

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Márcio Ricardo Staffen; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-409-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) realizado entre os dias 09 e 11 de novembro de 2021, tendo como tema central o “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, com apoio institucional de importantes centros de ensino, a saber, Widener University Delaware Law School, Estados Unidos, Universidad de Alicante, Espanha e Università degli Studi di Perugia, Itália, em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC.

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado virtualmente, manteve a seriedade e qualidade da produtividade características das edições anteriores, e oportunizou a continuidade da integração com pesquisadores em tempos tão adversos e desafiadores.

As professoras Dr.^a Daniela Menengoti Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar), Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR) e o professor Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED) foram honrados com a coordenação das atividades do Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” e com a coordenação dessa obra.

Os trabalhos desse Grupo de Trabalho se deram na tarde do dia 13 de novembro de 2021, ocasião em que os autores expuseram suas pesquisas e debateram temas que estão no centro das especulações de um conjunto significativo dos estudiosos do direito.

Com o objetivo de dinamizar as apresentações, os artigos foram organizados em blocos temáticos, ficando assim dispostos:

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE E-COMMERCE PELO FOMENTO
A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

**TUTELA DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709
/18)**

O DIREITO À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMO AS EMPRESAS DEVEM PROTEGER OS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

SOCIEDADE DO CONSUMO E A MONETIZAÇÃO DE DADOS: UM ESTUDO SOBRE O CONTROLE DE DADOS E SUA VALORIZAÇÃO NO BRASIL

O CONSUMO DE ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E SUA DIVULGAÇÃO, INCLUINDO PUBLICIDADE DIRECIONADA À CRIANÇA: DIREITO BRASILEIRO E DIREITO INTERNACIONAL

A PUBLICIDADE DO SAMPAIO CORRÊA FUTEBOL CLUBE X ATUAÇÃO DO ESTADO: UM GOL CONTRA A LIBERDADE

A PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM JOGOS ELETRÔNICOS: ESTUDO COMPARADO ENTRE O REGULAMENTO EUROPEU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A EXIGIBILIDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO E O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTOS PARA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA CONSUMIDORA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE ALIMENTOS COM CORPOS ESTRANHOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO GÊNERO ALIMENTÍCIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO

COMPLIANCE MÉDICA: NOVA VISÃO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO COM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A SOCIEDADE DO CONSUMO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, SUPERENDIVIDAMENTO E E-COMMERCE

ANÁLISE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO E O ENDIVIDAMENTO DE RISCO NO BRASIL

SUPERENDIVIDAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEI Nº 14.181/2021 E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O SOLIDARISMO COMO FORMA IDEOLÓGICA DE PROTEÇÃO DO SER HUMANO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

REFLEXÕES À LUZ DA HISTÓRIA SOBRE A DEFESA DO CONSUMIDOR: DA ANTIGUIDADE ATÉ JOHN KENNEDY

Os coordenadores agradecem as contribuições acadêmicas dos autores Andre Quintela Alves Rodrigues, Áurea Moscatini, Clayrtha Raissa Nascimento Goncalves, Cleber Sanfelici Otero, Cristina Anita Schumann Lereno Terzidis, Denise Ribeiro Gasparinho Duailibe Costa, Devanildo de Amorim Souza, Elida De Cássia Mamede da Costa, Enedino Januario De Miranda E Silva, Estéfani Luise Fernandes Teixeira, Fabricio Vasconcelos de Oliveira, Francine Cansi, Gabriela Kalif Lima, Jackeline Prestes Maier, João Gabriel Yaegashi, Karen Lopes Kczam, Letícia Gomes Kieski Klosovski, Lucas Henrique Lopes Dos Santos, Luís Fernando Schiebelbein, Luiz Fernando Afonso, Maria Claudia Ribeiro Quaresma Gomes, Marina Weiss Gonçalves, Maynara Cida Melo Diniz, Monica Teresa Costa Sousa, Nelson Gilmar Tavelin Filho, Oscar Ivan Prux, Osmar Fernando Gonçalves Barreto, Paulo Sergio Velten Pereira, Ronny Max Machado, Rosane Leal Da Silva e Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer Elesbon.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Registramos também o importante apoio técnico e a impecável organização do CONPEDI na pessoa da Anelise Dandolini, que acompanhou os trabalhos deste Grupo de Trabalho e atendeu prontamente às demandas dos participantes.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Maringá, Paraná

Marília, São Paulo

Passo Fundo, Rio Grande do Sul

Novembro de 2021

Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar),

Prof.^a Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR),

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED).

COMPLIANCE MÉDICA: NOVA VISÃO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO COM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

MEDICAL COMPLIANCE: A NEW VISION OF THE INFORMED CONSENT FORM AS AN A MEDICAL CIVIL LIABILITY EXCLUDENT.

**Fabricio Vasconcelos de Oliveira
Gabriela Kalif lima**

Resumo

O presente artigo visa examinar o dever de informação na relação médico-paciente, considerando-a uma relação de consumo, com a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Visa apresentar o programa de Compliance como instrumento hábil a minimizar os erros decorrentes da relação médico-paciente, detectando a falha informacional que se sujeita na sociedade contemporânea. Também procura estudar o Termo de Consentimento Informado como um processo capaz de salvaguardar direitos dos pacientes e dos prestadores de serviço da área da saúde e investigar a possibilidade de excluir a responsabilidade civil médica por meio deste processo.

Palavras-chave: Compliance, Consumidor, Relação médico-paciente, Responsabilidade civil, Termo de consentimento informado

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to examine the duty of information in the doctor-patient relationship, considering it to be a consumption relationship, with the application of the rules of the Consumer Protection Code - CDC. Intends to present the Compliance program as a skillful instrument to minimize the errors resulting from the doctor-patient relationship, detecting the informational flaw that is subject in contemporary society. Also intends to study the Informed Consent Term as a process capable of safeguarding the rights of patients and health service providers and to investigate the possibility of excluding medical civil liability through this process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance, Consumer, Doctor-patient relationship, Civil liability, Informed consent form

1. INTRODUÇÃO

Os programas de *Compliance* surgiram no Brasil com a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), que impulsionou no âmbito corporativo uma tendência mundial de preocupação com atos de corrupção, principalmente aqueles praticados em face do Poder Público.

No âmbito internacional merecem atenção diferentes momentos históricos, verdadeiros marcos normativos: a precursora lei norte americana *Foreign Corrupt Practices Act*, promulgada em 1977; o Pacto Global, implementado pela Organização das Nações Unidas, em 26 de julho de 2000; e a lei britânica *UK Bribery Act*, de abril de 2010.

Destacamos como principal alteração trazida pela nova legislação o poder sancionador da Administração Pública, prevendo a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por atos lesivos praticados por seus colaboradores contra a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Sendo assim, basta a demonstração do nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano, independente da comprovação de culpa, cabendo a sanção administrativa no âmbito interno das próprias organizações privadas.

O objetivo primordial dos programas de *Compliance* é evitar atos de corrupção e manter atividades dentro de limites honestos, transparentes e éticos, com o uso de documentos escritos, e preferencialmente incentivo à mudança cultural interna da empresa, voltada a findar com condutas corruptivas e antiéticas, de forma a detectar, evitar e punir eventuais desvios, formando a almejada cultura de *compliance*.

No âmbito da saúde, o número de demandas judiciais é crescente, por diversos fatores que são agravados pela corrupção que domina o país. O Brasil possui o maior sistema público de saúde do mundo, que atualmente atende a mais de 150 (cento e cinquenta) milhões de pessoas, por órgãos e entidades estatais e por empresas da sociedade civil.

O Ministério da Saúde é o órgão da Administração Pública direta que possui maior número de escândalos divulgados pela imprensa, principalmente com casos de desvio de verbas públicas, mau funcionamento e atendimento inadequado por profissionais da área. (ANTONIK, 2016, P. 63)

Nesse contexto, o presente artigo tem o intuito de examinar peculiaridades atinentes à aplicação de programas de *Compliance* no setor da saúde. Em especial analisar o dever de informar, que tomou novos rumos e interpretações com a

evolução da medicina. A ciência Hipocrática abriu espaço para a relação de consumo entre médicos e pacientes, com a evolução dos direitos personalíssimos civis e constitucionais o paciente passou a ter voz ativa em seu tratamento, direito este derivado do princípio constitucional da autonomia.

Assim a relação médico e paciente se transformou em dual, onde, o paciente deve ter seu direito de autonomia preservado pelo médico, sob pena de acarretar responsabilidade civil do médico. Conforme cita Kuhn (2009, P. 17) a medicina passou de arte para técnica e o paciente de doente- enfermo à cidadão.

Por outro lado, a obediência aos preceitos do termo de consentimento livre e informado do paciente, obtido por meio de um processo de diálogo que antecede os procedimentos terapêuticos efetuados pelos profissionais da saúde, garante ao médico a exclusão de sua responsabilidade por danos inerentes ao procedimento.

Desta forma, buscamos responder se este Termo pode servir de subsídio para eximir ou ao menos minimizar a responsabilidade civil do médico, nos limites de sua atividade profissional, em caso de danos decorrentes da prática terapêutica.

Para isso, dividimos o estudo em quatro capítulos: Compliance médica, Responsabilidade civil médica, Termo de consentimento informado, Relação médico-paciente no Código de Defesa do Consumidor.

Metodologicamente, a pesquisa valeu-se do método dedutivo, que parte do geral para o individual, e do método indutivo, que parte de situações individuais para o geral, que é o que também se apresenta como o mais adequado à estruturação de parte da pesquisa quando se faz a abordagem principiológica.

2. COMPLIANCE MÉDICA

Falar em *Compliance* é estar em conformidade com leis e normas éticas, padrões de integridade. A construção de um mercado íntegro é uma exigência social para a manutenção e fortalecimento da atividade da empresa, de forma que a concorrência se estabeleça de maneira justa, sem vantagens desleais e trocas obscuras. Para tanto a análise dos riscos, apontamento de prioridades, elaboração de práticas de capacitação sistemática e canais de informação são essenciais.

As práticas voltadas à implementação do *Compliance* dependem da alteração de cultura, valores e hábitos cotidianos, os quais serão viabilizados através da constituição de uma rede cooperativa de práticas institucionalizadas, cujo fim é inibir

internamente condutas ilícitas e corruptivas, nas denominadas “*collective action*” (GIOVANINI, 2014, P. 400).

O conceito de *collective action*, desenvolvido pela Transparência Internacional, é baseado na criação de um pacto de integridade a ser respeitado por todas as empresas signatárias, sob pena de sanções preestabelecidas (GIOVANINI, 2014, P. 401) em um mesmo mercado econômico, no caso em estudo, a saúde.

É um processo de colaboração mútua, em que os integrantes da área da saúde, desde os fornecedores, importadores, distribuidores e demais, estabelecem como paradigma o agir em conformidade, ocasionando o benefício de um ambiente negocial justo e transparente, mitigando os riscos inerentes à atividade empresarial.

A área médica vem empreendendo esforços no desenvolvimento de programas de *compliance*, com especial enfoque na corrupção envolvendo o relacionamento médico-empresário. (SUTHERLAND, 2015, P. 341).

Desta maneira, a ideia do *Compliance* é promover um ambiente empresarial-médico ético e íntegro, mitigando as consequências nefastas da corrupção no ramo da saúde. Para tanto, além da correição da conduta e comportamento ético e adequado, algumas ferramentas são de grande utilidade para atingir esta meta, no estudo destaco o Termo de Consentimento informado.

É fundamental que se estabeleça uma comunicação ampla e franca entre médico e paciente, devendo o profissional da saúde não apenas buscar fazer-se compreender, como formar uma ligação com o paciente, deixando-o confortável para relatar seus sintomas e histórico, tirar suas dúvidas e opinar em seu tratamento, não deixando espaços para interpretações equivocadas ou dúvidas.

A tomada do consentimento esclarecido do paciente ou de seu responsável legal antecede a prática de qualquer ato invasivo ou de sedação/anestesia, para explicar ao paciente/responsável todas as questões que envolvem o ato, seus riscos, consequências, e alternativas, e somente depois de sanadas as dúvidas do indivíduo é que deve este assinar o termo, de forma livre e esclarecida.

Tais providências são adotadas para criar em torno do profissional uma rede de proteção, não apenas servindo como eficaz ferramenta preventiva, como também permitindo que qualquer investigação criminal seja solucionada de forma rápida e justa.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O estudo da responsabilidade civil dos médicos, passa pela distinção entre a responsabilidade dos serviços prestados pessoalmente pelo médico como profissional liberal, das responsabilidades dos médicos decorrentes da prestação dos serviços médicos de forma empresarial.

A responsabilidade civil dos médicos, como profissionais liberais, também chamada de responsabilidade contratual, exige obrigação mútua entre as partes, cabe ao médico o dever de assistir o paciente e este, por sua vez, pagar o preço pelo serviço a ser prestado, caracterizando uma relação de consumo. O paciente-consumidor é o destinatário final, visa obter um diagnóstico e ser tratado, podendo ser submetido a uma cirurgia.

A doutrina se manifesta a favor da natureza contratual da prestação de serviços médicos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas sobre a natureza contratual da responsabilidade médica” (GONÇALVES, 2012, P. 324).

Por outro lado, a relação entre médico e paciente também poderá ser extracontratual, quando não existir contrato firmado entre as partes, mas por alguma circunstância o médico terá que prestar assistência ao paciente. Ou seja, a responsabilidade extracontratual, também chamada de Aquiliana, é aquela que não deriva de contrato e sim da inobservância de regras referentes a direitos pessoais ou reais, independe da existência de vínculo anterior ao fato que cria a responsabilidade, bastando apenas que haja um dever contido em uma norma legal e que este dever seja violado pelo agente, causando danos à vítima.

Porém, a caracterização da natureza da responsabilização médica como extracontratual deve ser vista como exceção. A regra continua sendo a de natureza contratual.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, P. 299):

“Realmente nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão. O médico, p. ex., responderá extracontratualmente quando: a) fornecer atestado falso; b) consentir, podendo impedir,

que pessoa não habilitada exerça a medicina; c) permitir a circulação de obra por ele escrita com erros de revisão relativos à dosagem de medicamentos, o que vem a ocasionar acidentes ou mortes; d) não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que não será possível sua melhora nas condições em que o cliente está sendo tratado; e) operar sem estar habilitado para tal; f) lançar mão de tratamento cientificamente condenado, causando deformação no paciente”.

Destacamos ainda que o profissional não se compromete a obter um resultado, por ser obrigação de meio, compromete-se a prestar serviço de acordo com os meios disponíveis em sua profissão. Exceção do médico cirurgião plástico cuja obrigação é de resultado, nos casos de cirurgias plásticas estéticas. De acordo com Gonçalves (2008, P. 397):

“Portanto para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de “meio” e não de “resultado”. O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.”

Nos casos de falha, erro médico, caberá ao lesado, diante do insucesso do tratamento clínico ou cirúrgico, a prova de que o profissional médico agiu com culpa, isto porque, tendo em vista que por se tratar de obrigação de meio o médico não se obriga a curar o paciente, mas sim empregar seu conhecimento técnico com vistas a curá-lo, razão pela qual caberá ao paciente provar que o resultado indesejado se deu por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

Em que pese a regra geral no CDC ser a responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil médica, direta e pessoal do profissional liberal, é uma responsabilidade subjetiva, em razão da exceção prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Como visto, o referido artigo 14, §4º dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Isso quer dizer que, a responsabilidade subjetiva só abrange a figura pessoal do médico, não abrangendo a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como empregado ou faça parte da sociedade, como em hospitais e clínicas, pois nesse caso, a pessoa jurídica responde objetivamente.

Logo, se o médico tiver vínculo empregatício com o hospital, ou seja, se integrar a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde por ser prestadora de serviço público, diante da regra geral do artigo 14, caput do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, se o médico utiliza a casa de saúde apenas para internar os seus pacientes particulares, ou seja, sem vínculo empregatício com a clínica ou hospital, será afastada a responsabilidade do estabelecimento caso ocorra erro do profissional danoso. Para se isentar da responsabilidade e de futura indenização, o hospital tem que provar e, este ônus é seu, de que não houve falhas no serviço prestado, ou que o evento ocorreu por culpa da própria vítima ou de terceiros.

No entanto, é possível isentar o hospital do dever indenizatório desde que reste provada a ocorrência da inexistência de defeito, no serviço prestado, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, diante do que prevê o artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. (...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Diante do exposto, voltamos a destacar a importância do dever de informar, objeto central do estudo, pois resta caracterizada a culpa do médico, na modalidade negligência, pela falta de informação ou pela informação incorreta. Assim mesmo que no procedimento não haja falhas do médico, este responderá pelo dano advindo.

Se o paciente não foi devidamente informado e esse risco, mesmo que inerente ao procedimento, acarretou em dano, o médico será responsabilizado pela falta de informação.

Portanto, age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

3. O TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é o processo pelo qual o paciente dá permissão ou recusa submeter-se a um procedimento médico, a partir de orientações recebidas pelo médico sobre o seu diagnóstico, prognóstico, meios e formas de tratamento disponíveis e riscos. É um direito assegurado por leis que protegem a integridade física e moral do indivíduo.

No termo de consentimento vem escritos os riscos do tratamento, probabilidades de sucesso, alternativas, meios e modos de recuperação e o que pode acontecer pela ausência do procedimento. Essas informações são essenciais para uma decisão consciente.

O consentimento assegura ao paciente sua autonomia e livre decisão sobre o procedimento que será submetido, pois o médico ou profissional que executa o procedimento passará todas as informações. O paciente deve ter a oportunidade de questionar suas dúvidas com o responsável antes do procedimento, tais como: Quanto tempo dura a anestesia? Posso beber água? Dói? Pode acontecer algo grave?

Portanto, podemos definir o consentimento informado como um processo de comunicação entre médico e paciente, de forma bilateral, que abrange as informações a respeito de riscos dos procedimentos, benefícios, e alternativas, possibilitando ao indivíduo tomar uma decisão autônoma sobre se deseja ou não se

submeter a um tratamento ou procedimento diagnóstico proposto, sendo este revogável a qualquer instante a desejo do paciente.

São requisitos essenciais do Termo: identificação completa do paciente e do profissional; natureza da enfermidade e sua evolução natural(sem intervenção);o procedimento que se pretende realizar e suas especificações; detalhamento dos benefícios e dos riscos (conhecidos e normais, incluindo prováveis complicações, taxa de mortalidade e de sequelas) da intervenção; esclarecimentos acerca das consequências da denegação do tratamento; apresentação de alternativas de tratamento, comparando-as ao procedimento elegido; esclarecimentos sobre a medicação que será utilizada durante todo o tratamento (e, se houver, durante a anestesia/sedação) e seus riscos; informar a possibilidade de revogação do consentimento, a qualquer tempo anterior à intervenção; aferir por escrito que houve a plena satisfação do paciente com a informação recebida e que foram sanadas todas as suas dúvidas; e, por fim, assinatura do médico, do paciente, e das testemunhas (acompanhantes, de preferência), se possível acrescidas de identificação civil, como CRM, CPF, etc.

O ordenamento brasileiro não possui normas específicas sobre o tema na seara penal, sendo que, na seara cível, este é apenas tangencialmente tratado pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, a questão é vista pela doutrina e construção jurisprudencial. Por sua vez, o Código de Ética Médica –o qual, como já visto, constitui norma que é levada em consideração para a aferição da responsabilidade do profissional –aborda a questão de forma específica e incisiva, dispondo que as condutas abaixo são vedadas 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. [...]

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. [...]

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 danos, 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.

Ressalte-se que mesmo obtido o consentimento informado, este não exclui o crime quando houver imperícia, negligência, ou imprudência do agente, servindo apenas para afastar a responsabilização em casos nos quais o evento danoso era consequência possível do método, mesmo quando aplicados todos os cuidados e técnicas adequados.

Existe, ainda, a possibilidade de pacientes que se recusam a aceitar o tratamento, como as Testemunhas de Jeová que recusam transfusões de sangue, ou que se encontram impossibilitados de anuir por estarem inconscientes e que não tenham responsável legal no momento.

No primeiro caso, não sendo questão de urgência, a conduta ideal é a documentação da recusa do paciente, o oferecimento de alternativas, ou seu encaminhamento a outro profissional. Já se a questão demandar ação imediata, pode o profissional atuar da forma que considerar mais adequada ao interesse supremo da saúde do indivíduo, sendo certo que sua ação estará justificada perante qualquer juízo.

No segundo caso, se o paciente estiver incapaz de consentir, o médico, em sendo possível, deve aguardar que um responsável legal tome as decisões em nome daquele, salvo em casos de urgência que prevalece o interesse supremo de se preservar a vida e a saúde do indivíduo, também devendo o profissional agir com presteza.

O consentimento informado do paciente é elemento de prova que pode influir em decisão positiva ao profissional da saúde. Além disso, é ato que prestigia a autonomia do paciente e sua dignidade como pessoa humana, dotada de consciência e autodeterminação, devendo sempre que possível, ser utilizado.

Concluo que a obrigação de bem informar do médico é justamente o ponto chave da questão fático-jurídica implicada, pois se liga fortemente a qualidade da interação discursiva entre médico e paciente, formando o processo de consentimento informado através do diálogo.

Este processo comunicacional, efetivo e eficaz, é capaz de eximir o médico de responsabilidade civil acaso exista dano inerente ao procedimento adotado ou resultado não desejado ao longo do tratamento. O uso do instrumento escrito visa atender a tríplice finalidade do dever (informar, confirmar e obter o consentimento).

Assim, a emissão de vontade do paciente deve ser considerada após todo o processo comunicacional, resultado da escolha do paciente orientada pelos esclarecimentos adequados do médico.

4. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O direito à informação está consagrado no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), especificamente no art. 6º, III, do CDC “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 os riscos que apresentem”.

A doutrina consumerista consagra que o direito à informação é um reflexo do princípio da transparência que se apresenta pelo dever de informar o consumidor. O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se em no sentido de que o dever de informar deve ser amplo informando ao paciente todo e qualquer tipo de risco e que o consentimento livre e esclarecido está ganhando espaço no cenário judicial brasileiro, por entender que a relação médico-paciente é relação de consumo.

Assim, a informação funciona como uma ponte que conduz ao direito de escolha do paciente, consubstanciado na autonomia privada que decorre do direito fundamental à liberdade.

Neste sentido, o Código de Ética Médica –CEM, ao prescrever que “o médico aceitará as escolhas de seus pacientes” trouxe uma nítida preocupação com a autonomia do paciente, contextualizando o exercício da sua vontade com recebimento de informações adequadas e claras, na mesma linha principiológica do Código de Defesa do Consumidor –CDC.

Atualmente, a relação médico-paciente passou a ser horizontal, inexistindo qualquer hierarquia entre as partes, devendo o profissional aceitar as escolhas do paciente, sendo necessário que este seja adequadamente informado.

Este poder decisório do paciente (autonomia da vontade) veda ainda ao médico intervir nas decisões do paciente ou de seu representante legal, ressalvando-se apenas, como já mencionado o risco de morte, consoante o art. 31 do CEM: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Desta análise, percebe-se que o CEM, agasalhando a doutrina e a jurisprudência sobre o direito à informação e conseqüente dever de informar, consagrou

o direito fundamental do paciente à informação, trazendo princípios e regras que devem ser observadas pelos médicos nas relações com paciente e familiares, objetivando assim a preservação de sua autonomia.

Importante destacar ponto inalterado nesta relação médico-paciente, o respeito pelo profissional médico, quem trata da saúde do paciente. E é dessa aparente dicotomia entre a prestação de serviço médico profissional a um consumidor, natural dos tempos atuais, e a reverência àqueles que praticam a nobre profissão, que emerge a inadequação das relações médico-paciente aos ditames da lei 8.078/90.

Nesse passo, por conta deste respeito e admiração aos profissionais da medicina, os próprios médicos e também os pacientes ignoram a obediência a certas regras, que são diuturnamente desrespeitadas, não obstante o flagrante caráter consumerista desse tipo de prestação de serviço, repetindo a cada consulta abreviada e mais comprometida com o manual de cobertura a normativa dos planos de saúde.

Um bom exemplo do desrespeito aos mais basilares princípios de Direito do Consumidor reinante nessas relações médico-paciente é o da ausência de um prévio orçamento para a prestação dos serviços médicos. É comum que o paciente recorra a um hospital ou consultório e só se tome conhecimento da dimensão da fatura de seu tratamento após a efetivação do serviço, em franco desrespeito ao que preceitua o artigo 40, do Código de Defesa do Consumidor, que é expresso ao dispor que:

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

Outro exemplo importante é o dos pacientes que se submetem a uma cirurgia em hospital ou clínica. Invariavelmente, após a cirurgia, materializa-se a conta do anestesista, que, em muitos casos, causa espanto ao combalido consumidor, que de nada foi informado adequadamente. É que o anestesista não integra a equipe médica.

Esse exemplo aponta para a necessidade de prévia e detalhada informação ao consumidor/paciente, para que não se incorra em novo desrespeito à norma do parágrafo 3º do mesmo artigo de lei já citado, que dispõe que o consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio. Nesse caso, não só não se apresentou prévio orçamento, como ainda se incluiu item não previsto contratualmente.

Mas há casos ainda mais agudos de desrespeito à lei. O artigo 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

O dever de informação do prestador de serviços, previsto no referido artigo 6º, II, da lei 8.078/90, é objeto de questionamento ético constante, mormente quanto à questão da necessidade de se esclarecer ao paciente acerca de sua real condição de saúde *versus a praxis* centenária de poupá-lo do impacto de uma má notícia.

Como se vê, as questões nesse campo das relações jurídicas entre médico e paciente são múltiplas e o seu enquadramento à lei consumerista salta aos olhos dos que procuram refletir além das tradições, entendendo que a transformação iniciada por força da mudança na sociedade deve continuar, para amoldar-se, definitivamente, à nova realidade, submetendo-se aos termos da norma de direito positivo, em benefício de ambas as partes e em prol da transparência de que deve reinar nas relações de consumo em geral.

5. CONCLUSÃO

As relações médico-paciente são de consumo. O médico efetivamente presta um serviço, a exemplo do advogado ou do dentista.

O paciente é o destinatário final da prestação de serviços médicos, e o faz em busca de manutenção e melhoria de sua saúde, podendo, como já informado, ser classificado como consumidor.

O sistema nacional de saúde não acompanha as exigências das relações diretas entre médicos e pacientes, carecendo de plena adequação à nova realidade social. O mercado exige mais médicos especialistas, assim como mais laboratórios e hospitais. Por outro lado, as consultas, em sua maioria, por força de cláusulas e pactos de credenciamento de médicos constantes dos planos de saúde, tornaram-se mais breves.

Os médicos, diante desse quadro, passam a análise do caso do paciente de um especialista a outro e, no meio desse trâmite, por laboratórios, gerando responsabilidades repartidas, nesse novo modelo especializado de se praticar a medicina.

O paciente perdeu o chamado “médico da família”, a relação passou a ser impessoal, contratada por especialidade dentre os ofertados pelo plano de saúde ou os disponíveis na rede pública local, transformando em mais uma entre tantas relações jurídicas da vida contemporânea.

Diante de tais constatações, a necessidade da implementação de técnicas de *Compliance* pareceu ser bastante eficaz para a diminuição das constantes demandas judiciais em matéria de saúde. O uso da ferramenta informacional se demonstrou apto a inibir responsabilidade civil médica.

Neste sentido, o dever de informar deve ser visto como um processo gradual e verbal, e não apenas um papel, já que não se resume ao termo de consentimento informado utilizado por muitos profissionais. O dever de informar é um processo de diálogo entre o médico e o paciente, onde serão esclarecidos os riscos, os benefícios, os riscos inerentes, doença, as prescrições a seguir, as possibilidades de tratamento, os cuidados no tratamento, precauções essenciais, as formas de intervenção.

Concluo, por fim, que não basta existir termo de consentimento informado para provar que o dever de informar foi adimplido pelo médico. Caberá ao médico procurar novas ferramentas, como a *Compliance*, para implementar em sua rotina em busca de segurança jurídica, pois como vimos a medicina fora devidamente alcançada pelo direito.

Cabe ao médico reavaliar suas condutas, se atentando para a nova medicina consumerista de modo a evitar uma avalanche de processos judiciais.

A nova visão do Termo de consentimento informado sugere um processo mais detalhado e minucioso de diálogo entre as partes, explicando os prós e os contras do procedimento médico a ser adotado, as consequências e os riscos, esclarecendo as dúvidas do paciente, de forma que diminua a vulnerabilidade técnica do paciente consumidor.

O médico deve ter em conta que, diante de institutos com a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, parte mais vulnerável da relação, incumbe-lhe demonstrar que atuou com a observância de todos os procedimentos técnicos, dentre os quais se encontra o dever de informar, devendo o mesmo se adequar, dispondo de documentos adequadamente elaborados que demonstrem o adimplemento deste desiderato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de. Responsabilidade Médica, Konfino, Rio, 1971.
- ANTONIK, Luís Roberto, *Compliance*, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial, 1ª ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.
- BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.) Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BLOK, Marcella. Compliance e Governança Corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846) e o Decreto-Lei nº 8.421/2015. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- CARDOSO, Debora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. V. 7, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FORIGO, Camila Rodrigues. A FIGURA DO *COMPLIANCE OFFICER* NO DIREITO BRASILEIRO: Funções e Responsabilização Penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KUHN, Adriana Menezes de Simão. Os limites do dever de informar do médico e o nexo causal na responsabilidade civil na jurisprudência brasileira. Universidade Federal

do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em :<
<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>>. Acesso em 26/08/2020.

LUZ, Ilana Martins. *Compliance* e Omissão Imprópria. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de (coord.). *Compliance, gestão de risco e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (coord.). *O Compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico, uma política criminal na era Compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e Responsabilidade Penal Jurídica: Construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade Civil do Médico e Erro de Diagnóstico*. 1 ed. 7 tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crimes de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.