A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DEVER DE INFORMAR

Sergio Cavalieri Filho*

1. A personalização do consumidor

Temos repetido inúmeras vezes que o Código do Consumidor foi a lei mais revolucionária do Século XX. Revolucionária pela avançada técnica legislativa que adotou, baseada em princípios e cláusulas gerais, o que faz dela uma lei principiológica; revolucionária porque, embora sendo um minissistema, acabou influenciando todo o sistema — a doutrina e a jurisprudência brasileiras mudaram profundamente após a sua vigência. O Código do Consumidor tornou-se uma espécie de sobreestrutura jurídica multidisciplinar, norma de sobredireito por meio da qual passamos a reler todos os contratos e institutos que geram relação de consumo.

Não foram apenas estas, entretanto, as contribuições do Código do Consumidor. Entendemos que sua principal contribuição foi a *repersonalização* do consumidor.

O que queremos dizer com isso?

* *Desembargador do TJRJ, Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá.*

A produção e o consumo em massa, amparados pelas teorias econômicas que lhe serviram de suporte — liberalismo, livre iniciativa, autonomia da vontade, neoliberalismo etc. —, levaram à despersonalização da pessoa humana que figurava no elo final da cadeia de consumo. Passou a ser considerada um ente abstrato, um dado econômico, um número ou uma coisa de valor patrimonial.

Nos transportes públicos falava-se em milhões de passageiros, os empresários falavam em milhões de clientes, os serviços públicos em milhões de usuários, os bancos em milhões de correntistas, as seguradoras em milhões de segurados, os jornais em milhões de leitores, as televisões em milhões de telespectadores e assim por diante. Ninguém falava no consumidor, no cidadão, na pessoa humana como titular de direitos.

Quanto maior a carteira maior o valor patrimonial da empresa. O assim chamado *homo economicus* indica o distanciamento da realidade existencial do ser humano que consome. Não era sujeito de direito, apenas destinatário de produtos e serviços. Até suas necessidades eram provocadas artificialmente pelo monumental aparato publicitário que cercava os produtos e serviços lançados no mercado.

Pois bem, o Código do Consumidor, como já ressaltado, resgatou a dimensão humana do consumidor na medida em que passou a considerá-lo *sujeito de direito*, titular de direitos constitucionalmente protegidos. Proteger o consumidor, esse novo titular de direito, passou a ser um dever do Estado, consoante art. 5º, XXII, da Constituição. E o art. 6º do CDC, por sua vez, dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, apresentando ali um extenso elenco desses direitos. Eis aqui, repetimos, a grande contribuição. O consumidor não é mais um número ou um ente abstrato, mas um sujeito de direitos, titular de direitos básicos. E a medida que a lei atribuiu direitos ao consumidor, criou obrigações para o fornecedor de produtos e serviços.

2. O direito à informação

Entre os direitos básicos do consumidor especificados nos vários incisos desse art. 6º do CDC, o direito à informação é um

dos mais importantes. Isso porque vivendo em uma sociedade perigosa, quanto maior o risco a que está exposto o consumidor, quanto maior o perigo dos produtos e serviços, maior relevância terá o direito de ser informado. O Código de Defesa do Consumidor refere-se expressamente a esse direito em vários dispositivos, especialmente no inciso III do seu art. 6º: "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam".

Se o direito à informação é um direito básico do consumidor, então, em contrapartida, o dever de informar é um dos principais deveres do fornecedor, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações de consumo. Seus requisitos principais são, em primeiro lugar, a *adequação* — os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; *suficiência* — a informação deve ser completa e integral; *veracidade* — além de completa, a informação deve ser verdadeira, real. Somente a informação adequada, suficiente e veraz permite o *chamado consentimento informado*, pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor. A informação tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes.

Bom exemplo da importância da informação vamos encontrar na questão do cigarro, cuja indústria passa por maus momentos nos Estados Unidos e em outros países por ter descumprido o dever de informar.

3. A atividade médica e o dever de informar

Quanto à atividade médica, estamos convencidos de que, hoje, o seu principal dever é o de informar. Não nos referimos aos casos clássicos de erros médicos grosseiros, cuja culpa é inquestionável, por todos repelidos, até pelos próprios médicos, dos quais são exemplos os seguintes julgados:

Paciente submetida à cirurgia de varizes que lhe deixou seqüelas permanentes (Apelação Cível n. 18.691/2002 — TJRJ);

queimadura causada na parte posterior do joelho da paciente por bisturi elétrico durante cesariana (REsp n. 200.831/RJ); simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange (Ap. Cív. n. 11.323/99 — TJRJ); simples fratura acabou acarretando a amputação do braço do paciente em virtude da omissão médica e da deficiência de tratamento (Ap. Cív. n. 6.314/95 — TJRJ); alta hospitalar prematura de criança nascida com peso muito inferior ao normal e com deficiência respiratória, que veio a falecer menos de oito horas depois da alta (Ap. Cív. n. 1.217/96 — TJRJ); seqüela de anestesia. Paciente que após cirurgia para histerectomia total abdominal ficou paraplégica. Aplicação de anestesia combinada — geral e epidural (Ap. Cív. n. 1.674/97).

Não é desses casos que falamos.

Estamos nos referindo ao chamado *risco inerente*, risco inevitável que toda cirurgia traz, até mesmo a mais simples, e que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem graves riscos, às vezes até com efeitos colaterais. Assim, por exemplo, a quimioterapia, ou a cirurgia em um paciente idoso e com a saúde fragilizada.

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. Daí resulta, entretanto, a extrema relevância do dever de informar do médico. A falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou o hospital a ter de responder até mesmo pelo *risco inerente*, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento.

O dever de informar pode também ser extraído do art. 15 do novo Código Civil, pelo menos a contrário senso, que dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ora, quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal

informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente.

Pois bem, embora médicos e hospitais, como já destacado, em princípio não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as conseqüências inevitáveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou ao hospital.

Vem a propósito o caso julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 20.632/99, relator o Desembargador Roberto Wider. O paciente foi submetido a uma cirurgia de prostatectomia, decorrente de um diagnóstico de hipertrofia prostática, ou seja, próstata aumentada de volume. Realizada a intervenção cirúrgica, o paciente veio a sofrer incontinência urinária e impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, foi alegado o risco inerente, tendo a perícia médica confirmado que a incontinência urinária e a impotência sexual são conseqüências inevitáveis naquele tipo de cirurgia, pelo menos naquele caso específico, pelo que não haveria falar em culpa, sequer em defeito do serviço. Mesmo assim o pedido indenizatório foi acolhido porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir, e só ele, se os correria ou não. Em suma, faltou o consentimento informado.

O voto do relator destacou: “Se um paciente sofre de hipertrofia prostática com as conhecidas conseqüências em relação às dificuldades de micção e freqüentes infecções urinárias, e o tratamento cirúrgico indicado tem riscos tão elevados, seqüelas freqüentes de incontinência urinária e impotência, impõe-se que se comprove expressamente que o paciente estava ciente de tais riscos e com eles concordou, pois é intuitivo e de sabedoria comum que ninguém, em sã consciência, trocaria um problema de próstata aumentada, dificuldades de micção e infecções urinárias pelo risco de seqüela permanente de impotência sexual, incontinência urinária e uso de fraldas pelo resto da vida”.

Hoje ainda suscita controvérsia a questão da cirurgia plástica embelezadora, se ela gera obrigação de meio ou de resultado. Meditando sobre o tema chegamos à conclusão de que o seu ponto nodal não é esse, mas, sim, o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos, eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.

Em suma, além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou a cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atuação compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade Civil dos Médicos, RT 713/36).

4. Limites do consentimento informado

É ainda preciso ressaltar que o consentimento do paciente, mesmo que plenamente informado, tem limites. Haverá casos que persistirá a responsabilidade médica, não obstante tenha o paciente dado o seu consentimento, se estiver em jogo bem indisponível, procedimento imprudente, princípios éticos invioláveis. Assim, por exemplo, o consentimento do paciente não justifica a eutanásia, o aborto, nem uma cirurgia plástica para modificar o rosto de um perigoso marginal, e assim por diante.

Outras vezes teremos numa zona cinzenta, de difícil definição, como é o caso das irmãs gêmeas do Irã, unidas pela cabeça, cuja cirurgia de separação foi malsucedida. Esse caso, noticiado pelo Globo de 9-7-2003, tem várias peculiaridades que dão o que pensar. As duas irmãs eram plenamente saudáveis, ambas formadas em direito, não corriam nenhum risco de vida, apenas sonhavam levar vidas separadas. Uma queria advogar em Shiraz

e a outra pretendia ser jornalista em Teerã. A cirurgia era de extremíssimo risco, pois tinha de separar dois cérebros que compartilhavam a mesma artéria de irrigação. Tão arriscada que outros médicos se recusaram a fazê-la, como por exemplo, o Presidente do Instituto Internacional de Hanover, e os médicos do Hospital de Berlim.

Nessas circunstâncias cabe indagar até que ponto o consentimento foi realmente informado. Que expectativa de sucesso foi a elas transmitida? Pelo que disseram antes da cirurgia estavam esperançosas. "Começamos essa jornada juntas e esperamos que a operação finalmente ponha um fim a essa difícil situação e nos permita recomeçar nossas novas e maravilhosas vidas como duas pessoas independentes". Outra indagação: foi uma cirurgia ou uma aventura, uma experiência médica que, se bem-sucedida, teria repercussão mundial? Participaram da cirurgia 28 médicos e 100 assistentes. Isso é uma cirurgia ou é uma encenação? E mais, se os próprios médicos não tinham pleno conhecimento dos problemas que haveriam de enfrentar, como poderiam se escudar no consentimento das vítimas? Vejam o que diz a notícia. "O maior problema surgiu logo no início, na duplicação da artéria responsável pela irrigação do cérebro, compartilhado pelas duas [...]. Em seguida, a equipe enfrentou outro sério problema. Os cérebros das irmãs estavam muito fundidos e a separação foi mais complicada que o previsto. Os médicos conseguiram separá-las, mas as duas perderam muito sangue e acabaram não resistindo".

Se é verdade que um caso vale por mil palavras, o caso dessas gêmeas vale por um milhão. Se o paciente (consumidor, sujeito de direitos) tem o direito à informação plena, o médico, em qualquer caso, mas principalmente nos casos de elevados riscos, tem o dever de informar plena e verazmente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O consentimento do paciente, entretanto, tem limites. Não poderá ser invocado para ocultar a imprudência médica, o seu espírito de aventura, ou a sua expectativa de ganho.