 6º, III, do CDC, é acompanhado de uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, imputados ao fornecedor nas diversas fases da relação de consumo, como é o caso dos artigos 8º e 10 (informação sobre riscos e periculosidade), 12 e 14 (defeitos de informação), 18 e 20 (vícios de informação), 30, 31, 33, 34, e 35 (eficácia vinculativa da informação, sua equiparação à oferta e proposta, e as consequências da violação do dever de informar), 36 (o dever de informar na publicidade), 46 (a ineficiência em relação ao consumidor, das disposições contratuais não informadas), 51 (abrangência pelo conceito de cláusula abusiva, daquelas que não foram suficientemente informadas ao consumidor), 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos), todos do CDC. Refira-se, ainda que a Lei 12.741/2012 incluiu no inciso III do art. 6º do CDC, dentre as informações que devem ser oferecidas ao consumidor, ao lado da especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e riscos, também as relativas aos tributos incidentes sobre o preço.

¹⁰ Art. 6º, inciso III, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Ainda nas palavras de Miragem (2016, p. 24-25), o dever de informar deve ser analisado a partir de três critérios, quais sejam, conteúdo, forma e tempo:

O conteúdo da informação tem importância em si mesmo. Trata-se do que se informa. A forma pela qual se repassa a informação é igualmente relevante. Deve favorecer sua compreensão pelo destinatário, de modo a permitir o conhecimento e o uso da razão nas suas decisões no mercado de consumo. E por fim o tempo da informação. Característica dos tempos atuais é a velocidade. Em certo aspecto urge a necessidade de incluir-se na relação de tarefas individuais cotidianas um número cada vez maior de obrigações no mesmo espaço limitado de tempo. E nesta tensão diminui naturalmente o tempo de reflexão sobre as decisões diversas da vida individual, dentre as quais as que se adotam no mercado de consumo.

Acresça-se que, quanto ao critério de conteúdo, em tempos de facilidade e excesso de informações o que se deve observar não é tão-somente a escassez de informações, mas também a inteligibilidade do conteúdo informativo disponibilizado pelo fornecedor: ao consumidor devem ser oportunizadas informações essencialmente úteis, de forma a que este possa compreender o que e como está adquirindo. É dizer: o fornecedor deve conceder ao consumidor informação de maneira apreensível e acessível.

Desta maneira, em tempos de hipercomplexidade e alta velocidade, a informação adequada é fator fundamental para o equilíbrio das relações de consumo que devem se desenvolver fundadas no princípio da boa-fé objetiva, com respeito mútuo entre os participantes e paridade de armas, a fim de se dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade material.

4 CONSENTIMENTO INFORMADO E RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Se por um lado em regra a responsabilidade do médico é subjetiva por ser de meio e assim se faz necessária a prova da

culpa do profissional pelo paciente, por outro lado, em se tratando de direito médico, é pouco provável se encontrar uma prova cabal e irrefutável, razão pela qual abrandar-se em tal caso o rigor excessivo na exigência da prova da culpa e do nexos de causalidade. Nesse contexto, e uma vez que na quase totalidade dos casos o paciente enquanto consumidor é a parte vulnerável da relação, situações há em que a culpa se presume, como na hipótese de o paciente consentir no tratamento em razão de indução a erro pelo médico, por este não prestar as devidas informações prévias ou as prestar de forma equivocada.

4.1 DO DEVER DE INFORMAÇÃO, NO CONTEXTO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Já dito antes, a relação médico-paciente é de consumo. Ato contínuo, tem o médico o dever de informar prévia e inteligivelmente o consumidor sobre as características, exigências, encargos, ônus e principalmente os riscos em que se consubstancia o procedimento a ser contratado, conforme determina o já mencionado art. 6º, III, do CDC. Frise-se, outrossim, que o dever de informação do médico referente ao paciente vai muito além daquele disposto no art. 6º, III e parágrafo único do CDC e suas irradiações através no Digesto Consumerista: o mister do facultativo não se restringe a uma mera prestação de serviço, dado que há outros bens jurídicos do consumidor envolvidos, podendo ser atingidos, no desenvolvimento da atividade desenvolvida no decorrer da relação contratual, dentre eles a vida, bem maior do ser humano.

Filho (2010, p. 392) bem obtempera nesse sentido:

A atividade médica é essencialmente perigosa, tem o chamado *risco inerente* [...], assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza do serviço e ao seu modo de prestação. Toda cirurgia, até a mais simples, produz um risco inevitável, que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem certo risco, às vezes até com efeitos colaterais, como a quimioterapia e a cirurgia em

paciente idoso e de saúde fragilizada, ainda que o serviço seja prestado com toda a técnica e segurança.

Além do CDC, o Código Civil brasileiro também traz implicitamente a obrigação da devida informação pelo médico. Quando o art. 15 dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2016, p. 47), permite interpretar a ausência de fornecimento da devida informação ao paciente como uma espécie de constrangimento, na medida em que, resultando em insucesso o procedimento médico, poderá o paciente vir a ter que carregar consigo talvez até o fim da vida, uma possível constrangedora sequela a qual poderia ter sido evitada se, antes do procedimento, o paciente tivesse sido adequadamente informado dos riscos e porventura tivesse optado por outra alternativa.

Nesse mesmo sentido, a Resolução nº 1931, de 17 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina (Código de Ética Médica), preleciona em seu art. 22 ser proibido ao médico “deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (BRASIL, 2010, p. 47). A expressão *após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado* é de suma importância, pois é a partir dela que a norma leva à superação da vulnerabilidade informacional do consumidor, emancipando-o frente à superioridade técnica e informacional do prestador de serviços de saúde.

O Código de Ética Médica (BRASIL, 2010, p. 49-64) traz ainda algumas especificidades a respeito do dever de informar, dentre as quais os seguintes comportamentos proibidos ao médico:

Art. 31. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. [...] Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. [...] Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar

de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Destarte, a informação prévia, adequada e inteligível é parte fundamental da relação, possuindo valor extremamente importante para a formação do convencimento em contratar-se ou não os serviços oferecidos pelo profissional médico, convencimento este que, se formado a partir de informações corretas e suficientes ao caso, redundará num consentimento informado válido, formado através da consciência dos riscos pelo paciente, através das informações claras, verdadeiras, tempestivas e acessíveis prestadas pelo médico. Infira-se que o consentimento informado é hoje a pedra de toque da responsabilidade civil médica, posto que, conforme bem obtempera Filho (2010, p. 393), “somente o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade”.

Posto de outra forma, a informação a ser prestada pelo profissional médico a seu paciente é o alicerce do consentimento consciente do paciente. Sendo adequada, clara e precisa, a informação prestada gera a presunção de que se proporcionou ao paciente grandes chances de obter o resultado esperado. Lado outro, no caso de informações insuficientes, mal prestadas, diagnósticos incorretos, o consentimento formado a partir de então resta viciado, e portando inválido a eximir o profissional de responsabilidade por prováveis danos advindos da má prestação do serviço.

Com efeito, pode-se até mesmo se dizer em culpa presumida pois, se o médico detém o conhecimento técnico necessário para advertir e esclarecer corretamente ao paciente as consequências das alternativas postas ao quadro clínico, também possui condições de induzir restringir ou até mesmo induzir a erro o paciente, na medida em que este, comumente leigo em questões médicas, vem a acreditar e confiar na palavra do médico justamente pelo fato de este último ser o *expert*, o conhecedor das técnicas e procedimentos terapêuticos em tese adequados ao

caso.

Nesse mister, Filho (2010, p. 394) propõe a observação de três fatores primordiais para se delimitar do dever médico de informação: (a) as circunstancias do fato, se urgente ou não; (b) os riscos envolvidos, o que se pode entender como a relação custo x benefício do tratamento; e (c) o comportamento médio esperado do paciente em submeter-se ou não ao tratamento após prestadas as informações fundamentais sobre seu estado de saúde. Nas palavras do autor: “Os limites do dever de informar são estes – riscos graves, diretamente decorrentes da atuação médica e que poderiam levar o paciente a não querer se submeter ao tratamento” (FILHO, 2010, p. 394).

4.2 DA NECESSIDADE DE PREPARO PRÉVIO DO FACULTATIVO, EM RELAÇÃO ÀS MÁIS NOTÍCIAS

Esse dever de informar subsiste mesmo quando o direito que o paciente possui de ser informado adequadamente sobre seus diagnósticos leva a situações desconfortáveis que o profissional da saúde precisa enfrentar, como se dá no momento de se informar ao paciente ou a sua família um diagnóstico desfavorável. É o que acontece, por exemplo, quando o médico obstetra precisa informar aos pais da criança que o feto apresenta anomalia que pode redundar em deficiência:

A chegada de um filho encontra-se entre os acontecimentos significativos que marcam uma importante mudança de ciclo no desenvolvimento familiar; acontecimento normal, mas vai demandar ao casal e da família mecanismos de ajuste para incorporar e enfrentar a nova situação, provocando alterações na dinâmica familiar. Todo este mecanismo é potencializado com a inclusão de um filho deficiente, com problemas de saúde, ou necessidade especial, afetando assim esta dinâmica. O momento e a forma como o diagnóstico é informado à família são aspectos relevantes que vão interferir no processo de adaptação familiar. Os problemas e anseios que os pais vivenciam decorrem de informações tardias, erradas e incompletas. Sendo assim, é prioritária a conscientização precoce sobre o

diagnóstico. (ASSIS-MADEIRA ET AL., 2015, p. 122)

Outrossim, é assente que, se a notícia difícil é comunicada de forma inadequada, ao invés de esclarecer e confortar pode complicar ainda mais a situação, pois poderá confundir e gerar ou agravar a angústia e ressentimentos por que passa a família. Lado outro, se feita adequadamente pode auxiliar na compreensão, aceitação e adaptação do quadro. A comunicação eficaz tem seus benefícios comprovados como qualidade da coleta de informações, melhor recuperação do paciente, adesão aos planos de tratamento, resultando em melhores resultados para os pacientes, maior satisfação com as consultas, melhora na segurança e redução de queixas (ASSIS-MADEIRA ET AL., 2015, p. 122).

Por isso, além do necessário conhecimento técnico, é dever do médico preparar-se emocional e psicologicamente para prestar informações desagradáveis ao paciente, de uma forma que seja suficientemente apta a elucidar todas as dúvidas e assim possibilitar legitimamente o paciente a consentir ou não quanto às alternativas terapêuticas ora apresentadas. É nesse sentido o entendimento de Monteiro e Quintana (2016, p. 6):

Segundo Seabra e Costa (2015), os médicos possuem dificuldades em realizar a comunicação de más notícias, indicando ansiedade, nervosismo e desconforto em realizar essa tarefa; e alívio ao terminá-la, dependendo da reação do paciente. Esses sentimentos podem justificar o fato de alguns profissionais se prepararem anteriormente e reservarem um tempo especial para realizar a comunicação. Pode-se salientar que essa preparação está relacionada tanto a uma questão mais técnica de como comunicar, quanto aos sentimentos que emergem frente a essa tarefa. Percebe-se, então, que o fato de a comunicação, e aqui, principalmente, da má notícia, não é apenas a passagem de informação. Se há a necessidade de se preparar é porque essa tarefa é difícil e envolve sentimentos, tanto do lado de quem emite a notícia, no caso o médico, quanto de quem a recebe. A preparação que o médico faz antes de comunicar leva a pensar em uma angústia frente à comunicação de más notícias; portanto, ele não se encontra preparado para comunicar.

Portanto, também aqui se denota a culpa presumida em caso de prestação deficiente de informações pelo médico, eis que, espera-se e até mesmo se exige do facultativo não só o conhecimento técnico acerca da terapêutica aplicável, mas também o respectivo preparo emocional e psicológico para se poder comunicar ao paciente a notícia desfavorável, de modo a que se possa suficientemente esclarecer o paciente e, ao mesmo tempo, minorar o trauma e assim possibilitar a superação do insólito num tempo menor e sob condições menos estressantes, de forma a que o paciente manifeste o seu consentimento mediante o prévio e inescusável esclarecimento acerca das reais probabilidades de êxito e riscos de insucesso.

5 CONCLUSÃO

Quando se analisa a relação entre médico e paciente, não é difícil encontrar a situação de vulnerabilidade deste com relação àquele: o paciente, geralmente, é vulnerável com relação ao médico em todos os aspectos, pois sua saúde e, muitas vezes, sua vida, dependem deste prestador de serviços. Nesse mister, o presente artigo buscou destacar a vulnerabilidade informacional do paciente frente a seu médico, para demonstrar por que o profissional da saúde é obrigado a informar ao seu cliente todos os detalhes de seu diagnóstico, prognóstico e tratamentos, e bem assim a se preparar previamente em todos os sentidos, para a respectiva informação e esclarecimento ainda que desfavoráveis ao paciente.

Ora, o paciente não possui o conhecimento técnico do esculápio, não podendo, contudo, ter todo o seu tratamento médico realizado à sua revelia. Sendo assim, conclui-se que, a partir da vulnerabilidade informacional do consumidor e, especificamente, do consumidor de serviço médico, é necessário que o médico informe ao seu paciente sobre todos os aspectos do serviço prestado. Ademais, caso o médico deixe de obter o

consentimento informado de seu paciente, ele poderá ser civilmente responsabilizado, desde que seja provada sua culpa, nos termos do art. 14, §4º, do CDC.

De toda forma, para se garantir que o paciente terá assegurado o seu direito a ser devidamente informado sobre o serviço médico, é necessário que os médicos sejam preparados desde a graduação em Medicina para dar notícias ruins. É dizer, muitas vezes a forma como o profissional da saúde presta a informação, especialmente diagnósticos pouco positivos, interfere na reação do consumidor. Sendo assim, é necessário que o médico seja melhor preparado para informar ao paciente ou a seus familiares sobre os diagnósticos infelizes, de forma a minimizar os danos psicológicos a este.

Destarte, estendendo-se a vulnerabilidade informacional do consumidor à relação médico-paciente, exsurge a necessidade de melhor preparação possível por parte do profissional da saúde, para prestar as informações necessárias ao paciente-consumidor. É dizer, não basta que se assegure o direito à informação para reequilibrar a relação jurídica frente à vulnerabilidade informacional em matéria médica: é preciso, também, que a informação seja prestada adequadamente, especialmente em caso de diagnósticos pouco otimistas.



REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, James Maxwell Fernandes. O direito à informação e o exercício da cidadania na saúde. *Revista eletrônica do curso de direito da UFSM*, 2015, v. 10, n. 1. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito/article/view/19286>>. Acesso em 29 dez. 2018.
- ASSIS-MADEIRA, Elisângela A. et al. Experiências de

- médicos ao comunicarem o diagnóstico da deficiência de bebês aos pais. *Ciência & Saúde*, 2015, v. 8, n. 3, p. 121-128.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Denzzen. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 18 abr. 2018.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 24 abr. 2018.
- _____. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica: Resolução CFM nº 1391, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso)*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 731.078/SP. Relator: Ministro Castro Filho. DJ, 13 dez. 2005. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 fev. 2006.
- _____. _____. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1.184.932/PR. Relator: Ministro Castro Meira. DJ 13 dez. de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 fev. 2012.
- CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed.. São Paulo: Atlas, 2010.
- CORDEIRO, Fernando et al. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. *Revista brasileira de colo-proctologia*, Rio de Janeiro, Mar. 2011, v. 31, n. 1, p. 58-63. Disponível em:

- <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0101-98802011000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 jan. 2019.
- CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Da política nacional das relações de consumo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Culpa Médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, Mai./Jun. 2015.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUESI, Roberto Wagner; VIZZOTO, Marília. Responsabilidade civil do médico imperito. *Scientia Iuris*, v. 16, n. 1, p. 25-44, 2012.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MONTEIRO, Daniela Trevisan; QUINTANA, Alberto Manuel. A comunicação de Más Notícias na UTI: Perspectiva dos Médicos. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 32, n. 4, 2016, p. 1-9. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722016000400221&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 abr. 2019.
- MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a lei*. 4. ed.. São Paulo: LEJUS, 1998.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 105/2016, p. 103-121, 2016.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 13 – 45, Out./Dez. 2010.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de. Uma análise na relação médico-paciente frente aos recursos das tecnologias da informação. *Revista de administração e inovação*. São Paulo – SP, v. 11, n. 2, p. 132 -153, 2014.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 8. Câmara Cível. Apelação Cível nº 825484-8. Relator: José Laurindo de Souza Netto. 08 de março de 2012.
- REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do

Consumidor. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro-RJ, v. 956, p. 89 – 114, jun. 2015.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 8. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.