

Código do Consumidor e o exercício da medicina

Genival Veloso de Franca*

Se aplicado nos limites da justiça e do equilíbrio, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) será a maior contribuição jurídica dos últimos 50 anos em nosso país, principalmente no que esse diploma traz sobre a assistência médica, com destaque na relação entre o profissional e o consumidor desta área. Primeiro, pelo cuidado de não tratar a saúde como uma atividade estritamente comercial. Depois, pela importância que o Código representa como instrumento de moderação e disciplina nas relações de consumo entre o prestador de serviço e o usuário. E, ainda, por revelar-se como uma garantia e um complemento de ordem constitucional ("O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" - Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal), diante da vulnerabilidade da população no mercado de consumo.

Na linguagem deste Código, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício.

Dizer que este Código do Consumidor é uma intervenção indevida do poder público nas relações de consumo, notadamente no que se refere às ações de saúde, é um equívoco, porque o dever do Estado na garantia dos direitos sociais implica necessariamente na ruptura com a política social restritiva, em busca da universalização da cidadania. Se o Estado fica apenas exercendo a simples função bancária de compra de serviços, dificilmente teremos o controle da estrutura de proteção dos bens públicos. O entendimento atual é que a saúde é uma função pública, de caráter social, que se exerce para garantir o direito universal e equitativo de acesso aos serviços em seus diversos níveis. E mais: é preciso rever o conceito de cidadania. Ele não pode ser entendido apenas no seu aspecto jurídico-civil, senão, ainda, nas garantias sociais, corolário de uma efetiva prática democrática. E o setor saúde ganha uma certa magnitude em face de sua abrangência social, a partir do pacto entre o Governo e a Sociedade, com vistas às melhores condições de vida da população.

A maior inovação, no nosso entender, está no art. 6º, VIII, deste CPDC, quando estatui que são direitos básicos do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência".

Como se sabe, era princípio consagrado no direito pertencer o ônus da prova a quem alegasse, inclusive respaldado no Código de Processo Civil que reza claramente caber o ônus probatório ao autor. Assim, tal regra garantia que, sendo negado pelo autor e não provados os fatos, fosse a ação julgada improcedente. Hoje, se um paciente alega um erro médico, a responsabilidade da prova para defender-se pode ser do facultativo., se for considerado difícil o usuário pre-constituir prova sobre seus direitos, até porque ele, no momento da relação, está em sua boa fé, além dos imagináveis obstáculos para obter material probatório.

A possibilidade da inversão do ônus da prova, diante de fatos verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, facilita a defesa dos seus direitos, cabendo ao prestador-réu provar que a alegação não é verdadeira. O sentido dessa inversão é equilibrar as parte na demanda judicial, sempre que o consumidor for economicamente insuficiente ou quando a alegação for verdadeira ou cuja presunção permitir ao juiz formar uma convicção.

1. A responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil do médico (C.C., artigo 1.545), na qualidade de profissional liberal, consoante o que dispõe o art. 14, parágrafo 4º, do CPDC, será apurada mediante verificação da culpa. Isto é, será avaliada de acordo com o maior ou menor grau de previsibilidade de dano. Ainda: o médico, nas relações de consumo com seus clientes, não está obrigado a um resultado, pois entre eles existe um contrato de meios e não de fins. Seu compromisso é utilizar todos os meios e esgotar as diligências ordinariamente exercidas. Em suma: usar de prudência e diligenciar normalmente a prestação do serviço. Haverá inadimplência se a atividade for exercida de forma irregular, atípica ou imprudente, e se na prestação do serviço venha ocorrer um acidente de consumo, o médico terá sua responsabilidade civil apurada dentro dos limites da má prática. Discute-se tal conceito, no que se refere aos contratos de meios ou de resultados, na anestesiologia, na cirurgia plástica, na radiologia e na patologia clínica.

Quando se tratar de assistência médica prestada pelo hospital, como fornecedor de serviços, a apuração da responsabilidade independe da existência de culpa (princípio da responsabilidade sem culpa). Basta o nexo causal e o dano sofrido. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos (artigo 14, caput, do CPDC). A não ser que exista culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros não prepostos, representantes ou empregados do fornecedor ou prestador de serviços. Nesse particular, só há culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. O terceiro de que trata a presente lei é aquele sem qualquer relação jurídica com o fornecedor. No que diz respeito aos médicos que tenham vínculo empregatício com pessoas jurídicas de direito público ou privado, a exemplo das clínicas e hospitais, a reparação civil por dano culposo será argüida dos respectivos estabelecimentos de saúde (C.C, artigo 1.521, III), combinado com os artigos. 3º e 14 do CPCD. Ainda assim, terão as empresas médicas direito de regresso, conforme estabelecem as Súmulas 187 e 188 do STF. Sobre o assunto, reporta-se Antonio Herman de Vasconcelos Benjamin: "O Código é claro ao asseverar que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalha em

hospital, responderá apenas por culpa, enquanto a responsabilidade do hospital será apreciada objetivamente" (in *Comentários ao Código do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, pag.. 80).

Destarte, fica bem claro que só para a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema fundado na culpa, enquanto a responsabilidade civil das empresas seria avaliada pela teoria objetiva do risco, tendo no montante do dano o seu elemento de arbitragem.

Ao contrário do Código de Processo Civil, a ação pode ser proposta no domicílio do autor (artigo 101, I, do CPCD). A responsabilidade pelo serviço defeituoso está submetida ao prazo de prescrição de cinco anos contados da data do conhecimento do dano e de sua autoria (artigo 27 do CPDC). Passado esse prazo, perde-se o direito de acionamento judicial.

Outra coisa: o dano sofrido pelo consumidor pode também levar o profissional médico a responder uma reparação por dano moral. O art. 6º, VI, do Código do Consumidor diz que é direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

2. O ato médico como prática abusiva

Considera-se prática abusiva na relação de consumo aquela que extrapola a normalidade no exercício da prestação de serviço entre o fornecedor e o consumidor. É princípio constitucional que "as normas sejam formuladas de forma clara e precisa, permitindo que seus destinatários possam prever e avaliar as conseqüências jurídicas de seus atos", e que "ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, VI, veda ao prestador de serviço "executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvados os decorrentes de práticas anteriores entre as partes", e o artigo 40 afirma que "o fornecedor de serviços será obrigado 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".

É evidente que o início e o término da prestação de serviços não podem ser cogitados numa atividade tão imprevisível como a medicina. Todavia, no que se refere aos outros aspectos, alguns profissionais começam a manifestar preocupação por determinadas características eminentemente mercantis e que não podem existir na relação entre o médico e o paciente. No tocante à prévia elaboração de orçamento, não há o que estranhar, pois o próprio Código de Ética Médica, em seu artigo 90, diz textualmente que é vedado ao médico "deixar de ajustar previamente com o paciente o custo provável dos procedimentos propostos, quando solicitados". Caso venha o profissional executar serviços sem a elaboração orçamentária e autorização expressa ou tácita do usuário, em casos de não urgência ou emergência, tal descumprimento, infringe o disposto nos arts. 56, I e 57 do Código do Consumidor, cuja pena é de multa, nunca inferior a trezentos e não superior a

três milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha substituir, variando de acordo com a maior ou menor gravidade da infração, com a vantagem auferida pelo prestador de serviços e com a sua condição econômica. Tudo isso mediante procedimento administrativo nos termos da lei, revertendo para o Fundo que trata a Lei nº 7.347, 24 julho de 1985.

Alem de multa, estão previstas no artigo 56 e 59 do Código do Consumidor: cassação da licença do estabelecimento ou das atividades de pessoas físicas ou jurídicas que necessitem de licença através de alvará de localização ou licença da Secretaria de Saúde; intervenção administrativa com nomeação de interventores ou através de ordem da administração pública; suspensão temporária da atividade de fornecedor ou prestador de serviços; imposição de contra-propaganda; suspensão de permissão de concessionário do serviço público; interdição total ou parcial de estabelecimento ou de atividade, quando houver maior gravidade e reincidência do prestador de serviços. As sanções relacionadas serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, assegurada ampla defesa.

Pode também o prestador de serviços ser alcançado por responsabilidade penal em infrações previstas e tipificadas no CPDC. A Lei que criou este Código arrola pelo menos oito formas de delitos de conduta, até então sem referência nos diplomas jurídicos brasileiros, e que eles podem relacionar o exercício da medicina: Estão descritos como crime, nos arts. 63 e 74, entre outros: a) empregar produtos ou componentes de reposição usados, sem autorização do usuário; b) fazer publicidade enganosa e abusiva, afirmação falsa, ou omitir informações relevantes sobre a natureza, gravidade e segurança dos serviços prestados; c) fazer ou promover publicidade capaz de induzir o usuário a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança; d) deixar de organizar dados fáticos, técnico-científicos que dão base à publicidade para melhorar informação dos interessados; e) usar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor ao ridículo ou ao vexame; f) impedir ou dificultar do usuário o acesso às informações que sobre ele existam nas fichas e registros; g) deixar de corrigir tais informações por serem inexatas; h) executar serviço de alta periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente. As penas por tais infrações são aplicadas sem prejuízo das correspondentes às lesões corporais e à morte, sem o impedimento das ações civis e administrativas e das conseqüências delas decorrentes.

Levando-se em conta o que dispõe o artigo 106, IX, que faculta a criação e fomentação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais, obviamente maiores serão as reclamações e as demandas de pleitos judiciais e extrajudiciais quanto a possíveis maus resultados atribuídos a erros médicos.

3. Os planos de saúde e as cláusulas abusivas

Com certeza, a grande batalha a ser travada pelos consumidores no campo da prestação de serviços médicos será no sentido de controlar de vez os planos de saúde, cujas cláusulas contidas nos contratos, em letras microscópicas, são inaceitáveis, não só no que diz respeito às carências, mas, principalmente as de não obrigação de tratamento de

determinadas doenças, como se o paciente pudesse escolher quando e de que viesse adoecer. Até porque o artigo 51 do CPDC, assim se expressa: "São nulos de pleno direito, entre outros, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: "I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem em renúncia ou disposição de direitos; (. . .)". A expressão "nulos de pleno direito" deixa bem claro que a cláusula de não atendimento a certas enfermidades jamais teve eficácia e sua nulidade retroage ao início do contrato, pois o que contrário à lei não tem eficácia.

O Conselho Federal de Medicina, preocupado com tal problema, editou a Resolução CFM n" 1.401, de 11 de novembro de 1993, onde as empresas de seguro de saúde, empresas de medicina de grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigados a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional. de Doenças da Organização Mundial da Saúde, sem qualquer tipo de restrição quantitativa ou de qualquer natureza.

Enfatiza ainda aquela Resolução que deve ser dada ampla e total liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e terapêutico pelo médico, justa e digna remuneração profissional e total e absoluta liberdade de escolha do médico pelo paciente, assim como a sua liberdade de escolher o hospital, o laboratório e os demais serviços complementares pelo médico e pelo paciente.

O Decreto proposto pelo Ministério da Saúde segue o mesmo raciocínio da Resolução baixada pelo Conselho Federal de Medicina, quando num dos seus dispositivos diz textualmente: "São vedadas cláusulas de doenças da Organização Mundial da Saúde ou de outra que, embora ainda não constante desse mesmo Código, estejam cientificamente descritas e reconhecidas como tal".

Por fim, é preciso que se entenda ser a saúde um bem público, inalienável e indivisível. Não pode ser fragmentada, dividida, tratada ocasionalmente ou com restrições, como quem trata de atividades meramente mercantis. É lamentável, sob todos os aspectos, que se configurem numa relação entre paciente e prestador de serviços, doenças ou outras perturbações pouco lucrativas ou de atenção demorada e, por isso, fiquem fora da responsabilidade dos planos de saúde. É princípio constitucional "promover o bem de todos se preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. As entidades particulares, nesse particular, não podem fugir a regra. Tem de submeter-se a universalidade e a equidade do atendimento médico.

Dentro do contexto analisado, essa é a única forma de ajustamento aos princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito, onde a saúde seja um patrimônio público e um bem social, e onde certas práticas empresariais não transformem pessoas doentes ou agonizantes em objetos de mercância, tão ao gosto do lucro fácil e injusto.

Bibliografia

1. Benjamin, AHV. *Comentários ao Código do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

2. Cretela, Júnior, J. *Comentários à Constituição de 1988*, vol.I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

3. Gomes, O. *Contratos*; ~.7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

4. Meirelles, HL. *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública*; 11ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987

5. Nascimento, T.M.C. *Comentários ao Código do Consumidor*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

6. Wald, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. II, 16ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

*Professor de Medicina Legal da Universidade Federal da Paraíba e da Escola Superior da Magistratura da Paraíba, professor convidado dos cursos de Graduação e Pós-Graduação do Instituto de Medicina Legal de Coimbra (Portugal), membro titular da Academia Internacional de Medicina Legal e Medicina Social.

FRANCA, Genival Veloso. **Código do Consumidor e o exercício da medicina**. Disponível em <http://www.cro-rj.org.br/fiscalizacao/C%F3digo%20do%20Consumidor%20e%20o%20exerc%EDcio%20da%20medicina.doc>. Acesso em 27 de fevereiro de 2007.