

**REFLEXOS DA NEGLIGÊNCIA INFORMACIONAL
NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE
UMA ANÁLISE ABRANGENTE À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Carlos Eduardo Neves Kebian¹

Roberta Nogueira Mattos²

Sumário: Introdução; 1.O dever informacional ético do médico sob a ótica do CDC;2. Possibilidade legal da negligência informacional. 3. “Blanketconsent” e o posicionamento do STJ 4.Consequência jurídica da negligência informacional. Conclusão. Referência bibliográfica.

Introdução

Primeiramente importante destacar que muitos estudiosos do direito médico impugnam a existência da relação de consumo entre médico e paciente, contudo, os tribunais de justiça já pacificaram o entendimento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, aqui nos cabe destacar que mesmo que não fosse esse o entendimento dos tribunais, o médico permaneceria com a sua obrigação informacional em relação ao paciente por força do seu código de ética médica.

No capítulo 1 o dever ético informacional será analisado sob a interpretação do código de defesa do consumidor, trazendo inclusive decisões emblemáticas que demonstram

¹ Advogado, Palestrante, Professor, Mestrando em Direito Médico e da Saúde, Pós graduado em Direito do Consumidor, Pós graduado em Direito Médico, Membro do Grupo de Estudo de Direito Medico do CREMERJ, estive Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/RJ, Subseção Leopoldina, Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/RJ Subseções Leopoldina e Bangu, Membros das Comissões de Direito Médico e Direito do Consumidor da OAB/RJ, Membro da Comissão de Direito Médico da ABA/RJ.

² Advogada, Palestrante, Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal, Pós-graduanda em Direito Médico e da Saúde, Membro ativo da comissão de Direito Médico da OAB/RJ subseção Leopoldina e da comissão do Direito do Consumidor OAB/RJ, Membro da subcomissão de estudos jurídicos da CDC da OAB/RJ.

que a informação é primordial na relação de consumo, principalmente entre médico e paciente.

Adiante, já no segundo capítulo será abordado a negligência informacional como erro médico, será tratada a condição para que seja considerado dessa forma, se fundamentando em decisão judicial.

No capítulo 3 será tratado sobre a possibilidade do médico deixar de informar sobre todos os aspectos do procedimento considerando a condição do paciente, bem como caso ele se recuse a ouvir, não gerando qualquer sanção ao médico.

No capítulo 4 são as consequências da negligência informacional, quais sanções jurídicas o médico pode sofrer na hipótese dele não prestar informações claras e adequadas ao seu paciente.

Finalizando no capítulo 5, será discutida a decisão do STJ sobre o “blanketconsent”, aquele consentimento genérico fornecido pelos médicos para quem vai se submeter a um procedimento ou uma cirurgia e pôr fim a conclusão.

1. O dever informacional ético do médico sob a ótica do CDC

Há discussões sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médico e paciente, mas aqui será discutido com fundamento na corrente majoritária, que entende da existência da relação de consumo.

Antes de adentrar no Código de Defesa do Consumidor, importante trazer à baila o Código de Ética Médica³, nele nos resta evidente a obrigação de informar ao paciente sobre o procedimento que ele irá se submeter, vejamos:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter 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

³ <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, **devendo científicá-la** das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 34. **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. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, **devendo sempre esclarecê-lo** sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

O Código de Ética Médica está em absoluta consonância com o Código de Defesa do Consumidor, pois além de enxergar o paciente como prioridade, defende o seu direito básico de ser informado clara e adequadamente, cabendo aqui citar o art.6º CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

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;

Logo no inciso I do art.6º CDC o consumidor já tem como direito básico a proteção da vida e saúde e no inciso III o direito de receber informações adequadas e claras sobre o serviço prestado.

Outro inciso do art.6º CDC que se aplica ao dever informacional é o VI que trata sobre a efetiva prevenção de danos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Aqui devemos ter em mente que informar adequadamente ao paciente se trata de uma prevenção de danos, pois algumas pessoas optam por permanecer com certa doença ao que se submeter a uma cirurgia, pois não desejam sofrer a dor do corte e recuperação, além de todos os demais transtornos.

Existem diversas normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina que trata sobre o dever informacional do médico, aqui destaca-se a Recomendação n.º1/2016, a sua alínea a recomenda como o esclarecimento ao paciente deve ser realizado:

a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva.

Observa-se a consonância do texto com o Código de Defesa do Consumidor, recomendando que as informações sobre os procedimentos devem ser detalhadas, inclusive na alínea“c” ressalva que a redação do documento deve ser em linguagem clara para que o paciente entenda o que está escrito, cumprindo assim o dever informacional:

c) A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão. Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.

O que se demonstrou até o momento é que as normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Conselhos Regionais estão em absoluta consonância com o sistema de proteção e defesa do consumidor, muitas vezes as normas são mais incisivas na proteção do paciente que o próprio CDC.

2. Possibilidade legal da negligência informacional.

Nenhum direito é absoluto, o que inclui o direito do paciente em receber informações e para fundamentar o que é dito, citamos o art.34 do Código de Ética Médica, valendo a leitura:

Art. 34. 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.

É certo que informação é um direito básico do consumidor, que o médico tem o dever ético de informar o paciente, mas esse direito não pode se sobrepor ao seu bem estar e o

Edmilson de Almeida Barros Júnior destaca em sua obra o seguinte sobre o dispositivo citado:

“Se por um lado, o artigo assegura o direito de informação ao paciente, por outro lado exige que esta seja omitida a partir do ponto que, a critério e prudente arbítrio do médico, esta possa causar algum tipo de dano adicional ao paciente”

Entenda, dependendo da gravidade do que será transmitido ao paciente, pode gerar desespero e depressão grave ao paciente, o que pode agravar o seu quadro clínico, até mesmo com repulsa ao tratamento, isolamento de amigos e familiares, dependendo, até cometer suicídio, por isso imprescindível que algumas informações sejam omitidas!

Contudo, considerando que é dever do médico informar, ele deve se precaver e registrar a situação no prontuário do paciente, inclusive com testemunhas, o melhor que sejam da equipe para evitar a acusação de violação de sigilo médico.

Não obstante, como dito, muitas vezes o paciente não tem condições de receber informações sobre o seu tratamento e decidir, mas o tratamento precisa ser feito e nesse caso é mais conveniente que a decisão seja conjunta com a família, contudo, indo por esse caminho esbarramos noutro dilema, possibilidade da acusação de violação do sigilo médico. Neste caso, caberá ao médico buscar aconselhamento com outros médicos mais experientes, advogados especialistas ou seu Conselho de classe.

3. “Blanketconsent” e o posicionamento do STJ.

A informação deve ser adequada e clara, conforme determina o CDC, pois somente desta forma o paciente vai poder decidir de forma mais objetiva sobre que tratamento escolher, de acordo com a sua convicção.

O Ministro Humberto Martins abordou sobre o tema no EREsp 1.515.895, nele destacou que quando a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência:

Se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente, incompleta ou omissa, retirasse-lhe a liberdade de escolha consciente

Quando o consumidor não recebe esclarecimentos sobre o tratamento, é retirado dele a sua liberdade de escolha consciente, o que pode acabar lhe gerando danos que ele sequer sabia por não ter sido informado, caso contrário, teria escolhido um tratamento alternativo.

Considerando a colocação do ilustre ministro, a informação transmitida ao paciente não pode ser genérica ou incompleta, pois se assim o for, não serve para o fim que se destina, é como se a informação não existisse e foi exatamente nesse sentido a decisão do N° 1.540.580 da relatoria do Ministro Lázaro Guimarães:

"Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanketconsent*), necessitando ser claramente individualizado"

A informação deve levar em consideração a patologia do paciente e o tratamento escolhido por ele, caso contrário, não fará sentido esclarecê-lo com informações genéricas e ainda sobre essa decisão, foi consignado que a fonte do dever de informação é o princípio da autonomia da vontade:

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações (...)

Destacou-se que a informação valoriza o sujeito por trás do paciente, respeitando o seu direito de escolha, sua opção de agir de acordo com suas próprias razões e que o dever de indenizar se deu por ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens do tratamento, veja:

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

Portanto, mais que informar ao paciente, a informação deve ser adequada, individualizada, para que não seja retirado do paciente o direito de escolher o que fazer com o seu corpo de acordo com as suas convicções.

5. Consequência jurídica da negligência informacional.

A informação, como demonstrado, é essencial na relação médico paciente, considerando as mais diversas consequências a saúde e vida, que podem ser temporárias e definitivas, neste caso, vale trazer novamente a decisão simbólica do REsp 1.540.580, na qual foi destacado que se o paciente tivesse sido informado sobre os detalhes do tratamento, poderia ter escolhido outra alternativa, vejamos:

Como enfatizou o ministro Salomão, não está em discussão se houve ou não erro médico. O voto-vencido na origem até disse que não se comprovou erro médico. A questão se prende ao direito de dever informação e competência ao médico demonstrar isso. E não foi falta de informação apenas sobre os riscos, mas a própria especificação de que seriam feitos dois procedimentos, um de cada lado do cérebro. Não se tratou de procedimento em caráter de emergência - para salvar uma vida - não há mesmo como se colher uma assinatura ou prestar informação detalhada nessa situação. Seria de todo possível e necessário que fosse feito esclarecimento, se houvesse, de que seriam dois e não apenas um procedimento, e dos dois lados do cérebro, e possíveis riscos, poderia ter sido tomada outra opção pelo paciente e seus pais, de se submeter a um e não aos dois concomitantemente. Evidenciado que não houve prova do cumprimento do dever de informação

Neste caso específico houve sequelas definitivas ao paciente, por isso o Superior Tribunal de Justiça arbitrou a indenização no montante de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), sendo R\$100.000,00 (cem mil reais) ao paciente e R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos pais.

Várias são as ações que determinam a indenização do paciente pelo inadimplemento do dever informacional, primeiramente vale citar a decisão do TJ/MG, Apelação Cível nº 306864410.2000.8.13.0003:

INDENIZAÇÃO - CIRURGIA PLÁSTICA - MAMAPLASTIA - ART. 159, CC - CULPA - NEGLIGÊNCIA - LESÃO ESTÉTICA - DANOS MORAIS - LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS - DEVIDA COMPOSIÇÃO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DA LESÃO

ESTÉTICA. Em se tratando de cirurgia plástica, ainda que parcialmente reparadora, os deveres de informação e vigilância devem ser rigorosamente observados pelo cirurgião, pois, aceitando o encargo de submeter a paciente à mamoplastia, incumbia-lhe prestar-lhe todas as informações acerca da técnica médico-cirúrgica a ser empregada; o tipo (formato) e as dimensões das cicatrizes; os reais limites, tanto da parte do cirurgião, quanto do próprio organismo da autora; os riscos da cirurgia (especialmente em se tratando de paciente obesa); as probabilidades de complicações no pós-operatório. O profissional ciente de seu ofício, de suas responsabilidades e de suas limitações, não pode se esquecer desse seu dever de informação ao paciente, pois não lhe é permitido criar perspectivas que, de antemão, ele sabe serem inatingíveis ou incertas. Não tem o cirurgião plástico o direito de provocar expectativas no paciente que ele sabe não serão preenchidas. Se o médico não tiver condição de assegurar ao paciente de uma cirurgia estética, embora ao mesmo tempo reparadora, o resultado almejado, deverá abster-se de realizar o ato cirúrgico. Nosso direito admite a composição de danos materiais e morais. Não existe o "dano estético" como um tertium genus, pois seu conceito está contido nessas duas espécies de danos admitidas em nosso ordenamento jurídico, com ou sem reflexo de ordem econômica (materiais e morais, respectivamente). A lesão estética, sim, esta poderá acarretar tanto danos materiais como danos morais, que podem ser pedidos cumulativamente, na forma da Súmula n. 37, do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido.

No Tribunal de Justiça de São Paulo também existe condenações pela negligência informacional, como é o caso da decisão da Apelação Cível 1006563-97.2016.8.26.0562, vejamos:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, DECORRENTES DE TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. Alegação de falha na prestação do serviço. Sentença de procedência, com determinação de que os valores pagos pela apelada lhes sejam restituídos, além de impor o custeio de novo tratamento, fixados os danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Irresignação. Parcial cabimento. Prova pericial que revelou a falha na prestação dos serviços odontológicos, por inexistência de prontuário e ausência de adequado planejamento, quanto ao tratamento a ser realizado, bem como por omissão quanto ao dever de informação à paciente. Tratamento que não alcançou o resultado prometido. Aplicação dos artigos 6º, inciso VIII e 14, do Código de Defesa do Consumidor. Dever da apelante de reparação dos danos materiais, consistente na devolução dos valores pagos, acertadamente reconhecido. Custeio de novo tratamento semelhante, contudo, que não se mostra viável, ante a notícia do falecimento da apelada. Danos morais evidenciados, no caso, dada a angústia e sofrimento que esse tratamento inadequado trouxe à apelada. Fixação, no montante de R\$ 10.000,00, que se mostra razoável e adequada, em face da situação descrita nos autos, não comportando minoração. Sentença alterada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro as decisões não são diferentes, se houve dano devido a negligência informacional, certamente haverá condenação, como foi o caso da decisão da Apelação 0028457-19.2013.8.19.0087:

Apelação cível. Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Estabelecimento hospitalar. Ação por responsabilidade civil c/c indenização

por danos estéticos e morais. Paciente que foi internada para realização de cirurgia de retirada de cálculos renais. Sequelas ocasionadas em razão de infecção hospitalar. Perda do rim direito. Falta de informação à paciente acerca dos procedimentos médicos a serem realizados e quais complicações poderiam ser geradas. Sentença que julgou procedentes os pedidos de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos estéticos. Infecção hospitalar que, por ser um risco inerente à internação, deve ser assumida pelo hospital (ou por aquele que o administra), ainda que oferecidos todos os meios para a garantia da incolumidade física do paciente. precedentes do superior tribunal de justiça. Laudo pericial que concluiu não ser possível, por ausência de documentos e prontuário médicos, precisar qual era o estado de saúde da paciente antes da primeira cirurgia, bem como a necessidade de demais procedimentos de intervenção cirúrgica e da retirada do rim direito. Perito que afirma haver deficiência nas informações prestadas. Apelada que não demonstra ter informado a paciente que realizaria procedimento de inserção de cateter e quais seriam os cuidados ou riscos possivelmente gerados. Falha na prestação do serviço. Paciente que foi submetida a várias intervenções cirúrgicas devido à infecções no cateter inserido em seu organismo, até que fosse retirado o rim direito. Danos morais e estéticos configurados. Perito que considerou o dano estético como grau médio. Jurisprudências. recurso conhecido a que se nega provimento.

O que se percebe é que a consequência jurídica da negligência informacional é ter que indenizar o paciente por danos morais e por danos estéticos, não obstante, na hipótese do ato gerar incapacidade para o trabalho, ainda poderá ter que pagar uma pensão.

6. Conclusão.

A conclusão deste estudo é que a informação na relação de consumo é essencial para que haja uma decisão consciente, sobremaneira na relação entre médico e paciente, considerando que se o paciente escolher sem ter recebido todos os esclarecimentos suficientes e necessários sobre os riscos, consequências, benefícios e isso acabar lhe gerando danos, o médico pode acabar sendo obrigado a indenizá-lo por dano moral, estético e material, inclusive lhe pagando pensão mensal se for o caso.

Diante da possibilidade de se gerar lesões graves, considerando a violação do princípio da autonomia, é essencial que o médico cumpra o seu dever informacional, cumprindo assim o dever da não maleficência, o princípio da prevenção e o princípio da informação.

Referência bibliográfica:

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Código de Ética Médica: Comentado e interpretado. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2019, p. 436.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação nº01/2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf