

**UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE DIREITO - PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU***

Lissandra Christine Botteon

**DOUTOR, POR FAVOR, NÃO ME INFORME: Uma análise jurídica do conflito
entre a expressa vontade do paciente em não ser informado sobre suas
condições de saúde e o dever legal de informação do médico**

Belo Horizonte

2014

Lissandra Christine Botteon

DOUTOR, POR FAVOR, NÃO ME INFORME: Uma análise jurídica do possível conflito entre a expressa vontade do paciente em não ser informado sobre suas condições de saúde e o dever legal de informação do médico

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Orientador: Professor Doutor Frederico de Andrade Gabrich

Belo Horizonte

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B751d Botteon, Lissandra Christine, 1981-
Doutor, por favor, não me informe: uma análise jurídica do conflito entre a expressa vontade do paciente em não ser informado sobre suas condições de saúde e o dever legal de informação do médico / Lissandra Christine Botteon. – Belo Horizonte, 2014.
96 f. ; 29,5 cm

Orientador: Frederico de Andrade Gabrich
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2014.

1. Boa-fé (Direito) - Brasil. 2. Ética médica - Brasil.
3. Direito à informação - Brasil. I. Título. II. Gabrich, Frederico de Andrade. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

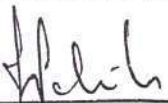
CDU: 347.56

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA


Aos (25) vinte e cinco dias do mês de agosto do ano de dois mil e quatorze, na Sala 309 no Prédio da Faculdade de Ciências Sociais da Saúde, FCH/FUMEC, realizou-se com início às 14h30 a sessão pública e solene de defesa de Dissertação de Mestrado da aluna LISSANDRA CHRISTINE BOTTEON, na área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa: Regulação e Autonomia Privada, com o tema: "**DOUTOR, POR FAVOR, NÃO ME INFORME: uma análise jurídica do conflito entre a expressa vontade do paciente em não ser informado sobre suas condições de saúde e o dever legal de informação do médico**". O Presidente da mesa, Professor Doutor Frederico de Andrade Gabrich abriu a sessão convidando para tomar assento à mesa os integrantes da Comissão Examinadora, o Professor Doutor Cesar Augusto de Castro Fiuza e o Professor Doutor Élcio Nacur Rezende. Composta a mesa, o Presidente da sessão passou a palavra a Mestranda para exposição oral sobre o seu trabalho e depois o Professor Élcio Nacur Rezende, que propôs questões a candidata e dela obteve respostas. Na sequência a Presidente da sessão passou a palavra ao Professor Cesar Augusto de Castro Fiuza que propôs questões a candidata, dela obtendo respostas. Finalmente, o Professor Doutor Frederico Andrade Gabrich fez perguntas sobre o trabalho e obteve respostas. Terminadas as arguições o Presidente da sessão distribuiu aos demais membros da Comissão Examinadora, sobrecartas onde cada examinador registrou sua nota, nos termos do Regulamento do Curso. Procedeu-se, logo em seguida, a apuração das notas atribuídas a candidata que, ao final, foi aprovada com média _____) pontos. O Presidente da sessão proclamou o resultado e, em nome do Magnífico Reitor, Professor Eduardo Martins de Lima, declarou a candidata habilitada ao grau de Mestra em Direito, pela Universidade FUMEC. Encerrada a sessão, eu, Victoria Ramos, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2014.


Victoria Ramos (Funcionária)


Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich (Orientador/FUMEC)


Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza (FUMEC)


Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende (ESDHC)

À Deus, nosso Pai, que me permitiu que eu identificasse em mim, com a realização deste trabalho, a necessidade de reavaliar posturas e de ver a vida com mais leveza.

À família amada, ao companheiro querido e aos amigos do coração, que sempre me ampararam, incentivaram e tanto me fortaleceram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço com carinho a todos os que me encorajaram a vencer a mim mesma e a encerrar mais um ciclo de vida.

Obrigada em especial a meu orientador, Dr. Frederico de Andrade Gabrich, pelos ensinamentos jurídicos que me deixou e, principalmente, pelas lições constantes da necessidade de buscar a simplicidade e a praticidade no exercício das coisas jurídicas, procurando dar ao Direito e também à vida mais leveza, mais sentido, e menos forma e prolixidade.

Agradeço a todos os professores do mestrado, pós-graduação *lato sensu* e graduação por terem contribuído, cada um de uma maneira, com minha formação jurídica e humana, compartilhando exemplos, histórias, conhecimentos e vivências.

Aos colegas queridos do escritório Rocha Dourado e Advogados Associados, aos amigos da Comissão de Bioética da OAB/MG e aos companheiros de jornada da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, os quais me permitiram adentrar, conhecer e vivenciar a área do Direito médico e da saúde.

Muito obrigada.

Quando um paciente se confia ao seu terapeuta, ele não renuncia à sua autonomia, não se entrega a um grande feiticeiro que decidirá por ele. Ele recorre a um especialista para ajudá-lo a fazer escolhas.

(DURAND, 2010, p. 179)

RESUMO

A Lei n. 8.078/90 e as normas do Código de Ética Médica estipulam a obrigação do médico de informar ao paciente sobre o diagnóstico, prognóstico, terapias, riscos e benefícios envolvidos no tratamento. Esse dever se sustenta em princípios como o da boa-fé, dignidade da pessoa humana, na valorização dos direitos fundamentais da saúde e da vida e, sobretudo, no princípio da autonomia, já que viabiliza ao paciente amplidão de consciência e poder de autodeterminação. Ainda que todos os pacientes sejam titulares do direito de informação, são todos também detentores do direito de autodeterminação decorrente da autonomia da vontade. E como tal, podem simplesmente não querer receber uma informação médica. Proceder à informação compulsória, nesses casos, apenas para atender à letra da lei, traria mais prejuízos que benefícios. É que a informação médica, por vezes, em razão da gravidade do conteúdo, acaba por ser extremamente penosa, gerando angústia, medo, revolta, tristeza e outros sentimentos que tendem a prejudicar o progresso terapêutico e a recuperação do paciente, prejudicando, assim, a própria finalidade do contrato consistente no empreendimento de esforços para se promover e recuperar a saúde do enfermo. Verificou-se que inexistente norma no ordenamento jurídico brasileiro que relativize o dever médico de informação e que assegure o direito do paciente de ser mantido em ignorância a respeito de sua saúde. O médico que omite uma informação a seu paciente está sujeito a sanções diversas. O propósito deste trabalho foi buscar soluções, encontradas principalmente à luz da principiologia jurídica, mormente no princípio da boa-fé, que pudessem auxiliar médico e paciente a harmonizarem suas condutas e vontades sem temor de descumprimento da lei. Para auxiliar nesse objetivo, foram apresentados alguns exemplos de legislações estrangeiras, as quais se encontram avançadas no assunto, demonstrando a necessidade de se elaborar norma específica sobre o tema no Brasil.

Palavras-chave: Direito de informação médica. Recusa pelo paciente. Princípio da boa-fé.

RESUMÉ

La loi n. 8.078/90 et les normes de déontologie médicale stipule l'obligation du médecin d'informer le patient sur le diagnostic, le pronostic, le traitement, les risques et les avantages impliqués dans le traitement. Cette obligation repose sur des principes tels que la bonne foi, la dignité humaine, les droits fondamentaux dans l'évaluation de la santé et de la vie, et en particulier le principe de l'autonomie, car elle permet l'ampleur des patients de la conscience et de la puissance de l'autodétermination. Bien que tous les patients ont le droit de le droit à l'information sont également tous les titulaires du droit à l'autodétermination résultant de l'autonomie contractuelle. Et en tant que tel, peut tout simplement pas envie de recevoir des informations médicales. Procéder à l'information obligatoire dans ces cas, juste pour répondre à la lettre de la loi, apporterait plus de mal que de bien. Est-ce que l'information médicale, parfois en raison de la gravité du contenu se révèle être extrêmement douloureux, provoquant la détresse, la peur, la colère, la tristesse et autres sentiments qui peuvent entraver le progrès thérapeutique et la guérison du patient, ce qui endommage le objet même des contrats efforts de développement cohérents pour promouvoir et rétablir la santé du patient. Il a été constaté qu'il n'existe pas la norme dans la loi brésilienne qui relativise le devoir de médecin d'informer et de garantir le droit du patient à être tenu dans l'ignorance de leur état de santé. Le médecin qui omet une information à son patient est soumis à diverses sanctions. Le but de cette étude était de rechercher des solutions, trouvés principalement dans la lumière de *principiologia* juridique, en particulier le principe de la bonne foi, ils pourraient aider les médecin et le patient à harmoniser leur comportement et désirs sans crainte de violation de la loi. Pour aider à atteindre cet objectif, des exemples de lois étrangères qui sont avancées dans le sujet et démontrent la nécessité de développer règle spécifique sur le sujet au Brésil ont été portées.

Mots-clés: Droit à l'information médicale. Refus par le patient. Principe de la bonne foi.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO	13
2.1 O caráter normativo dos princípios	14
2.2 O princípio da boa-fé	25
2.2.1 <i>Considerações históricas sobre a boa-fé</i>	26
2.2.2 <i>A boa-fé na teoria moderna</i>	34
2.3 O princípio da informação aplicado à relação médico-paciente	38
2.3.1 <i>Ausência de informação e responsabilidade médica</i>	44
2.3.1.1 Responsabilidade civil	44
2.3.1.2 Responsabilidade penal	49
2.3.1.3 Responsabilidade ético-disciplinar	51
3 IMPACTOS DA INFORMAÇÃO COMPULSÓRIA PARA O PACIENTE	55
3.1 Prejuízo à saúde psíquica e física do paciente	55
3.2 Confirmação da comunidade científica	56
4 O DIREITO DE ‘NÃO SABER’ DO PACIENTE	60
4.1 Ordenamento jurídico brasileiro e o direito de ‘não saber’ do paciente ..	61
4.1.1 <i>O direito de ‘não saber’ do paciente fundamentado no princípio da boa-fé</i>	64
4.2 Dever médico de informação versus direito do paciente em ‘não saber’ 73	
4.2.1 <i>Situações impeditivas do direito de ‘não saber’ do paciente</i>	73
4.3 Inexistência de responsabilidade médica pela ausência de informação no interesse expresso do paciente	75
5 O DIREITO DE NÃO SABER DO PACIENTE EM OUTROS PAISES	77
5.1 França	77
5.2 Argentina	79
5.3 Espanha	80
5.4 Bélgica	82
5.5 Portugal	83
5.6 Convenção de Oviedo	84
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

A relação verticalizada, outrora existente, entre médico e paciente foi entrando em declínio no final do século XIX, ao mesmo tempo que os direitos humanos, a Bioética, o Biodireito, o Direito Médico e o Direito Sanitário conquistaram espaço e ganharam destaque no mundo jurídico.

Não obstante, o realce conferido aos direitos fundamentais com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 também proporcionou um maior debate acerca da necessidade da observação do aspecto humano nas relações jurídicas, buscando o afastamento do proselitismo das formalidades técnicas.

Nas relações jurídico-contratuais não foi diferente, passando-se o foco para o interesse e a real vontade do contratante como pessoa humana.

A relação médico-paciente deriva de um contrato regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de contrato de prestação de serviços médicos no qual a lei consumerista enquadró o profissional médico como o prestador de serviços e o paciente como o consumidor.

O objetivo da contratação dos serviços médicos por um paciente é a realização do direito fundamental à saúde, direito único e peculiar a cada indivíduo. E o dever médico, em contraprestação, é o de promover todos os esforços possíveis no emprego do conhecimento e das técnicas científicas que possui para que se dê a prevenção, a manutenção e a recuperação da saúde do paciente.

Ante a preocupação com os valores morais e a humanidade dos atos realçada no final do século passado, passou a ser defendida com veemência a autonomia do paciente. O princípio da autonomia é princípio eminentemente ético que o Direito vem respaldar, estabelecendo seu conteúdo. A relação médico-paciente passou a ser horizontal, uma vez que ao médico foi imputado o dever de ouvir o paciente sobre suas opiniões e escolhas antes de iniciar qualquer terapia ou procedimento. E para que isso fosse garantido, surgiu a necessidade de registro formal da transmissão do esclarecimento ao paciente, documento este aprovado no mundo jurídico como *termo de consentimento informado* ou *termo de consentimento livre e esclarecido*.

Para resguardar a autonomia do paciente no âmbito das regras contratuais, é fundamental o princípio da boa-fé legitimar o direito de informação médica, que

encontra respaldo tanto no art. 422 do Código Civil, quanto no art. 6º, inc. III do Código de Defesa do Consumidor. Em decorrência desse direito, deve o médico proporcionar a seu paciente o conhecimento de toda a verdade acerca das condições de saúde que o envolve, apontando o diagnóstico, esclarecendo sobre o prognóstico, mencionando as alternativas terapêuticas no caso concreto, informando sobre os riscos, vantagens e desvantagens da adoção de cada procedimento ou medicamento existente.

O médico que não se utiliza dessa conduta fica sujeito às punições da lei no âmbito civil e penal, bem como às sanções ético-disciplinares previstas pela categoria profissional a que pertence.

Em sendo a regra o dever de informação pelo médico e o direito de recebê-la pelo paciente, vive o médico um verdadeiro dilema de conduta, não raro nos consultórios, clínicas e hospitais do país.

Como deveria agir o médico ante um paciente que lhe declarasse a vontade de não receber nenhuma ou alguma informação sobre sua saúde? Haveria um direito de recusa de informação pelo paciente ou este deveria ser informado de forma compulsória? Haveria algum reflexo na saúde e no sucesso do tratamento do paciente caso o médico resolvesse seguir a lei e desse uma informação sem consentimento do paciente? Haveria prejuízo ao exercício da autonomia da vontade do paciente? O ato de não informar violaria o dever contratual de agir com boa-fé? Poderia subsistir uma punição ao médico que resolvesse atender ao pedido do paciente?

Essas perguntas fomentaram o interesse por esta pesquisa, estando entre os objetivos do trabalho: verificar a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um possível direito de recusa de informação pelo paciente; analisar o dever legal do médico de informação ao paciente, verificando se há a possibilidade da relativização dessa obrigação e em que casos isso se daria; identificar formas possíveis de harmonização entre o possível direito do paciente em recusar a informação médica e o dever de informar imposto ao profissional por lei; e por fim, investigar se caberia a aplicação de punições no âmbito civil, penal e ético-disciplinar aos médicos que decidissem acolher o pedido de não informação de seus pacientes.

Justifica-se a pesquisa na medida em que muitos são os médicos que vivenciam rotineiramente a situação e que não sabem qual conduta adotar. E temendo incorrer em alguma transgressão normativa e sofrerem as penalidades

aplicáveis, tendem a informar ao paciente, à revelia da vontade deste em ser esclarecido. Ocorre que a informação compulsória ao paciente pode provocar danos à própria saúde dele dependendo dos efeitos emocionais que serão acarretados. É que o paciente que não deseja saber sobre sua saúde muitas vezes assim solicita por saber de sua ausência de condições emocionais em receber uma informação penosa ou dura sobre si mesmo. E proceder à informação, nesses casos, pode levar à frustração do objetivo do próprio contrato de prestação de serviços médicos, qual seja, a promoção da saúde.

O trabalho encontra-se organizado em quatro capítulos. O primeiro discorre sobre o princípio da informação de forma ampla e aplicado à relação médico-paciente. E visando demonstrar a força e as origens desse princípio basilar do trabalho, se entendeu necessário também apresentar o caráter normativo dos princípios e a importância do princípio da boa-fé. O capítulo é finalizado com a demonstração da incidência de punição nas esferas civil, penal e ético-disciplinar imposta ao médico que não obedece ao dever legal de informação.

O capítulo segundo é dedicado à análise dos impactos na saúde do paciente quando este recebe informação penosa sobre sua saúde, e sobre quais seriam as repercussões na saúde do enfermo caso recebesse uma informação negativa. Para tanto, apresentam-se dados científicos capazes de exprimir os efeitos de uma informação não desejada e penosa ao paciente.

No capítulo terceiro verifica-se a possibilidade da existência do direito de 'não saber' do paciente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, equivalente a nada mais que o direito do paciente de recusar a informação médica. É então perscrutado se há respaldo legal para a conduta e, caso contrário, em que poderia ser fundamentada. Investiga-se, ainda, em quais casos o paciente deveria ser obrigatoriamente informado.

Por derradeiro, o capítulo quarto dispõe sobre o tratamento jurídico do direito do paciente em não ser informado em outros países que já o legitimaram.

Como se percebe, o problema está ligado à vertente sociológico-jurídica, sendo o trabalho pluridisciplinar porquanto engloba estudos de diversos ramos do Direito, da Bioética, da Ética Médica e até mesmo da Psicologia e da Medicina. As modalidades de estudos utilizadas consistem no jurídico-exploratório, jurídico-descritivo, jurídico-propositivo e jurídico comparativo.

A busca no ordenamento jurídico brasileiro por respostas levou em consideração o arcabouço legal que reúne os deveres profissionais médicos, de um lado, e a autonomia da vontade, de outro, sendo esta última o marco teórico deste trabalho, permeada sempre pela proteção da dignidade humana.

2 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

Os direitos de um paciente são fundamentados em vários princípios garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas dentre eles se destaca o princípio da autonomia da pessoa humana. Autonomia que confere ao enfermo o poder decisório sobre si mesmo e que demonstra o respeito à individualidade de sua consciência. Consagrada a autonomia como um dos princípios basilares do Direito brasileiro hodierno, distanciando-se, pois, do conceito puramente ético de outrora, reveste-se de normatividade. Normatividade esta que foi haurida com o reconhecimento da importância dos princípios pela Constituição de 1988, notadamente em decorrência do princípio da boa-fé, que resplandeceu de forma evidente, primeiro com a implantação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.080/90)¹ e, depois, com a cláusula geral de boa-fé estabelecida no Código Civil (Lei n. 10.202/2002), em seu art. 422.² O respeito O reconhecimento da autonomia da pessoa e, conseqüentemente, dos pacientes, é também um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana³ e do princípio fundamental de liberdade,⁴

¹ “Art. 4º - A política nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170), da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

² “Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. *Lei n. 10.202, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.)

³ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.)

⁴ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.)

ambos assegurados pela Carta Magna, pelo que a autonomia da vontade possui ainda proteção constitucional.

A fim de garantir a autonomia, mas não somente esta, foi também erigido o direito à informação, defendido expressamente na Carta Constitucional no art. 5º, inc. XIV e, portanto, alocado entre os direitos fundamentais.⁵ Como ferramenta básica a viabilizar uma deliberação consciente e refletida raciocinada do indivíduo sobre si mesmo e, somando-se à era tecnológica desabrochada no final do século XX que permitiu o amplo acesso ao conhecimento em velocidades antes nunca alcançadas, a informação também ascendeu na escala normativo-jurídica, tornando-se princípio integrante do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O que dizer ainda do importante influxo do mencionado princípio da boa-fé nas relações jurídicas, base jurídica do dever de informação, envolvendo também a relação médico-paciente como relação contratual que é, exigindo de ambos honestidade e transparência durante o tratamento, bem como a observação restrita das normas de direito e proteção do consumidor a fim de que as condutas adotadas possam ser consideradas legítimas e corretas diante da lei.

2.2 O caráter normativo dos princípios

A ascensão hierárquico-normativa dos princípios através dos tempos ocorreu paulatinamente com a mudança da razão de existir dos mesmos, preenchendo finalidades que foram se alterando no tempo desde o jusnaturalismo e que mais a frente serão comentadas. Finalidades que foram sendo substituídas por outras que serão trazidas a posteriori, conforme foi se transformando também a sociedade e respectiva cultura, entendimentos e costumes em face dos avanços da ciência e da moral.

Como decorrência de se ter conferido aos princípios jurídicos o mais elevado status normativo com o advento da Carta de 1988, se fez exigida a observação estrita da autonomia da pessoa humana, também elevada ao status de norma-

⁵ “Art. 5º. XIV – É assegurado à todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

princípio, surgindo inúmeros desmembramentos legais deste vértice principiológico e cujos reflexos vão de encontro direto ao poder de autodeterminação dos pacientes. O reconhecimento do princípio da informação é um deles.

Antes de se adentrar propriamente ao princípio da informação (e mais à frente à análise da importância de outros princípios constitucionais) e, para que se possa compreender a força do princípio da informação e outros pertinentes ao trabalho, mister trazer as peças que permitiram a construção do império principiológico como norma cogente, justificando o peso dos princípios que irão ser abordados no decorrer do trabalho.

Em uma análise semântica, e partindo do conceito amplo de princípio, chega-se àquele vulgarmente conhecido e equivalente de que princípio é tudo o que se refere ao início, ao começo, à origem de algo. É deste sentido que os mais renomados lexicógrafos da atualidade partem para definir o que é princípio, escrevendo Antônio Houaiss⁶ que ‘princípio’, em uma definição inicial é “o primeiro momento da existência (de algo) ou de uma ação ou processo; começo, início; o que serve de base a alguma coisa”. E na mesma esteira Aurélio Buarque de Holanda escreve que ‘princípio’ equivale *prima facie* ao “momento ou local do trecho em que algo tem origem; começo”.⁷

A propedêutica conceitual mencionada não satisfaz de forma eficaz a ideia contida na principilogia jurídica uma vez que não se pode dizer que o conjunto de normas jurídicas partiram necessariamente ou ainda, que tiveram sua origem nos princípios. Diversamente, muitas delas nasceram do empirismo social, dos valores, dos costumes, das necessidades de cada época, dos idealismos políticos. E muitos princípios são, assim, originados a partir das próprias normas positivadas ainda que o contrário também se dê com frequência.

Os princípios nem mesmo integravam o conjunto de normas na fase jusnaturalista uma vez que eram tidos como um conjunto de verdades derivado da lei divina e humana.⁸ Os princípios eram normas de vida, portanto, exigidas por Deus. E como premissas divinas a orientar as condutas sociais, os princípios tinham força coercitiva apenas em nível da consciência de cada individualidade humana já

⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.

que o respeito às normas derivava da temeridade desta força maior e das consequências de se tornar um pecador. Conseqüentemente, resulta que, nesta fase histórico-jurídica a normatividade dos princípios era nula.

Paulo Bonavides⁹ enumera três fases distintas pelas quais a normatividade dos princípios teria transitado: a jusnaturalista, regulada pelos instintos inatos oriundos da natureza animal, fase em que a normatividade dos princípios era nula; a juspositivista, regulada pelas leis promulgadas e vigentes, fase marcada pela subsidiariedade de caráter dos princípios; e a pós-positivista, na qual os princípios chegaram ao ápice de reconhecimento no ordenamento jurídico e tornando-se princípios constitucionais.

Ultrapassada a fase do Direito Natural e adentrando a fase juspositivista, os princípios passaram a integrar o ordenamento jurídico, no entanto, ainda com caráter revestido de subsidiariedade. Chamada à época de Lei de Introdução ao Código Civil e atualmente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (alterada pela Lei n. 12.376-2010), o ainda vigente Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, já estabelecia em seu art. 4º que, em eventual omissão da lei, o juiz deveria decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e, por fim, utilizando-se dos princípios gerais de direito.¹⁰

Como consequência, somente a lacuna da lei ante o caso concreto é que permitia a aplicação dos princípios na solução das demandas. Resulta disso que a normatividade dos princípios na fase do Direito positivo era ainda muito precária, sendo reconhecida como norma jurídica apenas na ausência de soluções buscadas no quadro das normas já positivadas.

Grócio, indicado por Norberto Bobbio como o elaborador da mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno, define o direito natural da seguinte forma:

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é,

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 232.

¹⁰ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL. *Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.)

em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.¹¹

E disserta o próprio Bobbio¹² sobre a distinção ventilada, realçando o critério do modo como o direito é posto em cada uma dessas fases históricas:

Um outro critério distintivo parece surgir aqui, critério que não mais se refere à fonte, isto é, ao modo pelo qual um ou outro direito é posto, mas ao modo pelo qual os destinatários vêm a conhecer as normas: o direito natural é aquele que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador.

Bobbio também destaca as diferenças entre as correntes de pensamento jurídico em comento:¹³

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta só é justo o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma só é justa somente se for válida. Para uns a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça.

Ultrapassadas as fases jusnaturalista e juspositivista, surge um terceiro momento histórico, que é marcado pela promulgação da Constituição de 1988, a qual confere aos princípios força normativa nunca antes obtida porquanto passaram a ter sede constitucional. Ostentando o status de princípios constitucionais, passaram não somente a serem dotados de normatividade (não sendo mais simplesmente normas subsidiárias), mas, ainda além, tornaram-se normas primeiras a orientar todas as demais normas.

Essa fase é normalmente denominada de pós-positivista. Seus princípios caracterizam-se por serem vinculantes e fundamentais na observância da prática jurídica, legislativa e executiva. Assim, os princípios passam de normas marginais do ordenamento jurídico ao centro orientador de todas as demais normas. Nos dizeres de De Plácido e Silva: “Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*”.¹⁴

A normatividade reconhecida nessa fase faz com que o conceito jurídico de princípio passe então a se identificar com os conceitos mais à frente trazidos pelos

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995. p. 20-21.

¹² *Idem, ibidem*, p. 21-22.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 58-59.

¹⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1095.

lexicógrafos em suas definições, definindo Houaiss que princípio é o “ditame moral; regra, lei, preceito”. Passa a se reconhecer, portanto, a força coercitiva, a obrigatoriedade de respeito, o dever de agir conforme o conteúdo principiológico.

Paulo Bonavides aponta diversas consequências da chegada dos princípios ao pós-Positivismo, ressaltando como efeito principal o da hegemonia conquistada dentre as normas jurídicas:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosófica para o domínio da Ciência Jurídica; **a proclamação de sua normatividade**; a perda de seu caráter de normas programáticas; **o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições**: a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, **o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios**.¹⁵ (grifos nossos)

O pós-Positivismo coroa os princípios como preceitos a serem necessariamente observados pelos operadores do Direito e também como diretrizes obrigatórias a serem asseguradas nas tarefas legislativa, executiva e judiciária; uma vez que, como já salientado, passam a ter força vinculante e se constituir em norma formal e materialmente inserida no mais elevado diploma normativo do ordenamento jurídico: a Constituição.

Como consequência, ocorre o fim da distinção separatista entre normas e princípios ventilada na fase juspositivista, como acentuou Paulo Bonavides na citação acima, passando a serem considerados espécies do gênero norma jurídica, ao lado das conhecidas regras jurídicas. Em desdobramento, aos princípios foram conferidos não apenas o status de norma como já era atribuído às regras. Como dispõe Paulo Bonavides: “Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas”.¹⁶

Em síntese, reconhecida a normatividade dos princípios, biparte-se, pois, o gênero norma em duas espécies: a das regras e a dos princípios propriamente ditos. A diferença essencial entre essas categorias de normas é eminentemente

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 265

¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 261.

qualitativa, possuindo propriedades diferentes ainda que ambas comportem um 'dever-ser', como assevera Robert Alexy:

Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁷

Os princípios são instrumentos de aproximação do valor de justiça perseguido pelo Direito. Isso equivale dizer que, como mandados de otimização e, não ensejando comandos hermeticamente fechados e restritos a casos concretos (como acontece com as regras), comportam diálogos e reflexões que permitem se chegar a uma decisão mais justa possível ante o problema jurídico posto. Com o advento da normatividade dos princípios, a Constituição se abriu em permissões para a gradação, a flexibilização, a maleabilidade das interpretações.

Um sistema jurídico mais consentâneo com a realização da justiça é, então, o que se descortina a partir do marco pós-positivista, haja vista que proporciona uma Constituição de composição mista, ou seja, composta por regras e princípios,¹⁸ e, principalmente, por permitir a denominada 'abertura da Constituição'.

A abertura da Constituição originou-se de um processo de transição histórico-jurídico-social, no qual o direito social ou coletivo passou a ser mais valorizado que o direito simplesmente individual. A predominância das normas de cunho liberal e privatista do Juspositivismo, que eram sustentadas pelas regras normativas criadas para assegurar a autonomia privada frente ao Estado, condensadoras de hipóteses específicas de fatos a serem simplesmente subsumidos à lei; deixaram de predominar. Esse era um sistema fechado e que não permitia margens de interpretação das normas, dificultando a elaboração de uma decisão mais consentânea, apropriada e justa, de acordo com as peculiaridades e individualidades

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 90-91.

¹⁸ "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes." (*Idem, ibidem*, p. 90-91.)

de cada caso. Como um sistema composto apenas por regras inflexíveis, essas não comportam adequações aos fatos os mais diversos e inéditos que se apresentavam ao socorro do Direito. Isso porque, como será visto adiante, no que se refere às regras, ou estas se aplicam ou não.

Os valores sociais se sobrepuseram ao valor puramente individual e foi implementada, assim, a era do constitucionalismo societário ou comunitário, como assinala Carlos Roberto Siqueira Castro:

Esta compreensão da evolução constitucional em seu aspecto material e temático busca fotografar a caminhada do constitucionalismo liberal, marcado pelo preconceito individualista, em direção ao constitucionalismo dito societário ou comunitário do fim do milênio passado.¹⁹

O constitucionalismo societário é caracterizado pela observância e respeito aos valores sociais, indissociáveis na análise dos dispositivos constitucionais, na medida em que são os valores coletivos que permitem o alcance do sentido desejado pela constituição. Nessa esteira, Gisele Cittadino:

O constitucionalismo societário e comunitário, de fala Carlos Roberto Siqueira Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.²⁰

Na mesma esteira, Paulo Bonavides:

Havia até pouco uma ciência do comportamento e da convivência humana, inspirada do jusprivatismo, coagulada na rigidez e movida na lentidão de fórmulas estabelecidas, dificilmente alteráveis, herdadas em grande parte do velho direito romano; por isso mesmo desatualizadas ante a doutrina de um direito cuja matriz axiológica já não era o indivíduo, mas a sociedade²¹

O reinado juspositivista da subsunção silogística pura, derivada de um sistema lógico-formal, se afasta do fim perseguido pelo Direito e não mais é valorado no pós-Positivismo.

A necessidade de ajustamento ao ideal de justiça fez com que fosse substituído o antigo sistema e acionado um modelo axiológico-teleológico,

¹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 21.

²⁰ CITTADINO, Gisele *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 21.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 448.

equivalente a um sistema aberto de normas jurídicas e, portanto, mais facilmente aproximável da ideia de justiça. Sobre as limitações do primeiro sistema (lógico-formal) e a maior eficácia do segundo (axiológico-teleológico), discorre Carlos Roberto Siqueira Castro:

Num sistema de tal jaez, a que a doutrina chama lógico-formal ou conceitual abstrato, e onde cada norma, por pretender-se que encerre um âmbito de incidência próprio, específico e bem delimitado, não conhece nenhum 'mais ou menos', nenhum hibridismo, nenhuma mescla, muito pelo contrário, só conhece pureza, só conhece um 'ou isto ou aquilo', a função catalogatória confiada ao profissional do direito é de importância superlativa e incontrastável. Já no entanto, num sistema axiológico-teleológico, onde as normas jurídicas não são um amontoado desconexo, onde elas, segundo KARL LARENZ, "*não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão múltipla*", e numa conexão, acrescente-se, de imbricação deontológica, a função catalogatória do aplicador da norma perde relevo. Neste tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre e se mantém sempre permeável para acolher novas configurações da vida, e no qual são possíveis tanto mutações na espécie do jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios, **a função axial do jurista é a de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas).**²² (grifos nossos)

Como se percebe, os princípios transmutados em sua função no pós-Positivismo vêm convidar o jurista a repensar as soluções jurídicas, suplica a ele o despreendimento das raízes romanas do puro silogismo e convoca a necessidade de novos raciocínios, os quais permitirão decisões mais ajustadas à matéria e ao caso apresentado. É justamente o que se pretende com este trabalho: apresentar, a partir dos princípios normativos e a concatenação desses com outras normas, como é possível a relativização do dever de informação médica em observância aos valores da liberdade, intimidade, boa-fé e autonomia do paciente.

A importância de um sistema aberto e que permita outros entendimentos e raciocínios jurídicos é ressaltada ainda por Castro:

Num sistema jurídico marcado pela nota de abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas, encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de "direito justo" vigente em determinado contexto histórico-social, porque um "direito justo", observa KARL ENGISCH; "faz parte do sentido do mundo".²³

²² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 47-50.

²³ *Idem, ibidem*, p. 50-51.

A doutrina entende que a abertura do sistema jurídico é proporcionalmente inversa ao conceito de densidade do conjunto normativo. Quanto mais aberto o sistema, menor a densidade normativa. Ou seja, a maior abertura do sistema jurídico permite ao aplicador da norma desprender-se da aplicação rígida do modelo de subsunção pura do dispositivo ao caso concreto. A abertura do sistema, assim, suaviza o processo de concretização da norma, porquanto não o engessa e não o densifica, permitindo alternativas e análises de adequação das normas aos fatos, caso a caso. Nesse sentido, Ruy Espíndola:

A *abertura* da norma constitucional significa que ela possui espaços normativos deixados à concretização do legislador, do juiz e do administrador, que a trarão de seu estado de normatividade potencial para um status jurídico de normatividade atual e imediata. Nessa perspectiva relacionam-se ideias de *densidade* com a de *abertura*. Ou seja, quanto maior abertura tiver uma norma constitucional menor densidade ela terá, e assim, mais distante ficará de um estado de norma *realizável* pelos seus próprios efeitos e condições de aplicação.²⁴

O enunciado normativo ou o preceito normativo de um sistema jurídico aberto se abre à possibilidade de reconhecimento de várias normas ou, em expressão equivalente, a diversas concretizações de dispositivos normativos. Na oportunidade, frise-se a diferença entre o preceito e a norma propriamente dita, sendo a norma o produto final da interpretação do conjunto de dispositivos jurídicos aplicáveis. É o sentido conferido ao enunciado, sendo este apenas a forma, um conjunto de letras em busca de quem o decifre e dele retire a essência do entendimento. Robert Alexy aduz que “o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário” e que “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo”.²⁵

O ‘não querer’ receber uma informação médica sobre si mesmo é conduta que deve ser respeitada. Baseia-se em valores de respeito ao outro, não podendo o Direito comportar rigidez que não promova esse valor. Veja-se que os valores aceitos e assimilados por uma sociedade são transformados pelo Direito, no decorrer do tempo, em princípios, sendo estes verdadeiros reflexos dos anseios e pensamentos sociais, como assevera Ruy Espíndola:

²⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 235.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 54.

Os princípios evidenciam mais que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de Sociedade. Assim, não têm uma natureza simplesmente jurídica, mas também política, ideológica e social.²⁶

A positivação dos princípios, conseqüentemente, desloca-os do plano puramente moral ou ético para o plano da obrigação jurídica e sujeita a sanções, consistindo em um passo importante para a legitimação da democracia.²⁷

A Constituição, dotada de normas-princípios de força cogente, ganha ainda maior respeitabilidade. A partir de então, “a Constituição é uma lei vinculativa dotada de *efetividade e aplicabilidade*”, como elucida Canotilho.²⁸ Não subsiste mais o caráter apenas orientador das demais normas infraconstitucionais e de auxílio de interpretação normativa. São normas atuais²⁹ e, principalmente no que se refere aos princípios jurídicos fundamentais, têm aplicação imediata e direta, ou seja, são exequíveis por si mesmas.³⁰

Na tipologia de princípios formulada por Canotilho,³¹ abre-se parêntese para esclarecer sobre os citados princípios jurídicos fundamentais, sendo estes essenciais à compreensão do sistema de normas jurídicas, formando a base normativa que permitirá a escolha e a aplicação da norma positiva mais adequada ao caso concreto. São “princípios-guia” que, em suma, auxiliarão na tarefa da

²⁶ ESPÍNDOLA, Ruy. Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 75.

²⁷ “Pela própria essência, os princípios evidenciam mais que comandos generalíssimos estampados em normas, em normas da Constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma ideia de Estado e de Sociedade. Assim, não têm uma natureza simplesmente jurídica, mas também política, ideológica e social.” (*Idem, ibidem*, p. 79)

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003. p. 1150.

²⁹ “[...] todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, <<simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor >> (Garcia de Enterría).” (*Idem, ibidem*, p. 1177.)

³⁰ “Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdade e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles *valem directamente contra a lei*, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18.º/3).” (*Idem, ibidem*, p. 1179.)

³¹ “Consideram-se **princípios jurídicos fundamentais** os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.” (*Idem, ibidem*, p. 1165.) Observe-se que a tipologia de princípios de Canotilho abrange as classificações dos princípios em: princípios jurídicos fundamentais; princípios políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais impositivos; e princípios-garantia.

aplicação do Direito positivo porquanto, em resumo, se traduzem nos fundamentos priorizados e valorados por uma sociedade.

Para Frederico Gabrich, são três as espécies de princípios conforme a hierarquia: os princípios fundamentais, os princípios gerais e os princípios específicos. O autor assim dispõe:

[...] o melhor critério teórico normalmente usado para justificar a hierarquia entre os princípios é aquele segundo o qual existem três espécies de princípios: os *fundamentais*, os *gerais* e os *específicos*; todos informadores das regras de conduta que integram o sistema jurídico.³²

Ainda segundo Gabrich, os princípios fundamentais são determinados por seu conteúdo, e não pela inserção dos mesmos pelo legislador no texto constitucional, e podendo ser expressos ou não, sendo nesta última hipótese chamados de implícitos:

Nesse sistema de hierarquização, os princípios fundamentais por vezes são considerados como os princípios assim identificados pela Constituição, pelo que prevalecem sobre a autoridade do legislador, do juiz e de qualquer intérprete do direito. Contudo, não há como discutir a possibilidade, teórica e prática, da existência de princípios fundamentais implícitos e não declarados expressamente pelo texto normativo de determinada Constituição. Por isso, independentemente da previsão constitucional, consideram-se como fundamentais aqueles princípios básicos, essenciais, absolutamente necessários à organização social e estruturantes de todo o ordenamento jurídico, em todas as situações concretas, normalmente vinculados, no mundo ocidental, cristão e democrático, aos princípios (ideais) de justiça, liberdade, igualdade e fraternidade.³³

Os princípios gerais, por sua vez, são assim definidos por Gabrich:

Nessa mesma ordem de ideias e de hierarquia, os princípios gerais são aqueles que vão além dos limites de atuação estabelecidos pelos diferentes ramos do direito. Assim, os princípios gerais estabelecem padrões jurídicos aplicáveis a diversas situações, tratadas e reguladas pelas normas agrupadas (didaticamente) nos diversos ramos do direito.³⁴

Quanto aos princípios específicos, dispõe Gabrich que são aqueles que “estabelecem orientação, ordenação, fundamentação e normatização de um único ramo do direito, ou uma matéria específica de um desses ramos”.³⁵

Os princípios fundamentais e os princípios gerais serão a base deste trabalho. Dentre os princípios jurídicos fundamentais, serão destacados os princípios da autonomia, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Quanto aos princípios

³² GABRICH, Frederico de Andrade. O caráter normativo dos princípios. *Revista Meritum de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 373-408, jul./dez. 2007. p. 392.

³³ *Idem, ibidem*, p. 392-393.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 393.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 395.

gerais, tratamento ímpar será destinado aos princípios da boa-fé e, essencialmente, ao princípio da informação.

Demonstrada e compreendida a força que possuem os princípios dentro do ordenamento jurídico, passa-se à análise específica do princípio da boa-fé, tão relevante nos negócios jurídicos e quicá nas relações médico-paciente, sendo um dos pilares que sustenta o princípio da informação.

2.3 O princípio da boa-fé

A relação médico-paciente dá origem a direitos e deveres para ambas as partes que integram o contrato de prestação de serviços de saúde. De um lado figura o profissional da saúde ou a pessoa jurídica que realizará o exame, a cirurgia, em suma, o procedimento ou atendimento; do outro, o sujeito que receberá os cuidados em saúde e que normalmente espera uma solução para seu incômodo ou dor, aguardando uma elucidação com expectativas sempre positivas para o seu caso. Justamente porque está na posição de espera, ou seja, de guardar a paciência, é que este é denominado paciente.

Toda relação médico-paciente gera a obrigação de conclusão de prestações e contraprestações, pelo que concretiza a existência de verdadeiro contrato entre as partes. E, como todo contrato, está sujeito ao princípio geral da boa-fé, tendo sido reservado tópico específico mais adiante neste trabalho para abordá-lo ante a importância que guarda.

Adianta-se, por ora, que toda relação consumerista é também orientada pelo princípio da boa-fé, em virtude do disposto no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece o seguinte:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), **sempre com base na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.³⁶ (grifos nossos)

Por tudo isso, as partes envolvidas em qualquer contrato em geral e nos de consumo em particular devem agir em conformidade com a boa-fé, que, em linhas preliminares e de forma sintetizada, é a expressão da lealdade, da correção e da confiança que devem ser transmitidas através da coerência das condutas dos contratantes com o aquilo que pactuaram.

2.3.1 Considerações históricas sobre a boa-fé

A gênese da boa-fé tem origem entre os romanos e a expressão correspondente na época era a *iudicia bonae fidei*.³⁷ A boa-fé apresenta reflexos diferentes conforme foi o Direito se desenvolvendo no curso do tempo, como afirma Nelson Rosenvald:

No direito clássico, os *iudicia bonae fidei* concedem ao magistrado maior liberdade de apreciação, alargando o *officium iudicis*. Já no direito pós-

³⁶ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

³⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

clássico, a boa-fé se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual.³⁸

Ressalte-se, na oportunidade, que no politeísmo romano havia o culto à deusa Fides, sendo essa o símbolo da entrega e da lealdade,³⁹ guardando já íntima relação com o conteúdo atual da boa-fé em seu aspecto subjetivo e que será analisada mais à frente.

Sobre o significado da expressão *fides bona* esclarece António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

Em determinada altura, nos textos jurídicos, surge a combinação *fides bona*. Esta, remetida ao juiz junto do *oportet* numa fórmula, significa, em termos não jurídicos, qualquer coisa como: <<decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efectivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se não houve despesas específicas advenientes da duração da causa...>>, numa sequência que se foi complementando à medida da evolução histórica.⁴⁰

E acerca da escolha do termo *bona fides*, continua:

[...] escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* – isto é, algo ligado a <<poder>>, <<confiança>>, <<garantia>>, <<respeito>> e com uma áurea mística – e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir.⁴¹

O juiz detinha o poder de guardar e fazer valer, assim, o respeito e a confiança (*fides*) entre as partes na relação obrigacional. A ele era conferido, pois, o título de guardião do dever recíproco de lealdade e fidelidade que deveria haver entre os envolvidos.

A sociedade romana era regida por leis rígidas, aplicáveis apenas aos cidadãos romanos (*jus civile*). Ocorre que, apresentando-se com o tempo a necessidade de comércio com povos estrangeiros, surgiu conjuntamente a necessidade de serem travados verdadeiros contratos com estes, momento em que se abriu espaço para o avanço da boa-fé no sistema jurídico romano, uma vez que as contendas entre romanos e estrangeiros não podiam ser decididas no âmbito do *jus civile*.

³⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

³⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 55.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 100.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 101.

Em busca de soluções para as demandas com os estrangeiros, aflorou-se o uso do *jus gentium*, direito baseado nos usos e costumes do comércio da época, como meio orientado à disposição do magistrado para solucionar os conflitos sem correspondências na lei. E é nesse campo que a boa-fé teve a oportunidade de se desenvolver e se fixar, passando a ser observada e valorizada cada vez mais em detrimento da forma e do conservadorismo da lei romana.

Sobre a importância do *jus gentium* para o nascimento da boa-fé, relata Nelson Rosenvald:

O *jus gentium*, baseado em usos e costumes comerciais, representou o campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada. Com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento é que verdadeiramente a *fides* passa a ser qualificada como *fides bona*.⁴²

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro cita Krüger como o primeiro definidor global dos *bonae fidei iudicia*, reforçando o momento da comercialização além “muros romanos” e da necessidade de intensificação do comércio como aquele propício para o desenvolvimento da boa-fé:

Krüger liga o nascimento dos b. f. iudicia, designadamente, aos contratos consensuais. No início, a vinculação emergente dos contratos era imputada às formalidades que presidiam à sua contratação. As necessidades de aceleração do tráfego jurídico e, sobretudo, de contratar com *peregrini*, não destinatários de normas de *ius civile*, levaram ao desenvolvimento da *fides* como elemento objetivo, por isso apelada de *bona*.⁴³

Nesse entremeio é que à *fides* liga-se o atributo de *bona*, ou seja, forma-se a expressão boa-fé, erigida justamente para vestir a *fides* de objetividade e alijar a subjetividade das partes a respeito do que significaria a fidelidade e a honestidade contratual, apartando-se, assim, dos puros interesses e entendimentos pessoais de cada contratante.

A *fides* funcionaria em sentido duplo, conforme expressa Krüger:

Por um lado, dominaria o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido simples do respeito pelo estipulado, seja no da forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, para permitir a inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou a integração de lacunas no negócio; por outro, teria constituído a própria fonte da

⁴² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 76.

⁴³ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 90.

exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, reconhecidamente carecidas de base legal.⁴⁴

A boa-fé é de origem extralegal e, somente após o reconhecimento dela pelo pretor romano é que ela teria ganhado positividade.⁴⁵

Plínio Lacerda Martins enumera alguns exemplos de contratos de boa-fé segundo a classificação dos contratos do direito romano, sendo estes o de fidúcia, comodato, depósito, penhor e anticrese. No contrato de comodato, por exemplo, o comodatário deveria observar a natureza e os limites prescritos no contrato, fazendo valer, desta forma, o uso da boa-fé.⁴⁶

Nesses contratos de boa-fé, o juiz poderia se valer das dimensões extracontratuais em torno do contrato principal, aprofundar-se nos interesses que permearam a formação daquele contrato, mergulhar na essência do negócio celebrado e julgar situações não pré-estabelecidas contratualmente, mas que do contrato se originaram.

Como se percebe, a boa-fé no direito romano, ao ser incorporada ao *ius civile*, ainda tinha espaço muito restrito, sendo utilizada apenas em institutos específicos do direito da época, tais como a usucapião e os contratos ditos de boa-fé mencionados acima, como assevera António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: “O *Corpus Iuris Civilis* legara um conceito diluído, de emprego puramente retórico e, concomitantemente, uma realidade técnico-jurídica, de utilização precisa, no domínio da usucapião e institutos similares”.⁴⁷

Como visto alhures, a boa-fé teve sua base fundamental no Direito e sociedade romana. A própria expressão foi cunhada por aquele povo que, promovendo a busca racional de soluções para os novos litígios que se apresentavam, abriram espaço para o desenvolvimento do instituto.

⁴⁴ Krüger *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 91.

⁴⁵ “No tocante ao fundamento da positividade dos *bonae fidei iudicia* ou, numa generalização menos correcta, da própria *fides bona*, têm sido agitadas duas possibilidades, de alguma forma comportáveis no enunciado de Krüger: a de ter havido uma juridificação, derivada da *fides*, dita *bona*, com reconhecimento posterior pelo pretor, ou a de ter ocorrido uma positivização, por força do pretor, ainda que com elementos pré-existentes.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 91-92.)

⁴⁶ MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e a boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 43.

⁴⁷ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 201.

O Direito canônico deu também o seu contributo à boa-fé romana, trazendo a roupagem axiológica, apresentando-a como ausência de pecado.⁴⁸ A Igreja, que influenciava fortemente toda a sociedade, realçou a boa-fé como instrumento de boa conduta religiosa. E ante o temor reverencial que se tinha aos postulados da Igreja, que possuía íntima relação com o governante romano e influência sobre todo o império, todo um reflexo do direito canônico recaía sobre o Direito da época.

Os valores reconhecidos e aceitos na sociedade eram aqueles correspondentes aos dogmas da Igreja, que, por serem mandamentos enviados diretamente de Deus, caso fossem desobedecidos pelos contratantes, caracterizava-se o pecado e, conseqüentemente, a ausência de boa-fé. O pecado tinha, pois, conseqüências no Direito, pois que aquele era inaceitável. É o que atesta António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro:

Ao apresentar a boa-fé como ausência de pecado, a canonística convertê-la-ia em valor. Valor interno, subjectivado, mas de qualquer forma, reconhecível do exterior e, como tal, capaz de gerar conseqüências de Direito. A nível global, o Direito canônico legaria, em paralelo, a capacidade de escalonar representações jurídicas, numa axiologização típica ocidental.⁴⁹

Como conceito axiológico, a boa-fé canônica muito se relacionou com o seu sentido subjetivo, deslocando um pouco a objetividade romana buscada, como assevera Plínio Lacerda Martins:

A boa-fé, no direito canônico, reproduz-se assim na “eticização” da boa-fé subjetiva, deixando de lado, na história, a boa-fé nas obrigações, ligada aos *bonae fidei iudicia*, caindo em esquecimento, dando lugar a boa-fé definida pelo direito canônico como estado de ciência ou de consciência individual.⁵⁰

O Direito germânico, por sua vez, veio socorrer a boa-fé até então extremista, ora muito objetiva (sustentada na origem romana e atrelada a apenas alguns institutos jurídicos), ora integralmente valorativa e subjetiva (sustentada pelo Direito canônico). O Direito germânico veio, pois, harmonizar a subjetividade e a objetividade e embasar toda a teoria moderna da boa-fé, pelo que merece ter espaço, ainda que breve, neste trabalho. Foi ele, ainda que inicialmente cerrado nas

⁴⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007, p. 153.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 202.

⁵⁰ MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 45.

concepções rígidas e formais da literalidade da lei, o precursor da boa-fé como esta é hoje conhecida. Nessa esteira, explica Nelson Rosenvald:

Há de se perceber que o pandectismo germânico concebeu o Código em atenção a um sistema fechado, não sendo formulado o aludido dispositivo com a intenção de proceder a uma reconstrução do direito obrigacional. Portanto, em um primeiro momento, a boa-fé não logrou concretude. Como pondera Clóvis do Couto e Silva, jamais se cogitou em conceder ao juiz a função instrumental de criar o direito por meio de poderes extraordinários, reduzindo-se os rigores da aplicação do direito estrito. O § 242⁵¹ apenas servia como reforço material aos contratos, conforme o § 157⁵², que se referia à tradicional regra da interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé e os costumes do tráfico.

Por excepcional obra da doutrina, contudo, e, sobremaneira, da jurisprudência alemã nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, o princípio da boa-fé se liberta da concepção axiomática originária, sendo preenchido e sistematizado pela criativa atuação dos tribunais, traduzido em juízos de valor e fonte autônoma de direitos e obrigações.⁵³

A expressão alemã para designar a boa-fé germânica corresponde a “Treu und Glauben” e que, conforme Antônio Cordeiro, significaria lealdade e crença, respectivamente.⁵⁴ Nelson Rosenvald ressalta a importância da Alemanha como berço da boa-fé no sentido atual:

Com efeito, é na Alemanha da Idade Média que nasce a formulação da boa-fé que perduraria até a codificação de 1900 e, posteriormente, migraria para as outras codificações romanísticas.⁵⁵

A evolução teria ocorrido com o desdobramento do instituto medieval do ‘juramento de honra’, que representava, nada mais nada menos, que o cumprimento da palavra dada em uma relação obrigacional da época: a todo débito corresponderia um dever de solvê-lo. Corresponhia ao valor da palavra dada, ou seja, retorna à atitude de se ser fiel àquilo que se prometeu.⁵⁶

O juramento de honra concretizava a credibilidade do contraente de obrigações e correspondia ao cumprimento exato dos deveres assumidos, portanto, uma boa-fé de cunho objetivo. Não cumprir com a obrigação correspondia à quebra

⁵¹ ALEMANHA. Código Civil alemão. BGB. “§ 242 - O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78.)

⁵² ALEMANHA. Código civil alemão. BGB. “§ 157 - Os contratos devem ser interpretados conforme exige a boa fé levando-se em conta os usos.” (*Idem, ibidem, loc. cit.*)

⁵³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁵⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 167.

⁵⁵ ROSENVALD, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁶ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 170-171.

da honra. E a boa-fé, que correspondia ao conteúdo do juramento, deveria ser garantida.⁵⁷

Sobre os traços fundamentais da influência da boa-fé germânica, ainda que em seus primeiros passos à época medieval, António Cordeiro aponta a objetividade e o irracionalismo:

Objetividade: a boa fé germânica não se preocupava com estados de ciência ou com intuítos, antes acentuando o ritual, o padrão social, a exterioridade. Fundamental seria sempre o julgamento da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da atuação jurídica medieval. Este tipo de objetividade ditaria, porém, a segunda característica. Irracionalismo: não se vislumbra, no emprego medieval da boa fé germânica, nem a sua integração numa ciência do discurso deliberadamente criada e desenvolvida para sensibilizar ou convencer contraditores, juízes ou assembléias, nem a sua utilização científica como expressão técnico-jurídica.⁵⁸

A boa-fé germânica, desenvolvida desde a época medieval, traz à tona a necessidade de equilíbrio entre subjetividade e objetividade, a necessidade de harmonizar definições puramente pessoais, unilaterais e cheias de personalismo sobre a existência de conceitos como a lealdade e a fidelidade e, de outro lado, as definições puramente advindas da lei.

Ela constituiu a maior influência na teoria moderna da boa-fé e se firmou em 1974:⁵⁹ uma teoria que demanda o cumprimento das obrigações contratuais pactuadas pelas partes envolvidas, ao mesmo tempo que exige que uma parte exerça os seus direitos observando os direitos da outra, conclamando a uma atitude pautada na lei e simultaneamente solidária. Nesse sentido narra António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro:

Falando da boa-fé germânica como bitola geral de comportamento no tráfego jurídico, STRÄTZ distribui o seu influxo por dois pontos essenciais: a obrigação de cumprir exactamente os deveres emergentes do contrato – a lealdade ao contrato – e a necessidade jurídica de ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte.⁶⁰

Solidariedade, palavra cuja relevância se ressalta, uma vez que, se foi percebida pela teoria germânica desde então como necessária à todas as relações

⁵⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007, p. 174.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 176.

⁵⁹ Descontando tomadas de posição não fundamentadas, pode afirmar-se que só a partir da década de quarenta, com os estudos linguísticos de Pretzel e de Neumann, de 1959, com a tese jurídica de Nesemann e, definitivamente, de 1974, com o estudo aprofundado de Strätz, se delinearía o alcance do perfil da boa-fé germânica, na teoria moderna da boa-fé.

⁶⁰ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 174-175.

obrigacionais, quiçá em uma relação na qual se visa assegurar o direito à saúde de um de seus envolvidos. O espírito humano, intrinsecamente solidário, há de estar ainda mais presente nas relações obrigacionais que envolvem serviços de saúde, pois o objeto do contrato é simplesmente um direito fundamental e único do integrante da relação.

A boa-fé surge a partir de um espírito, pois, de solidariedade. E nesse mesmo sentido a boa-fé encontrou também reforço para seus alicerces com a valorização do Humanismo, viés filosófico, fruto da reforma cultural ocorrida com o Renascimento na Idade Média.⁶¹ Posiciona o homem e as suas necessidades como o centro de qualquer estudo, o ponto de partida para a pesquisa de qualquer área. O homem se torna, pois, o foco que deve ser levado em conta no estudo de todos os universos.⁶²

A filosofia humanista passa a chamar a atenção para os sujeitos envolvidos na relação, para as pessoas dos integrantes, havendo uma ampliação da preocupação da satisfação de seus reais interesses, influenciando, como expressa Cordeiro, o campo jurídico:

O humanismo refletiu-se na Ciência do Direito europeu. Vertido para o Direito, o pensamento humanista realçou, do jurídico, os aspectos ligados à pessoa e as relações por ela ocasionadas.⁶³

[...]

No Direito, esse sopro permitira a consideração crítica da Ciência produzida até então, sem o que não é possível progredir.⁶⁴

O Humanismo vem trazer à boa-fé, pois, a necessidade de se cuidar do homem e de compreendê-lo dentro da situação obrigacional. A necessidade de se vislumbrar não apenas um negócio jurídico firmado, mas vislumbrar, além disso, as razões, idealizações e motivos que levaram aqueles indivíduos a celebrar uma relação obrigacional e a manterem.

Muitos foram os pensamentos, movimentos e períodos históricos que participaram da construção da teoria da boa-fé moderna, não havendo consenso acerca das etapas de sua formação. Entretanto, pode se afirmar que os principais colaboradores para a representação moderna da boa-fé foram, de fato, o Direito

⁶¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p.189.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 193.

⁶³ *Idem, ibidem*, p. 191.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 193.

romano, o Direito canônico, o Humanismo e, trazendo os contornos atuais do instituto, o Direito germânico.

2.3.2 A boa-fé na teoria moderna

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da boa-fé, sendo que esta se desdobra em duas formas: na chamada boa-fé subjetiva e naquela denominada boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva tem caráter ético e corresponde ao sentimento de correção de conduta. Equivale, assim, ao real interesse, à verdadeira intenção do agente ao proceder lícita e corretamente a determinado ato jurídico cujos efeitos repercutem na esfera de outrem.

Quem é movido pela boa-fé subjetiva é movido pela sinceridade e pela crença fixa de que está agindo em conformidade com o dever legal, com o dever ético e moral. Ao contrário, aquele que está de posse de sentimentos intencionalmente maliciosos e que conhece os prejuízos, ainda que não imediatos de sua conduta, age imbuído da chamada má-fé.

Trata-se de um estado íntimo de ciência e sustentação da deslealdade e desonestidade com que se pratica um ato jurídico. Como exemplo pode ser citada a simulação, o ato do instituto civil, que está prevista no art. 167 do Código Civil de 2002.

Escreve António Cordeiro que: “Por muito que se atenua a diligência necessária, há sempre um mínimo de cuidado que dignifica a confiança e recomenda a aparência”.⁶⁵ A boa-fé subjetiva é, portanto, dignificadora da confiança. E sem confiança recíproca e entrega das partes, firmam-se contratos truncados, redigidos e executados em uma postura tão defensiva que, muitas vezes, acaba por inviabilizar ou prejudicar o próprio cumprimento do objeto contratual.

⁶⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 513.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins define a boa-fé subjetiva como “o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico”.⁶⁶

Silvio Venosa ressalta o aspecto psicológico, assim conceituando:

Na boa fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.⁶⁷

E na mesma esteira Maria Cristina Cereser Pezzella:

A boa-fé subjetiva é a consciência ou a convicção de se ter um comportamento conforme ao direito ou conforme à ignorância do sujeito acerca da existência do direito do outro.⁶⁸

Com tais definições é possível verificar que, em se tratando de uma convicção do sujeito, pode este estar agindo com boa-fé subjetiva independentemente de coerência com o que estipula a lei. Aquele que age em desconformidade com a lei, mas que isso faz por ignorar que lesa direito alheio, age com boa-fé subjetiva.

Algumas expressões da boa-fé subjetiva na lei se referem ao possuidor de boa-fé (art. 1.201 do CC/2002⁶⁹) e ao cônjuge de boa-fé que contrai casamento putativo (art. 1.561 do CC/2002⁷⁰).

A boa-fé objetiva, por sua vez, não é um simples estado interno e psicológico da pessoa. Observa-se a boa-fé objetiva por sua manifestação externa, permitindo à outra parte aferir a correção da conduta praticada.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. *JusBrasil*. Artigo publicado em 17/03/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

⁶⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. In: _____. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 375.

⁶⁸ MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e a boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 77.

⁶⁹ “Art. 1.201 - É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.” (BRASIL. *Lei n. 10.202, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

⁷⁰ “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1o Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2o Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.” (*Idem, ibidem*)

A boa-fé objetiva, para Maria Cristina Cereser Pezzela,⁷¹ “permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta.”

E reforçando seu sentido de cumprimento de um dever-norma, dispõe Venosa:

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁷²

Realçando a acepção jurisprudencial, expõe António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

A boa-fé objectiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.

[...]

A boa-fé objectiva, embora jurídica, parece escapar à lei. Na fase anterior à formação de um Direito jurisprudencial seguro, ela implica uma actividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver. E como o Direito jurisprudencial, a formar-se, é sempre parcelar, deixando, em crescimento permanente, áreas por cobrir, o fenómeno mantém-se.⁷³

Seja a boa-fé subjetiva ou objetiva, é indiscutível que o seu papel central é sempre o da guarda da *fides* nos compromissos jurídicos, sendo trazido o seu significado por Cláudia Lima Marques:

[...] *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos; significa, mais além do compromisso expresso, a “fidelidade” e a “coerência” no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído, representando, sob este aspecto, atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas.⁷⁴

E guardar a fidelidade corresponde à promoção da confiança. Confiança que, na visão de Cordeiro, configuraria um princípio que integraria o conteúdo substancial

⁷¹ MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e a boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 77.

⁷² VENOSA, Silvío de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. In: _____. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 375-376.

⁷³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 43.

⁷⁴ MARTINS, *op. cit.*, p. 77.

da boa-fé, sendo que, para ele, o Direito seria o fator material de preservação da confiança. Nas palavras do autor:

Em termos positivos, surge, como conteúdo material da boa-fé, o princípio da confiança; este teve uma evolução histórica e doutrinária conturbada, vindo a aproximar-se da boa fé.

A proteção da confiança opera mercê de preceitos específicos ou, em termos gerais, através da boa fé, reunidos certos requisitos; o seu regime tende para a preservação da posição do confiante.⁷⁵

Acrescenta ainda Cordeiro que “A boa-fé traduz, no caso concreto, a projeção dos dados materiais relevantes do sistema, a cuja luz devem ser vistas a confiança e a materialidade da regulação jurídica”.⁷⁶

A boa-fé moderna opera com três finalidades distintas, segundo Silvio Venosa: função interpretativa, função de controle dos limites do exercício de um direito e função de integração do negócio jurídico. Assim expressa o autor:

Desse modo, pelo prisma do vigente Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art.113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art.187); e função de integração do negócio jurídico (art.422).⁷⁷

Com relação à sua função de integração, é a boa-fé que faz com que se integre ao contrato os chamados deveres anexos ou acessórios ao objeto principal, dentre eles o dever geral de informação, em que pese nos contratos consumeristas esse dever ser ínsito e também primordial por estar indissociado do objeto principal, como explana Fernanda Nunes Barbosa:

Ao direito subjetivo do consumidor corresponde o dever de informar do fornecedor, que, desenvolvido na teoria contratual pela doutrina alemã como dever anexo, acessório, decorrente do princípio da boa-fé, passa, no sistema do CDC, a adquirir o papel de verdadeiro dever independente, essencial (ou básico), isto é, obrigando o fornecedor de forma direta.⁷⁸

E a mesma autora traz o exemplo da informação médica como informação primária:

A informação que constitui prestação primária encontra-se inserta em instrumento contratual que assim a qualifica e que determina os limites e alcance deste dever. Exemplos marcantes na jurisprudência relativa ao

⁷⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 1298-1299.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 1.299.

⁷⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. In: _____. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. p. 376.

⁷⁸ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 37).

direito do consumidor são os contratos envolvendo a prestação de serviços (de informar) por profissional liberal, a exemplo de médicos, dentistas e advogados, e ainda os serviços de laboratórios, que precipuamente trabalham com a informação acerca da saúde dos consumidores que a eles aportam.⁷⁹

Assim, é a boa-fé que orienta a integração da conduta de esclarecimento e informação nos contratos, como esclarece Nelson Rosenvald:

Os deveres de conduta são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor como sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento pelos meios menos onerosos ao devedor, tutelando a sua dignidade.⁸⁰

Dessa maneira, é a função integratória da boa-fé, em conjunto com a função de reequilíbrio do contrato que embasam o dever de informação. Entretanto, como se verá adiante, é a própria boa-fé que autorizará a relativização desse mesmo dever ao se tratar de uma relação médico-paciente.

2.4 O princípio da informação aplicado à relação médico-paciente

O mundo moderno, repleto de movimentos tecnobiológicos e de avanços ininterruptos da ciência, em conjunto com os atos crescentes em prol da defesa dos direitos humanos, promoveu uma profunda reforma na relação médico-paciente.

Albert R. Jonsen aponta que essa modificação é resultado de três fatores: “o novo papel dos hospitais, a predominância da ciência e das tecnologias e o desenvolvimento da especialização”.⁸¹

A partir de 1960, o profissional médico iniciou a desvinculação de sua atuação fundamentalmente paternalista e de confiança de toda a família. No final do século XX, a atividade profissional sofreu também a influência da globalização e,

⁷⁹ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2008. p. 106-107. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 37).

⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94.

⁸¹ JONSEN, Albert. R. *apud* DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 3. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010. p. 36.

consequentemente, do capitalismo competitivo, que também alcançou o mercado da saúde.

Esse caminho evolutivo resultou em uma relação médica cada vez mais desprovida de confiança, haja vista os rápidos contatos com os profissionais nas curtas consultas e a ausência de exclusividade de atendimento à família como acontecia antes. Tudo isso diminuiu o contato com a pessoa do médico, deixando de serem aprofundadas as relações e diminuindo as possibilidades de diálogo, deixando paciente e parentes mais desconfiados e inseguros.

Isso também fez realçar a necessidade de se assegurar a informação ao paciente, vindo esta a ser então um direito garantido por lei e pelas normas infralegais que regem a categoria médica e que serão apresentadas em capítulo posterior.

Em que pese o inciso XX do Código de Ética Médica (Resolução CFM n. 1931/2009) estabelecer que a atuação profissional do médico não corresponde a uma relação de consumo,⁸² esta o é porquanto os tribunais já assentaram entendimento de que a configuração da relação consumerista é inequívoca ante a perfeita adequação dos conceitos técnico-jurídicos de consumidor e prestador de serviço (fornecedor) às posições de paciente e médico, respectivamente.

E o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078/90, em seu art. 6º, inc. III, assegura o direito de informação como direito básico do consumidor, nos seguintes termos:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;⁸³

Como consumidor o paciente tem o direito, portanto, de ser informado com clareza e adequação sobre o serviço médico buscado, o que compreende os detalhes que tangenciam direta ou indiretamente a sua saúde, como o diagnóstico,

⁸² “Capítulo 1. Princípios Fundamentais. [...] XX. A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.)

⁸³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

prognóstico, informações de evolução, bem como os meios, tecnologias e terapias disponíveis para o tratamento e os riscos e benefícios compreendidos na adoção de cada um deles.

O art. 6º do CDC é uma das materializações do direito fundamental à informação insculpido na Constituição da República de 1988, que dispõe em seu art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]”⁸⁴

A Constituição assegura o acesso à informação ampla em consonância com a era tecnológica moderna, que está a propagá-la em velocidades nunca antes vistas e se coaduna, ao mesmo tempo, com o regime democrático, na medida em que o acesso permite o conhecimento da realidade que envolve os diversos setores da sociedade e, conseqüentemente, proporciona questionamentos mais pertinentes e deliberações mais conscientes.

Compreende a Lei Maior também um sentido mais restrito de informação, qual seja, o do acesso às informações sobre a própria pessoa (o que inclui sua saúde e sua vida) buscando viabilizar a execução de outros direitos fundamentais que consagra, sendo o principal deles a liberdade.

O estabelecimento do direito de informação acaba por ser um desdobramento do direito fundamental de liberdade: liberdade para acessar e conhecer dados sobre a própria pessoa, o que, por sua vez, impacta na liberdade de decidir sobre si mesmo, também chamado de poder de autodeterminação.

Em sendo uma relação de consumo a relação médico-paciente, oportuno citar também que o direito de informação do paciente tem fundamento não somente no dispositivo mencionado, que lhe traz a literalidade da obrigação de informar, mas, também, no art. 4º do CDC, que vem reforçar a proteção ao direito da saúde e estabelecê-la como um dos objetivos da política nacional das relações de consumo:

Art. 4º - A Política nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, **saúde** e segurança, a proteção de seus interesses econômico, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

⁸⁴ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.⁸⁵ (grifos nossos)

Não obstante, é importante destacar o art. 8º do CDC, que é específico ao se referir à necessidade da informação sobre os produtos e serviços (inclusive de saúde) ainda que esses comportem ações e riscos naturalmente previsíveis:

Art. 8º – Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, **obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.**⁸⁶ (grifos nossos)

No âmbito do sistema público de saúde, o direito à informação é também resguardado como princípio diretor do sistema, estando previsto no inc. V do art. 7º, da Lei n. 8.080/90:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde.⁸⁷

Em nível infralegal e mais especificamente inserido nas normas que regem a categoria médica, o direito de informação do paciente também é protegido, assegurado que está nos arts. 34 e 22 do Código de Ética Médica. Correspondem, respectivamente, ao dever de esclarecimento antecipado ao paciente sobre o procedimento a ser realizado, para que o consentimento dado por ele seja válido, e à vedação ao médico de deixar de informar ao paciente suas condições de saúde ou ao seu representante legal quando este for o caso.

Nesse sentido, os mencionados dispositivos determinam que 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.

Art. 34 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta

⁸⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ *Idem, ibidem.*

possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.⁸⁸

Em âmbito internacional, cita-se, exemplificativamente, o art. 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Art. 19 - Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e idéias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras.⁸⁹

E o art. 13, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, **receber e difundir informações** e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.⁹⁰ (grifos nossos)

Mas o que é informação?

Adotando o conceito de Alcides Tomasetti Jr., a informação consiste na “conformação aplicada a um certo dado, o qual, por força dessa conformação, torna-se passível de ser conhecido e, por consequência, comunicável”.⁹¹ (grifos nossos)

Garantir a informação a uma pessoa é assegurar a ela o direito de ser informada, propiciar o conhecimento de informações que lhe são necessárias para seu bem viver.

Para Frederico Gabrich, o conceito de direito de informação é o seguinte:

[...] pode-se conceituar o direito de informação como o conjunto de normas e princípios que asseguram o exercício pleno do direito que a pessoa (física ou jurídica) tem de receber e ter acesso a **todas as informações de seu interesse**, como também o direito (dever) de fornecer, publicar e transmitir

⁸⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)*. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁹¹ TOMASETTI JUNIOR, Alcides *apud* AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação*. Efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 137.

livremente qualquer informação da qual seja detentora e que tenha interesse ou obrigação de revelar.⁹² (grifos nossos)

Por sua vez, o direito de informação é assim definido por Carlos Roberto Siqueira Castro:

O direito a informação, que compreende de modo amplo o direito a ser informado e a ter acesso às **informações necessárias ou desejadas** para a **formação do conhecimento**, constitui por certo, juntamente com o direito à vida, a mais fundamental das prerrogativas humanas, na medida em que o saber determina o entendimento e as opções da consciência, o que distingue os seres inteligentes de todas as demais espécies que exercitam o dom da vida.⁹³ (grifos nossos)

A informação, portanto, propicia, como enfatizado acima, o conhecimento, o saber, o entendimento, a ciência de dados relevantes.

Siqueira Castro, em seu conceito, aponta que há informações necessárias e informações desejadas para a formação do conhecimento. E Gabrich menciona que as informações devem ser veiculadas se elas interessarem ao seu destinatário. Nesse ponto, então, pergunta-se: seria a informação médica sobre a saúde de um paciente uma informação necessária e que devesse ser prestada a qualquer preço? Ou um direito do paciente a ser esclarecido se apenas este o desejar ou por ela se interessar?

A todo direito corresponde um dever, máxima do ensino e prática jurídica. Assim, como a lei estabelece um direito do paciente em ser informado, em contrapartida há para o médico um dever de informar. Isso é corroborado pela lei consumerista e pelo código de ética da categoria médica, como já citado alhures, que determinam ao profissional da medicina que preste àquele que assiste toda a informação necessária sobre a sua saúde.

O imperativo é a informação, justificado no princípio da autonomia e no princípio da boa-fé, pois é o conhecer sobre si mesmo que permitirá ao paciente a tomada de decisões. Trata-se do poder de autodeterminação.

A lei brasileira, ao que se vê, determina como regra o dever de informação médica, não fazendo menções a uma relativização dessa norma em casos específicos. E mais, a lei determina a responsabilização do médico e instituições de

⁹² GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 55.

⁹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 437.

saúde que não procederem à informação minuciosa e clara sobre a saúde do paciente, como se verá adiante.

Se a lei não suaviza o dever de informação, punindo o profissional que não esclarece seu paciente, haveria alternativa ao médico ante uma situação de um paciente que lhe pedisse para não saber o que realmente ocorre com sua saúde?

Inicialmente se verá a seguir, como se dá a responsabilidade médica pela omissão de informação.

2.4.1 Ausência de informação e responsabilidade médica

2.4.1.1 Responsabilidade civil

O art. 14 do CDC estabelece como regra que a responsabilidade do fornecedor de serviços em caso de prestação de informações insuficientes ou inadequadas ao consumidor deve ser apurada objetivamente, ou seja, independentemente da análise de culpa (considerada aqui em sentido amplo: negligência, imprudência, imperícia, dolo).

Nesse sentido, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o seguinte:

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.**⁹⁴
(grifos nossos)

Entretanto, o mesmo dispositivo estabelece, em seu § 4º, a responsabilidade específica do profissional liberal, devendo esta ser apurada subjetivamente. Vejam-

⁹⁴ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

se, *in verbis*, a regra e a exceção previstas: “§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.⁹⁵

Sendo o médico um profissional liberal, aplica-se pois a ele, quando trabalha nessa condição, a exceção prevista no § 4º do art. 14 do CDC. Nessas circunstâncias, caso não proceda à informação suficiente e adequada ao seu paciente, ele responderá subjetivamente pelo ato comissivo ou omissivo.

Por informação suficiente e adequada adotar-se-á a descrição do dever de informar elaborada por Miguel Kfoury Neto,⁹⁶ em sua obra dissertativa sobre a responsabilidade civil médica:

O médico deve informar ao paciente o diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento. Haverá, também, de aconselhá-lo, prescrevendo cuidados que o enfermo deverá adotar.

E acerca das consequências da inobservância do dever de informar, o mesmo autor finaliza: “O inadimplemento desse dever conduzirá à obrigação de indenizar”.⁹⁷

Dessa maneira, o dever de informar é expressão do princípio básico da informação contido no art. 6º do CDC, da cláusula geral de boa-fé estabelecida pelo art. 422 do Código Civil, e do direito fundamental à informação previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XIV. É também fruto da deontologia ética-médica, haja vista o disposto no art. 24 do Código de Ética Médica proposto pelo Conselho Federal de Medicina.

O direito à informação pessoal ou seja, aquela que veicula dados da intimidade de alguém, sejam particularidades físicas ou emocionais, citando como exemplo a saúde do indivíduo, é uma garantia reconhecida com o advento da Constituição de 1988 e do crescimento dos movimentos bioéticos pelo mundo,⁹⁸ que reforçaram a necessidade de observância em todas as relações jurídicas em geral e nas relações de consumo em particular, dos direitos fundamentais do cidadão, com destaque para o princípio de liberdade, da dignidade da pessoa humana, da autonomia, da intimidade e da boa-fé.

⁹⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

⁹⁷ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁹⁸ O Código de Nuremberg, de 1947, foi uma das expressões bioéticas mais fortes que alavancaram o direito de informação, insistindo na liberdade dos doentes de se submeterem ou não a uma experimentação científica, a partir da indignação gerada com as pesquisas médicas nazistas feitas sem qualquer senso de humanidade e respeito ao livre-arbítrio do paciente.

O objetivo principal de informar um paciente é garantir a ele a liberdade e o poder de autodeterminação ou, em outras palavras, o poder de decidir sobre si mesmo. Ante a informação sobre si mesmo, o paciente conhece o que se passa consigo e, a partir daí, tem condições de avaliar e decidir o caminho ou decisão a tomar. A autonomia permite o exercício do fundamento do Estado Democrático de Direito consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Surge daí o valioso documento de formalização da decisão do paciente, o denominado *termo de consentimento informado* ou *termo de consentimento livre e esclarecido*, sem o qual o médico não está autorizado a realizar qualquer procedimento ou conduta que afete o paciente, podendo sofrer responsabilização pelo ato contrário à vontade deste.

A responsabilização, nesse caso, é oriunda também do ato ilícito cometido em face dos direitos da personalidade⁹⁹ do paciente, que não pode ser constrangido a se submeter a nenhum tratamento que não consinta, tal como prevê o art. 15 do Código Civil brasileiro, protegendo-se a incolumidade psíquico-física do indivíduo enfermo:

Art. 15 – Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.¹⁰⁰

O consentimento livre e esclarecido é pressuposto da ação médica e gera responsabilidade médica. Veja-se:

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo o tratamento ou intervenção médica.¹⁰¹

Para Kfoury Neto, a responsabilidade somente se daria se da conduta médica resultasse um prejuízo final comprovado para o paciente:

Para que se caracterize a responsabilidade civil do médico, pela não obtenção do consentimento informado, deve-se estabelecer relação clara entre a falta de informação e o prejuízo final. Assim, o dano deve ser

⁹⁹ Lembrando apenas que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, tal como estabelece o art. 11 do Código Civil de 2002, não podendo sofrer limitação voluntária, à exceção dos casos previstos em lei, o que não se enquadra na matéria trabalhada.

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei n. 10.202, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

¹⁰¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

consequência da informação falha ou inexistente, esta se liga àquele por nexo de causalidade.¹⁰²

Corroborando o entendimento de Kfourri, segue ementa de decisões do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

1) EMENTA: DANOS MORAIS - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - APENDICITE - QUEIMADURA - DEFICIÊNCIA DE INFORMAÇÃO A RESPEITO DO OCORRIDO - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELO MAGISTRADO - OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE.

Responde a Fundação Assistencial Viçosense pelos atos de seus prepostos, **bem assim do médico que presta serviços em sua dependência, e que demonstrado agiu com culpa no atendimento ao paciente, causando-lhe queimadura de segundo grau quando da realização de uma cirurgia de apendicite.** A fixação do valor pecuniário da indenização a título de danos morais deve ser realizada pelo Magistrado, levando-se em consideração as condições da vítima e a extensão dos prejuízos gerados.¹⁰³ (grifos nossos)

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO. ART. 14, CAPUT E §4º, DO CDC. ARTS. 186 E 951 DO CC. OMISSÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. O médico componente da equipe que realizou a cirurgia é parte legítima para responder à ação de indenização por suposto erro médico. A Lei nº 6.932/81 nada dispõe a respeito da responsabilidade civil dos médicos no período de residência, de modo que não há como afastar sua culpa por eventual erro cometido, mesmo que em grau menor do que a de seu preceptor. A responsabilidade civil do hospital na prestação de serviços médicos é objetiva, segundo o caput do art. 14 do CDC, enquanto a responsabilidade do médico é subjetiva, nos termos do §4º do mesmo dispositivo e artigos 186 e 951 do CC. **É dever do profissional da medicina informar ao seu paciente todas as questões envolvidas no procedimento médico-cirúrgico, ou seja, deve prestar informações completas e consistentes sobre os atos pré e pós-operatórios, a técnica utilizada e os possíveis riscos. Caso não tenha assim procedido, deve responder pelos danos causados ao paciente.** O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos negligentes causados por médico nas suas dependências. A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor. Para o ressarcimento dos danos materiais é necessária a efetiva comprovação dos mesmos.¹⁰⁴ (grifos nossos)

¹⁰² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 42.

¹⁰³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0713.07.077010-0/001*. Rel. Des. Fernando Caldeira Brant. 11ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13/04/11. Data de publicação: 25/04/11.

¹⁰⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.05.816818 -8/001*. Relator: Des.(a) Marcos Lincoln. 11ª Câmara Cível. Data de julgamento: 17/11/2010. Data de publicação: 26/11/2010.

Em contrapartida, Lorenzetti afirma que “a ausência do consentimento pode constituir lesão autônoma, por si só danosa e passível de indenização”,¹⁰⁵ mesmo raciocínio feito por Wilson Ricardo Ligiera:

[...] a falta do consentimento informado do paciente, por si só, gera a responsabilização do profissional, mesmo nos casos em que a técnica médico-cirúrgica empregada tenha sido correta do ponto de vista científico.¹⁰⁶

Por todo o exposto, fica claro que no âmbito civil há responsabilidade médica pela ausência de informação ao paciente, informação incompleta ou, ainda, por uma informação ininteligível e inadequada. E que, em havendo violação ao direito de informação médica, configurado está um ato ilícito que, seja ante o prejuízo concreto na saúde do paciente ou frente ao prejuízo de ter sido frustrada a possibilidade de decidir sobre si mesmo, gera o dever de indenizar.

Sobre os critérios de fixação do valor da indenização, são apontados por Galan Cortés, citado por Miguel Kfourri Neto, os seguintes fatores de análise:

[...] o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico, as alternativas terapêuticas existentes, a necessidade de intervenção médica, a natureza do risco e condições em que se deu a intervenção ou tratamento.¹⁰⁷

Não obstante, o mesmo autor sugere que o cálculo do valor da indenização deveria seguir o raciocínio fulcrado na teoria francesa da ‘perda de uma chance’, já que o paciente não suficientemente informado teria perdido a chance de decidir de forma diversa acerca da submissão ou não a um tratamento, independentemente dos prejuízos concretos:

A soma indenizatória não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento. O parâmetro seria, hipoteticamente, a decisão previsível e razoável de outro paciente diante da mesma situação e bem informado.¹⁰⁸

¹⁰⁵ LORENZETTI *apud* KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

¹⁰⁶ LIGIERA, Wilson Ricardo. Consentimento informado do paciente. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 96.

¹⁰⁷ CORTES, Galán *apud* KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem, loc. cit.*

E colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da teoria mencionada:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que **a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico**, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.¹⁰⁹ (grifos nossos)

2.4.1.2 Responsabilidade penal

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Título II, traz um elenco de dispositivos acerca das infrações penais relacionadas à matéria, iniciando com o art. 61, que assim dispõe:

Art.61 – Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.¹¹⁰

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1254141/PR*. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do julgamento: 04/12/2012. Data da publicação: DJe 20/02/2013.

Assim, no art. 66, abordando especificamente o direito de informação, o mesmo diploma estabelece como ato de transgressão penal:

Art. 66 – Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços;

Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

§1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§2º Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.¹¹¹

A Lei n. 8.078/90, como já demonstrado acima, rege as relações contratuais estabelecidas entre médicos e pacientes, fazendo desta uma verdadeira relação de consumo, pelo que estão as condutas médicas adstritas aos comandos ali contidos. Assim, nos moldes do art. 66, não podem os médicos mentir ou omitir informações sobre os dados da saúde do paciente que assistem sob pena de incorrerem na infração penal tipificada na lei consumerista.

A lei frisa que a informação omitida ou falsa deve ser relevante. Considerando que, em matéria de saúde, praticamente todas as informações são relevantes e essenciais para o paciente, não pode o médico ocultar ou mentir para aquele em nenhuma hipótese.

Verifica-se que, conforme o § 2º do art. 66, acima transcrito, é irrelevante saber, para fins de existência da infração, o motivo pelo qual o médico não informou as condições de saúde do paciente, já que, mesmo sem intenção de prejudicar, deve responder culposamente pelo ato ilícito praticado.

Há ainda agravante no caso da ausência ou deturpação da informação especificamente médica, haja vista que o inc. V, do art. 76, do CDC, assim estabelece:

Art. 76 – São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

[...]

V – serem praticados em operações que envolvem alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.¹¹²

¹¹⁰ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

¹¹¹ *Idem, ibidem.*

¹¹² *Idem, ibidem.*

É certo que os serviços de saúde são serviços essenciais indiscutíveis, ressaltando-se que há ainda referência expressa da exigência de informação quando houver o envolvimento de medicamentos.

Não obstante, ao médico do SUS que pratica o ato comissivo ou omissivo, que viola o direito de informação do paciente é imputada ainda uma outra agravante, conforme o art. 76, inc. IV, 'a', do CDC:

Art. 76 – São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

[...]

IV – quando cometidos:

a) Por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;¹¹³

Constata-se que ao médico no exercício das funções públicas é exigida ainda mais cautela, estando ele sujeito a incorrer em duas agravantes.

Pelas infrações penais cometidas, os médicos podem também responder com o pagamento de prestações pecuniárias, uma vez que os dispositivos preveem multa. Podem, ainda, ser condenados a penas privativas de liberdade, já que prevista a detenção do profissional. Não obstante, essas penalidades podem vir a ser cumuladas, por autorização do art. 78 do CDC, com outras enumeradas pelo dispositivo:

Art.78 – Além da penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa e alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47 do Código Penal:

I – a interdição temporária de direitos;

II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III – a prestação de serviços à comunidade.¹¹⁴

2.4.1.3 Responsabilidade ético-disciplinar

O Capítulo III da Resolução CFM n. 1.931/2009 (Código de Ética Médica/CEM) é intitulado 'Responsabilidade Profissional' e traz, no que diz respeito

¹¹³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

¹¹⁴ *Idem, ibidem.*

ao dever específico de informação médica, além dos já citados arts. 22 e 34, também os arts. 12 e 13, que estabelecem as seguintes vedações ao profissional:

Art. 12 – Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Art. 13 – Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.¹¹⁵

Em que pese o capítulo fazer referência explícita somente ao dever de informação a pessoa específica (o trabalhador, no art. 12) e sobre as determinantes externas que impactam na doença do paciente (art. 13), verifica-se que no art. 18 a mencionada Resolução acaba por vedar ao médico que contrarie qualquer dos mandamentos contidos no conjunto do Código de Ética Médica, já que este é uma Resolução do CFM. Veja-se:

É vedado ao médico:

Art. 18 - Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de medicina ou desrespeitá-los.¹¹⁶

Assim, o médico que não observa os comandos dos arts. 22 e 34 do CEM, que estabelecem o dever geral de informação e obtenção do consentimento informado (ambos já transcritos antes), comete infração ética e deve ser responsabilizado.

Nesse caso, para a apuração e punição das infrações ético-disciplinares, o Conselho Federal de Medicina estabeleceu a Resolução CFM n. 1.897/2009, que instituiu o Código de Processo Ético-Profissional.

Sobre as penas aplicáveis aos médicos em nível administrativo, o referido código aponta que aquelas serão as previstas em lei e aplicadas pelos Conselhos Regionais da categoria em cada estado federativo, conforme redação do art. 40: “Art. 40 - As penas disciplinares aplicáveis pelos conselhos Regionais são as previstas em Lei.”¹¹⁷

A lei a que se refere o artigo, por sua vez, é a Lei n. 3.268/1957, que dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá outras providências. As penas aplicáveis

¹¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009.* Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

¹¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹¹⁷ *Idem, ibidem.*

estão inseridas em seu art. 22, somando cinco tipos que seguem ordem gradativa de peso, iniciando-se pela pena mais leve:

Art. 22 – As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) Advertência confidencial em aviso reservado;
- b) Censura confidencial em aviso reservado;
- c) Censura pública em publicação oficial;
- d) Suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) Cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.¹¹⁸

Também o Decreto Federal n. 44.045/1958, que aprova o regulamento do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina, traz as mesmas penas em seu art. 17, *in verbis*:

Art. 17 – As penas disciplinares aplicáveis aos infratores da ética profissional são as seguintes:

- a) Advertência confidencial em aviso reservado;
- b) Censura confidencial, em aviso reservado;
- c) Censura pública, em publicação oficial;
- d) Suspensão do exercício profissional, até 30 (trinta) dias; e
- e) Cassação do exercício profissional.¹¹⁹

Ressalte-se, ainda, que as penalidades aplicadas aos médicos devem ser anotadas nas respectivas carteiras profissionais, conforme teor do art. 23 do mencionado decreto:

Art. 23 – As execuções das penalidades impostas pelos Conselhos Regionais e pelo Conselho Federal de Medicina processar-se-ão na forma estabelecida pelas respectivas decisões, sendo anotadas tais penalidades na carteira profissional do médico infrator, como estatuído no §4º do art. 18 da Lei nº3.268 de 20-9-57.¹²⁰

¹¹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

¹¹⁹ BRASIL. *Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958*. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

¹²⁰ O § 4º do art. 18 da Lei n. 3.268/57 assim dispõe: “No prontuário do médico serão feitas quaisquer anotações referentes ao mesmo, inclusive os elogios e penalidades”. (BRASIL. *Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.)

Parágrafo único – No caso de cassação do exercício profissional, além dos editais e das comunicações endereçadas às autoridades interessadas no assunto, será apreendida a carteira profissional do médico infrator.¹²¹

¹²¹ BRASIL. *Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958*. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

3 IMPACTOS DA INFORMAÇÃO COMPULSÓRIA PARA O PACIENTE

3.1 Prejuízo à saúde psíquica e física do paciente

O impacto a ser analisado aqui consiste naquele de natureza psicológica, emocional, estritamente particular, pessoal. Consiste no modo individual como cada pessoa (paciente) recebe e, principalmente, reage às informações sobre sua saúde. E a cada reação psíquica corresponde uma consequência somática, que pode favorecer ou prejudicar um tratamento.

É notório que, se de um lado pessoas desejam informações minuciosas sobre sua saúde e com isso lidam muito bem, de outro existem inúmeras outras que não se sentem fortes o bastante para receber certos diagnósticos e explicações sobre evoluções e propostas terapêuticas. É o ser humano: único em seus sentimentos e vivência, devendo, assim, ser respeitado.

Os sentidos humanos despertam reações e assim como um apresentável e apetitoso doce exposto em uma vitrine desperta o desejo de saboreá-lo, ou uma música clássica tende a despertar a calma e o relaxamento, também uma informação dura revelada por um médico pode causar pânico e desespero a um paciente.

Ao mesmo tempo, hoje já se sabe da influência da qualidade das emoções e sentimentos no próprio corpo, falando-se cada vez menos em uma medicina das partes e sim em uma medicina do todo, ou seja, holística do ser humano. Confirma essa visão a medicina psicossomática e a psiquiatria.

Com isso se verifica que a informação dada a um paciente que não tenha estrutura emocional para recebê-la pode despertar nele reações de revolta, fuga, autoextermínio, perda de motivação de viver, medo, inquietação e tantas outras.

Essas reações, por sua vez, tendem a trazer malefícios à recuperação do paciente, que a partir da entrega desequilibrada a uma visualização de um destino e prognósticos negativos de si mesmo, acaba por ter sua vitalidade, coragem e esperança esvaídas, acarretando repercussões somáticas inclinadas à deterioração da saúde. É o efeito das emoções despertadas pelo cérebro ante o contato dos

sentidos físicos com um tipo de informação que, nesse caso, corresponde à informação médica que agrada ou não o noticiado.

3.2 Confirmação da comunidade científica

Em 1878, o neurologista francês Paul Broca já observava as relações entre cérebro, emoções e sentimentos, sendo citado no artigo científico “O sistema límbico: o centro das emoções”:

Em 1878, o neurologista francês Paul Broca observou que, na superfície medial do cérebro dos mamíferos, logo abaixo do córtex, existe uma região constituída por núcleos de células cinzentas (neurônios), a qual ele deu o nome de lobo límbico (...) É ele que comanda certos comportamentos necessários à sobrevivência de todos os mamíferos. **Que também cria e modula funções mais específicas, as quais permitem ao animal distinguir entre o que lhe agrada ou desagrada.** Aqui se desenvolvem funções afetivas, como a que induz as fêmeas a cuidarem atentamente de suas crias, ou a que promove a tendência desses animais a desenvolverem comportamentos lúdicos (gostar de brincar). **Emoções e sentimentos, como ira, pavor, paixão, amor, ódio, alegria e tristeza, são criações mamíferas, originadas no sistema límbico.** Este sistema é também responsável por alguns aspectos da identidade pessoal e por importantes funções ligadas à memória.¹ (grifos nossos)

Nesse sentido, o médico psiquiatra Geraldo Ballone afirma o vínculo entre emoções e consequências físicas: “Na verdade, não existe um só sentimento que não tenha uma repercussão física. O que varia é a intensidade da emoção e a vulnerabilidade do corpo”.²

A medicina molecular tem contribuído para a constatação da integração corpo e mente ou sentimento e reação físico-orgânica:

Com o auxílio da medicina molecular e exames de imagem de altíssima precisão, está-se conseguindo mapear em detalhes os canais de comunicação entre o cérebro e os sistemas imunológico e endócrino. A interação entre corpo e mente se dá por meio de uma intrincada rede de hormônios, proteínas e neurotransmissores que não cessam de interagir.³

¹ AMARAL, Júlio Rocha do; OLIVEIRA, Jorge Martins de. *O sistema límbico: o centro das emoções*. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n05/mente/limbic.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

² BUCHALLA, Anna Paula. As doenças da emoção. *Veja.com*. Medicina. Edição 2037, 5 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/051207/p_160.shtml>. Acesso em: 29 ago. 2012.

³ *Idem, ibidem*.

Mudanças na química cerebral são provocadas pelos sentimentos e consistem em uma resposta emocional a algo que ameaça o bem-estar, como comenta o neurologista Fernando Gomes Pinto, do Hospital das Clínicas de São Paulo acerca dessas alterações: “Isso faz com que o corpo fique em estado de alerta máximo, com péssimo resultado para a saúde” (grifo nosso).⁴

Sobre a relação entre o conteúdo do imaginário mental e seus efeitos no corpo, dispõe Sylvia Grebler Myssior:

Quando o corpo se expressa de modo fortemente imaginário, há o risco de suscitar respostas somáticas. Isso ocorre quando o psiquismo emite sinais de sofrimento físico e, como a angústia está invisível, um órgão pode ser lesionado ou o corpo passa por algumas devastações mais ou menos anônimas.⁵

Especificamente sobre os efeitos da informação compulsória a um paciente despreparado emocionalmente, que é diagnosticado com câncer, vem no mesmo sentido a literatura científica:

Informar o paciente é uma obrigação do médico e uma condição necessária para o exercício da autonomia; entretanto, essa obrigação deve ser cumprida observando-se diversos aspectos, entre os quais, os humanitários. No caso da revelação do diagnóstico de câncer, a depender de como o médico comunica o diagnóstico, **poderá haver interferência na relação do paciente com a própria doença**⁶ (grifos nossos)

O mesmo é afirmado pela psiquiatra do hospital Israelita Albert Einstein, Dra. Mara Maranhão, em entrevista ao Jornal Pampulha de Belo Horizonte (edição de 16 a 22 de fevereiro de 2013) em reportagem intitulada ‘Pensamento é força’, também vinculando o sucesso terapêutico ao modo como o médico acolhe e esclarece ao paciente suas condições de saúde:

⁴ PEREIRA, Cilene; TARANTINO, Monica; OLIVEIRA, Monique. Livre-se do mau humor. *Revista Isto É online*. Medicina & Bem-Estar. Edição n. 2234. Publicado em 31 de agosto de 2012. Atualizado em 11 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/234273_LIVRE+SE+DO+MAU+HUMOR>. Acesso em 6 de março de 2014.

⁵ MYSSIOR, Sylvia Grebler. *Doenças e manifestações psicossomáticas na infância e na adolescência: Construindo uma interseção da psicanálise com a pediatria*. 2007. 143 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2007. p. 36-37. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ECJS-76KNHC/silvia_grebler_myssior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2014.

⁶ SILVA VCE, Zago *apud* ALBUQUERQUE, Paula Danielle Santa Maria de; ARAUJO, Laís Záu Serpa de. Informação ao paciente com câncer: o olhar do oncologista. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 57, n. 2, Apr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302011000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. 2014.

Os profissionais devem dedicar uma parte do tempo da consulta técnica e objetiva à escuta solidária do paciente e à formação de um vínculo de confiança.

O médico saberá como estimular as expectativas conscientes positivas dos pacientes. Por outro lado, deve ter maior vigilância às palavras, gestos e atividades que possam induzir expectativas negativas, favorecendo assim o sucesso terapêutico.⁷

O ex-vice-presidente da Associação Mineira de Clínica Médica, Dr. Moacir Andrade, comenta sobre a influência da informação na mente humana e seus efeitos no corpo, afirmando que “A mente humana é prodigiosa, pode fazer conjecturas que não correspondem à realidade”.⁸

O poder do conteúdo da informação, como atesta a comunidade científica, é grande e contribui sobremaneira para o sucesso ou a frustração do tratamento do paciente já que o impacto do modo como a informação é transmitida afeta a mente humana que, por sua vez, gera reações químicas diversas no corpo. Trata-se do denominado ‘efeito placebo’ no primeiro caso e ‘efeito nocebo’ no segundo.

Nocebo, segundo Houaiss, é a “substância inócua, cuja ação teoricamente não deveria produzir qualquer reação, mas quando associada a fatores psicológicos, acaba produzindo efeito danoso em alguns indivíduos”.⁹

Pesquisadores do departamento de medicina psicológica da Faculdade de Ciências Médicas e da Saúde da Universidade de Auckland, na Nova Zelândia, ao analisarem a influência da informação negativa no que diz respeito ao surgimento de efeitos colaterais nos pacientes, descobriram que as expectativas dos enfermos, ao iniciarem um novo tratamento, podem ter sido geradas não somente a partir do contato com o conteúdo do termo de consentimento informado, mas também a partir das crenças médicas negativas informadas sobre a terapêutica que será utilizada e mais, também pelo teor negativo de notícias veiculadas na mídia:

As expectativas do paciente, incluindo aquelas geradas em razão do procedimento de consentimento informado, pode ter uma grande influência nos efeitos adversos que o paciente sente após começar um novo tratamento médico. Alguns sintomas podem ser o resultado do efeito nocebo, pelo que a expectativa dos efeitos adversos leva os pacientes a vivenciá-los. Efeitos adversos também podem ocorrer devido a uma atribuição equivocada de preexistência ou não relação com o novo medicamento. **As crenças particulares negativas dos profissionais**

⁷ MARANHÃO, Mara. (Psiquiatra do hospital israelita Albert Einstein). *Como o efeito nocebo funciona*. *Jornal Pampulha*, Belo Horizonte, 16 a 22 de fevereiro de 2013, p. 4.

⁸ ANDRADE, Moacir. *Médicos devem estar atentos*. *Jornal Pampulha*, Belo Horizonte, 16 a 22 de fevereiro de 2013, p. 4.

⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001. p. 2022.

médicos sobre um tratamento, especialmente sobre os medicamentos genéricos, pode aumentar ainda mais as expectativas dos pacientes de efeitos adversos. A mídia também pode influenciar as expectativas, especialmente quando a atenção da mídia é direcionada a um alerta de saúde ou sobre alguma medicação.¹⁰ (grifos nossos, tradução nossa)

A verdade, como se percebe, é que a ciência e a medicina já vêm corroborando como o aspecto emocional interfere e influi sobremaneira na vida das pessoas, trazendo-lhes consequências benéficas ou prejudiciais conforme o sentimento despertado com o teor da notícia ou imagem.

O conteúdo das informações, bem como o modo como são veiculadas muitas vezes acabam por ser mais importantes na recuperação do paciente que a própria técnica médica, consistindo em verdadeira terapêutica inicial. Nesse sentido, segundo Luiz Gustavo Zanini Borelli: “Serão nessas informações que o paciente certamente encontrará conforto, o que será em muitos casos mais eficaz que a própria técnica medicinal que será aplicada”.¹¹

E em sendo inconteste que existem inúmeros pacientes que não se sentem firmes emocionalmente para receber certas informações de saúde ou por simplesmente não desejarem ser influenciados negativamente pelas notícias, e considerando que essas informações acarretarão sentimentos de angústia, medo e frustração e que sentimentos de tal nível vibracional são prejudiciais para a saúde; passa-se ao questionamento dos efeitos da obrigatoriedade legal de informação médica e se este dever realmente deve ser inexorável.

¹⁰ No original: “Patient expectations, including those generated by the informed consent process, can have a large influence on the side effects that patients feel after starting a new medical treatment. Such symptoms may be the result of the nocebo effect, whereby the expectation of side effects leads to them being experienced. Side effects may also be due to the misattribution of pre-existing or unrelated symptoms to the new medication. Medical professionals' own negative beliefs about a treatment, especially generic drugs, may further enhance patients' expectations of adverse effects. The news media may also influence expectations, particularly when media attention is directed towards a health or medication scare”. (FAASSE, K.; PETRIE, K. J. The Nocebo effect: patient expectations and medication side effects. *PubMed*. US National Library of Medicine National Institute of Health. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23842213>>. Acesso em: 18 abr. 2014.)

¹¹ BORELLI, Luiz Gustavo Zanini. A informação na relação médico-paciente: a eficácia horizontal das normas constitucionais. In: GOZZO, Débora (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

4 O DIREITO DE 'NÃO SABER' DO PACIENTE

O levantamento do estudo sobre um eventual direito de 'não saber' do paciente nasceu da ciência de que muitos deles, apesar do direito de serem informados, por vezes expressam ao seu médico, espontaneamente, que não desejam receber informação sobre sua saúde.

Muitos são os médicos que se veem diante de pacientes que declaram, desde o início da relação, a vontade de serem mantidos em ignorância sobre eventuais diagnósticos, prognósticos, riscos e desvantagens de um tratamento ou exame, fazendo-o sob argumentos diversos e especialmente sob aquele da fragilidade emocional em lidar com a doença.

Trata-se na maioria das vezes de um pedido íntimo daquele que tem sua autonomia reduzida ante a vulnerabilidade da posição de sujeito em busca da promoção e recuperação de sua saúde.

O paciente revela ao médico o medo, a agonia de lhe ser revelado algo que possa não conseguir sustentar ou levar adiante. Pode ser um diagnóstico negativo irreversível, um prognóstico ruim, a necessidade de realização de algum exame invasivo, de uma cirurgia delicada ou, dentre outros motivos, a notícia sobre efeitos colaterais fortes de medicamentos.

O paciente é um sujeito único, dotado de personalidade e estrutura orgânica e psicológica ímpar, o que quer dizer que, ainda que a informação médica a ser trazida não seja propriamente grave e dura (como nos casos exemplificados acima), pode ela ser muito impressionável e prejudicial àquele a quem é veiculada.

Assim, não se trata de hipótese de julgar qual é o conteúdo da informação médica a ser transmitida porquanto as intensidades são sentidas de formas diferentes pelos pacientes, ainda que acometidos da mesma enfermidade ou submetidos ao mesmo tratamento.

Pergunta-se, no entanto, como ficaria a situação jurídica dos profissionais de saúde que fossem abordados por pacientes que lhes declarassem o interesse em não serem informados com receio de uma desestruturação emocional.

E para o paciente, haveria obrigação de este ouvir o que o médico tem a dizer sobre sua saúde para que possa ser legitimado o princípio da autonomia? O paciente deveria ser informado compulsoriamente ou haveria para ele outra

alternativa? O ordenamento jurídico possuiria algum fundamento para o perseguido direito de 'não saber' desses pacientes, autorizando os mesmos a não receberem a informação, ao mesmo passo não ensejando condenação aos profissionais pelo ato omissivo?

Na principiologia jurídica foi encontrada a chave para as respostas, mormente no princípio da boa-fé, razão pela qual foram necessários capítulos específicos no início do trabalho para que se pudesse, a partir de agora, esmiuçar os fundamentos autorizadores do direito de 'não saber'.

4.1 Ordenamento jurídico brasileiro e o direito de 'não saber' do paciente

O sistema jurídico brasileiro, nos moldes dos artigos já trazidos em capítulo anterior, expressa que a informação médica é um dever do qual o médico não pode se furtar sob pena de ser responsabilizado nos âmbitos civil, penal e ético. A informação de saúde, em princípio, seja ela boa ou ruim, deve ser transmitida ao paciente.

Demonstrou-se, paralelamente, que a ciência comprova que uma informação negativa sobre a saúde de uma pessoa transmitida a ela tem a possibilidade de desencadear sentimentos penosos que podem prejudicar o próprio tratamento indicado e, portanto, a saúde do paciente.

Diante disso, questiona-se, para fins jurídicos, como deveria agir um médico ao ser abordado por um paciente que chegasse em seu consultório declarando sua vontade de ser mantido em ignorância sobre um eventual diagnóstico ou sobre um prognóstico temível. Ou ainda abordado por um paciente que declara seu desinteresse em desconhecer os riscos e desvantagens de procedimentos terapêuticos propostos. Ou que se negue a ouvir ou assinar um termo de consentimento informado.

O que dizer do paciente que apresenta ao médico um testamento vital, registrado em cartório, com declarações de vontade de não ser em nenhuma hipótese informado a respeito de sua saúde em caso do médico constatar que o paciente está em fase terminal da vida? A possibilidade existe na medida em que já há resolução do CFM sobre as diretivas antecipadas, a Resolução n. 1995/2012. E a

finalidade dessas manifestações é a de justamente registrar a vontade do paciente com vistas a ser respeitada, como explica o membro do Comitê de Ética e Bem-Estar Social de Castilla-La-Mancha, na Espanha, David Larios Risco:

As diretivas antecipadas validamente emitidas obrigam a equipe médica a cumprir os desejos emanados pelo paciente no documento e devem prevalecer tanto sobre as indicações que possam ser dadas por familiares ou parentes, como sobre a opinião dos profissionais de saúde que participem da assistência ao enfermo. Esta é a verdadeira finalidade das diretivas antecipadas, seu verdadeiro sentido.¹

O médico que vivencia situações como as mencionadas acima tende a ficar dividido. Ou atende à lei e informa ao paciente sobre a sua saúde de uma forma, diga-se, compulsória, ou seja, contra a vontade dele; ou atende à vontade do paciente, consciente de que o esclarecimento poderá lhe trazer mais malefícios do que benefícios à sua saúde, porém assumindo o risco de ser responsabilizado pela omissão do dever de informação preconizado normativamente e sofrer as penalidades previstas.

Não há na legislação brasileira nenhum dispositivo expresso e específico que relativize o dever de informação médica no caso mencionado e que possibilite ao profissional deixar de revelar o que conhece em matéria de saúde de um paciente seu que manifeste o desejo em ‘não saber’.

Todavia, o Código de Ética Médica abre possibilidade à ausência de consentimento livre e esclarecido em caso de risco iminente de morte:

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.**² (grifos nossos)

E o art. 34 do CEM explicita que a informação pode deixar de ser fornecida caso o médico constate a possibilidade de que a comunicação direta ao paciente provoque dano:

¹ No original: “Las instrucciones previas válidamente emitidas obligan al equipo asistencial a llevar a término los deseos plasmados por el paciente en el documento, y deben prevalecer tanto sobre las indicaciones que puedan ser dadas por familiares o allegados, como sobre la opinión de los profesionales sanitarios que participen en la asistencia. Esta es la verdadera finalidad de las instrucciones previas, su verdadero sentido”. (RISCO, David Larios. Decisiones al final de la vida en el ordenamiento jurídico español. *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*. Brasília, Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário, v. 1, n. 2, p. 6-31, jul./dez. 2012. p. 22.)

² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

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.**³ (grifos nossos)

Não trata o dispositivo de pedido do paciente para não ser informado, mas de percepção subjetiva do médico de que aquele não deve receber diretamente a informação. O dispositivo em comento não exime o profissional do dever de informar, sendo manifesto que deverá fazê-lo ao representante legal. De qualquer forma, o art. 34 do CEM é a norma mais próxima da situação trabalhada.

A pesquisa revelou que, de um modo específico sobre o direito em tela, apenas existe uma orientação do Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Trata-se da elaboração de um guia da relação médico-paciente, de 2001, sem força normativa, que chegou a abordar o direito do paciente de não ser informado, o que denominaram de direito de recusa, nestes termos: “Recusa: o paciente pode desejar não ser informado do seu estado de saúde, devendo indicar quem deve receber a informação em seu lugar”.⁴

Se por um lado a legislação e a norma ético-disciplinar não trazem dispositivos que elucidem a questão específica debatida, não há que se negar o direito do paciente em não saber, se assim o desejar, simplesmente pela ausência de regulamentação apropriada.

É que a principiologia jurídica vem socorrer e trazer soluções que garantam a isenção de responsabilidade do médico e que, simultaneamente, assegurem ao paciente o respeito à sua vontade.

³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009.* Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

⁴ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. *Guia da relação médico-paciente 2001.* Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11>. Acesso em 04 de fevereiro de 2014.

4.1.1 O direito de 'não saber' do paciente fundamentado no princípio da boa-fé

Muito se fala no direito do paciente em ser informado e como a informação propicia o exercício digno e livre de decisão sobre ele mesmo, ou seja, como a informação é instrumento valioso do princípio da autonomia, assim corroborando Eduardo Dantas e Marcos Coltri:

Há um consenso, atualmente, sobre o direito do paciente de receber informações sobre sua condição de saúde, seus possíveis tratamentos, as consequências e as alternativas possíveis, de modo a lhe permitir participar da tomada de decisões.⁵

Esquece-se, entretanto, que a autonomia não é somente propiciada com a conduta de informar. A autonomia e a dignidade também são exercidas quando o paciente (conhecedor de si mesmo, de seus limites e sabedor do modo como receberá impactos negativos da notícia sobre sua saúde) resolve negar conhecimento da informação que lhe diz respeito. Propiciar ao paciente o direito de não receber informação a ele relacionada quando assim o desejar, e de lhe permitir manifestar expressamente esse desejo é exatamente viabilizar a concreção do princípio de liberdade e do princípio da autodeterminação, permitindo que o paciente decida sobre ele mesmo, segundo os seus ditames de consciência.

Sob a perspectiva do contrato, considerando que a relação médico-paciente é uma relação contratual disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor; considerando que esse diploma tem como princípio básico o direito de informação; e considerando ainda que a informação no CDC não é um dever anexo do contrato e sim parte da obrigação principal; questiona-se: como poderia o médico se assegurar perante a lei para permitir ao paciente a livre manifestação de sua vontade de 'não saber'?

Analisando os pilares teóricos e as funções do princípio da boa-fé, ver-se-á que este traz solução jurídica à questão.

Como já visto em capítulo próprio, os princípios fundamentais são normas hierarquicamente superiores e que guardam o atributo da constitucionalidade, pelo que têm caráter impositivo. No mesmo capítulo demonstrou-se que os princípios constitucionais são normas abertas e que visam, assim, promover o significado de

⁵ DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos; *Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM nº1.931 de 17 de setembro de 2009*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010. p.150.

justiça ao caso concreto quando houver ausência de lei específica sobre determinado assunto. Pois bem, a situação trabalhada foge às regras jurídicas ordinárias existentes, necessitando da abertura principiológica para o encontro de uma solução.

O princípio específico da boa-fé vem socorrer. É ele um princípio de ordem pública legitimado como cláusula geral no Código Civil (art. 422) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º). Neste último caso, por estar inserido no Código de Defesa do Consumidor, o princípio da boa-fé é dotado de caráter fundamental e constitucional porquanto a Carta Magna estabelece a proteção do consumidor como direito fundamental insculpido no art. 5º, inc. XXXII.⁶ Pode-se afirmar, assim, que o princípio da boa-fé, ainda que não expresso no texto constitucional, é indiretamente fruto dele e determinado por ele. E é, portanto, norma fundamental e materialmente constitucional com posição hierárquica privilegiada no ordenamento jurídico.

O princípio da boa-fé, enquanto princípio, é norma aberta que vem socorrer na ampliação da interpretação do arcabouço legislativo em busca da solução mais aproximada do senso de justiça. Entre as funções do princípio da boa-fé está, portanto, o de auxiliar interpretativo para guiar a busca de soluções jurídicas naqueles casos em que a lei é omissa, sendo seu conteúdo amplo.

Em situações de inexistência de norma específica ao tema, vêm os princípios, e especificamente para este caso o princípio da boa-fé, socorrer, como dispõe António Manuel da Rocha Cordeiro:

A boa-fé objetiva surge, então, como algo exterior ao sujeito, mas que a lei geralmente não define de modo concreto, de maneira a permitir a subsunção direta do fato à norma. Por isso, a boa-fé objetiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial, pois seu conteúdo não advém da lei, mas da sua aplicação judicial.⁷

Trata-se de princípio que não se aplica por si só e que faz reluzir seu sentido jurídico apenas quando somado a outros princípios constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não comportando definição rígida, como esclarece Ronaldo Porto Macedo Jr.:

O conceito de boa-fé não comporta uma definição formal, porquanto incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais, como os princípios da reciprocidade, papel da integridade, solidariedade e

⁶ “Art. 5º. [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jan. 2014.)

⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007. p. 43.

harmonização com a matriz social e demais normas de ligação, não aparecendo a boa-fé como um princípio autônomo e isolado dentro de uma *teoria relacional* [...]⁸

O princípio da boa-fé vem socorrer os integrantes da relação médico-paciente ante a plasticidade da adequação das funções desse princípio aos fundamentos e às razões que guarda o paciente em não querer ser informado. Trata-se, segundo Frederico de Andrade Gabrich, da primeira função da boa-fé objetiva, qual seja, a de ‘cânone hermenêutico integrativo do contrato’:

A primeira função reconhecida à boa-fé objetiva faz dela elemento hermenêutico fundamental ao preenchimento de lacunas em matéria contratual, alargando o conteúdo jurídico dos contratos e alcançando todos os momentos e fases do negócio jurídico, desde antes da celebração do contrato, até depois do cumprimento das obrigações (*culpa post pactum finitum*).⁹

E especificamente sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva para resolução dos casos sem previsão legal ou contratual, o mesmo autor acrescenta:

Como os contratos geralmente não são redigidos de maneira a prever todas as situações de fato que a ele possam estar submetidas, **não raramente as partes e o juiz deparam-se com situações de difícil resolução, sobretudo por falta de previsão contratual e legal, bem como da impossibilidade de se reconstruir a real intenção das partes.**

Quando isso acontece, cabe a utilização da boa-fé objetiva, com sua função hermenêutica e integradora, para que o caso concreto seja devidamente solucionado com a consideração do “sentido” ou do real fundamento econômico, social, político, etc. do contrato, que deve ser considerado em seu conjunto – desde as tratativas iniciais, passando pela celebração, pelos atos de execução e até depois do cumprimento das obrigações. **Trata-se, então, de uma verdadeira interpretação sistemática, teleológica e, até mesmo, valorativa, do texto normativo contratual.**¹⁰ (grifos nossos)

Gabrich chama a atenção para o uso do princípio da boa-fé para se atingir o “sentido” do contrato. E no contrato celebrado entre médico e paciente, outro não é o sentido que a busca da prevenção, promoção ou recuperação da saúde. Este o aspecto teleológico e valorativo desse tipo de contrato.

Quando um médico se depara com um paciente que lhe declara, desde o início, a sua vontade em ser mantido em ignorância sobre dados de sua saúde, ou quando entrega ao paciente um termo de consentimento informado para que assine

⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto *apud* BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 37, p. 96.).

⁹ GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 93.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 94.

e este recusa o ato; haveria prejuízo ao objeto do contrato, qual seja, a promoção da saúde desse paciente? Qual seria o prejuízo ao tratamento para a promoção e cuidado da saúde de um paciente que não deseja ser informado?

A ciência corroborou que há influências do tipo de informação na mente do paciente, acarretando estados psicológicos variados, como destacado em capítulo próprio. E atestado foi que os impactos negativos dos estados emocionais da pessoa em sua recuperação e tratamento tendem a fragilizar o enfermo e trazer prejuízos à saúde do mesmo. E isso, frise-se, não leva à realização do objetivo do contrato firmado entre médico e paciente, muito ao contrário, coloca em risco o processo terapêutico e as chances de cura.

O dever contratual e profissional do médico é o de empreender todos os esforços na busca do bem-estar e da saúde do paciente e não pode, por medo de sofrer uma responsabilização civil, ética e penal, simplesmente proceder à informação àquele que recebe seus cuidados com a desconsideração do influente aspecto psicológico apresentado. Isso corresponderia a uma informação, diga-se, compulsória, o que feriria o princípio de liberdade e, como já dito, faria distanciar da realização do objetivo do contrato.

A informação compulsória atingiria o direito de liberdade em sua dimensão moral, estando esta mais intimamente ligada com o poder de autodeterminação dos indivíduos, como detalha Gabrich:

Como valor, a liberdade pode ser considerada sob quatro dimensões. A primeira dimensão é a liberdade moral. Neste particular a liberdade é subjetiva, intrínseca à pessoa humana e responsável pela autodeterminação da vontade, do modo de viver e de sentir, sendo estabelecida no ser humano por meio da razão.¹¹

Retornando à questão contratual onde reina a boa-fé, mormente nos contratos de consumo como o pactuado entre médico e paciente, percebe-se que é ela, em sua aplicação objetiva e função hermenêutica integradora que vem assegurar ao paciente o direito de ser mantido em ignorância e de alijar do médico uma punição pelo ato omissivo.

É que o princípio da boa-fé objetiva exige que seja cumprida a finalidade a que se propôs o contrato e que, na prestação de serviços médicos, consiste no

¹¹ GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 70.

empenho máximo para a promoção do direito fundamental à saúde. Sobre essa aplicação do princípio da boa-fé dispõe Judith Martins-Costa:

Além disso, a boa-fé objetiva, em sua função hermenêutica e integradora, não permite que o contrato atinja finalidade oposta ou diversa daquela que dele se espera, haja vista sua finalidade econômica e social. Por isso, nesse sentido, a aplicação da boa-fé objetiva acaba permitindo a sistematização das decisões judiciais, substituindo a utilização de outras noções e princípios jurídicos, muitas vezes vagos e polissêmicos, tais como o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, a teoria do abuso do direito, a equidade, entre outras.¹²

A transmissão de uma informação contra a vontade do paciente não gera os efeitos mediatos desejados pela lei quando consignou o dever de informação e o direito de ser informado. É que as razões do legislador ao estabelecer o direito de informação são oriundas do ideal de proteção, da defesa da dignidade, da autonomia e da liberdade e, no caso da informação ao sujeito que é um paciente, a busca específica da promoção da saúde.

Não é possível afirmar que se está promovendo a dignidade, a autonomia, a liberdade e a promoção da saúde quando se procede a uma informação a alguém que se manifestou contrário a recebê-la. Não há efeito benéfico, pelo que seria conveniente haver exceção prevista em lei para que os profissionais de saúde passassem a adotar essa conduta sem receios de estarem agindo em desconformidade com a lei.

Há um patente efeito destrutivo da informação compulsória ao paciente, deturpando a finalidade idealizada para o direito de informação e se afastando da concretização de justiça almejada. A informação tem a finalidade de viabilizar a consecução de outros direitos, dentre eles os interesses legítimos da contraparte e que, no caso do paciente, é o interesse em não ser informado e o que, por efeito, garantirá o direito a um tratamento digno, saúde e respeito à personalidade do enfermo. Nessa esteira, Fernanda Nunes Barbosa:

Por meio da informação será possível proteger os interesses (legítimos) da contraparte (contra danos a si e a seu patrimônio). Voltamos aqui a uma das primeiras ideias por nós referidas, quando mencionado que, na *commom law*, o dever de informar tem o sentido original de proteger, avisar, tendo em vista o vocábulo *warn*, expressão *duty to warn*.

¹² MARTINS-COSTA, Judith *apud* GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 95.

Nesse sentido, o papel instrumental do dever de informar, o qual é exigido não por constituir um valor em si mesmo, **senão como forma de possibilitar o alcance de outros direitos**, tais como uma contratação equilibrada – na qual as partes tenham assegurada a sua vontade real – a utilização de produtos e serviços de forma adequada e segura e, finalmente, a prevenção e reparação de dano.¹³ (grifos nossos)

Ainda que o legislador disponha sobre um dever médico de informação, ou seja, uma obrigação da qual o profissional não pode se distanciar, há para o paciente um direito de ser informado e não uma obrigação de ser informado. Gabrich se refere exatamente a uma liberdade de informação, ressaltando a adequação dessa liberdade ao ideal de justiça:

O direito de informação, que hoje não se restringe apenas às relações contratuais, mas tem fundamental atuação também nos meios de comunicação de massas, possui como objetivos primordiais conjugar normas – jurídicas, morais e éticas – que visam a controlar não somente o processo comunicativo de troca de informações, mas também a **proteger as pessoas contra o uso abusivo e destrutivo da informação**, na busca de um desenvolvimento que assegure, de fato, sua grande força intelectual de concretização da justiça e da liberdade das pessoas.

Dessa maneira, relacionando-se o direito de informação a um **ideal de justiça**, mediante a busca da concretização do **princípio da liberdade de expressão e de informação**, o campo de abrangência das normas relacionadas ao direito de informação é imenso.¹⁴ (grifos nossos)

A função integrativa da boa-fé faz com que sejam integrados ao contrato alguns deveres às partes, não tendo sido estes pactuados pela vontade dos contratantes, mas que a eles se impõem. São os chamados deveres anexos, ou instrumentais, laterais, acessórios, de proteção ou tutela.¹⁵ Enumeram-se, exemplificativamente, o dever de lealdade, honestidade, solidariedade e proteção para com o outro integrante do contrato, o que se aproxima da essência da boa-fé subjetiva.

É o princípio da boa-fé, através do deveres anexos que gera, que permitirá ao médico atender ao pedido do paciente que deseja ser mantido em ignorância sobre as informações de saúde que lhe dizem respeito.

Trata-se de ação de cuidado e respeito para com o outro, sendo essa a visão contratual moderna, e não mais formalista, afirmada por Rosenthal:

¹³ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2008. p. 102. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 37).

¹⁴ GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 132.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94.

Como legado dos Códigos oitocentistas, acreditava-se que os contratos envolveriam interesses divergentes, pois uma ordem de cooperação só existiria no âmbito de uma liberalidade (v.g., doação). A visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros e não simplesmente de polos opostos em um vínculo negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectio contractus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro.¹⁶

O ato de não informar o paciente está em consonância com os deveres anexos previstos pela boa-fé.

Em análise do dever de proteção, constata-se que a não informação a pedido do paciente acaba por protegê-lo dos efeitos nocivos do esclarecimento em seu estado emocional e consequentemente físico, corroborados pela ciência.

Em análise do dever de lealdade e cooperação, o ato médico de não informar também está de acordo com o objetivo do contrato (a busca pela saúde), já que o médico consciente dos efeitos nocivos da informação não procede à sua veiculação, em uma postura leal ao compromisso contratual firmado (empreender esforços que possibilitem a melhora) e coopera com o paciente ao atender a sua vontade. Sobre esses deveres, aduz Rosenvald:

A cooperação é o próprio fundamento das relações obrigacionais, pois é ela que indicará o caminho do adimplemento, como finalidade (função) para o qual é polarizado o negócio jurídico. Destarte, será lesiva ao dever de lealdade qualquer conduta que comprometa a utilidade procurada no contrato, o programa econômico que constitui a prestação.¹⁷

Quanto ao dever de esclarecimento enquanto dever anexo ao contrato, (lembrando na oportunidade que, em se tratando de relação de consumo, este acaba por ser um dever primário), ressalta-se a importância de haver esclarecimento mínimo ao paciente no que toca aos benefícios de se receber a informação visando conscientizá-lo de que é a melhor maneira existente para que possa exercer sua autodeterminação.

Não estaria o médico eximido do dever de esclarecimento sobre as vantagens da informação pelo princípio da boa-fé, principalmente para alertar o paciente sobre a possibilidade que ele tem de escolher terapêuticas alternativas, medicamentos disponíveis e outras ações. Não se trata disso. A boa-fé justifica o direito do paciente

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94-95.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 106.

em não ser informado a seu pedido, mas não pode ser utilizada para negar ao paciente o direito de autodeterminação e de lhe promover a dignidade.

Alijando um possível entendimento de que a aplicação do princípio da boa-fé confrontaria o princípio da autonomia no caso ventilado neste trabalho, ao argumento de que a conduta omissiva do médico não permitiria uma decisão consciente do paciente, argumenta-se contrariamente.

É que se sabe que um enfermo, por si só, tende à fragilidade emocional e tem, potencialmente, sua racionalidade reduzida, o que prejudica o exercício da autonomia consciente. Maior redução da capacidade do exercício da autonomia existe no caso em que um paciente expresse sua vontade em não ser informado, uma vez que ele mesmo já declara, antecipadamente, suas condições emocionais reduzidas.

A capacidade de percepção da autonomia é tarefa do médico, que se reconhece árdua, não devendo ser avaliada apenas pela assinatura de um termo de consentimento informado. Nesses termos, Luiz Gustavo Zanini Borelli:

O que se deve procurar é retirar a expressão do paciente no que tange ao conteúdo de sua declaração.

Obviamente, essa apuração do conteúdo é, *a priori*, uma parte da atividade médica, pois nessa relação estreita entre médico-paciente, é aquele que será o interlocutor da realidade clínica que ocasionará uma expressão de concordância ou não para determinado procedimento. Por isso, para a consolidação da relação entre as partes em alinhamento com o direito à liberdade, deve-se impingir aos médicos uma obrigação de apurar a capacidade do paciente para exercício de sua autonomia.¹⁸

Borelli afirma a necessidade de uma boa relação psicológica com o paciente para que a dignidade do mesmo seja promovida, devendo o médico buscar no diálogo com o paciente perceber seu estado íntimo e condições de receber as informações de saúde que lhe dizem respeito:

É nessa relação psicológica que o médico perceberá algumas necessidades que partem do paciente; numa análise pessoal feita por esse profissional, certamente impossível de se quantificar ou expressá-la por uma fórmula matemática é que o médico alcançará uma interatividade com o enfermo, que resultará num tratamento mais eficaz, formando com isso a apropriada relação humana, fundada no respeito e na dignidade.¹⁹

¹⁸ BORELLI, Luiz Gustavo Zanini. A informação na relação médico-paciente: a eficácia horizontal das normas constitucionais. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 112.

A análise da autonomia pelo médico não autoriza que este deixe de informar o paciente simplesmente por entender que ele não tem condições de recebê-la. Essa prática, denominada 'privilégio terapêutico', apesar de comum entre médicos, não tem amparo jurídico haja vista que a regra continua ser a do dever de informar. Sobre o privilégio terapêutico dispõe Borelli:

Trata-se de uma opção do médico em deixar de informar seu paciente em razão de poupá-lo de sofrimento desnecessário. Chamamos a atenção que não se cogitou a hipótese de mentir ao doente, pois essa modalidade é uma exceção ao dever de informar, porém encontra controvérsia e rejeição, principalmente no campo jurídico, pois se defendemos uma relação contratual, a sonegação de informação pode ser entendida como vício do negócio.²⁰

Trata-se de questão complexa a da utilização do 'privilégio terapêutico', no entanto não é esse o caso proposto neste trabalho. A discussão aqui tem como foco o paciente que declara a sua vontade em não saber e não o paciente que se apresenta ao médico emocionalmente abalado, mas que nada declarou a esse respeito.

Para encerrar o capítulo, retomando o princípio da boa-fé, pode este ser utilizado como fundamento para legitimar o direito do paciente de ser mantido em ignorância sobre sua saúde e afastar do médico a imputação de uma conduta ilícita, delituosa ou antiética, tudo pelos motivos expostos.

Enquanto a boa-fé traz a legitimação da conduta omissiva em um nível contratual da prestação de serviços médico-hospitalares, vem o princípio da autodeterminação legitimá-la em um nível bioético, mais aproximado do valor de respeito à escolha do paciente e da valorização de dignidade. Para o bioeticista Guy Durand, a recusa em receber informação deve ser afirmada como verdadeiro direito do paciente, ainda que de forma excepcional no ordenamento jurídico:

[...] juntamente com outros juristas e muitos eticistas, pode-se pensar que a recusa de saber constitui uma verdadeira exceção. É o princípio de autodeterminação que está em causa: é em vista dele que é preciso julgar prioritariamente.²¹

Há situações, no entanto, em que nem mesmo o princípio da boa-fé e da autodeterminação podem socorrer o paciente.

²⁰ BORELLI, Luiz Gustavo Zanini. A informação na relação médico-paciente: a eficácia horizontal das normas constitucionais. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.

²¹ DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 3. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010. p. 186.

4.2 Dever médico de informação *versus* direito do paciente em ‘não saber’

4.2.1 Situações impeditivas do direito de ‘não saber’ do paciente

Se o princípio da boa-fé objetiva é capaz de respaldar a conduta médica de não informar e assegurar ao paciente o direito de ‘não saber’, relativizando o dever geral de informação, situações há em que nem mesmo desse princípio poderão se socorrer os envolvidos na relação contratual.

Trata-se de hipótese em que bens maiores estão envolvidos, tais como aquelas em que são afetadas pela conduta omissiva não apenas as partes contratantes, mas também terceiros, bem como aquelas que tenham relevância para o interesse público ou que envolvam situações de urgência e emergência com risco para a vida do paciente.

A liberdade de exercício de um direito subjetivo, ainda que decisiva e com reflexos sobre o próprio organismo (como é o caso de um paciente), encontra limites nos direitos alheios e nos fundamentos do Estado democrático de Direito.

Nessa esteira, leciona Gabrich:

Segundo Stuart Mill, para que todos tenham um mínimo de liberdade, é necessário que todos sofram determinadas restrições, mesmo que isso implique o uso da força. Essa, normalmente, é a concepção e a resposta que prevalece, especialmente em um ambiente jurídico, como o brasileiro, em que há, pelo menos no plano legislativo e teórico, a prevalência dos interesses sociais e coletivos sobre os individuais.

Contudo, na prática, é sempre tormentosa a decisão quando a solução pré-determinada pelo Estado, presumivelmente com base na vontade geral e na razão, contradiz a liberdade negativa e individual do cidadão.²²

Maria Helena Diniz enumera cinco exceções ao dever de obtenção do consentimento informado: a necessidade inadiável de prática médica de urgência, em razão de iminente perigo de vida; a impossibilidade da obtenção do consenso do paciente ou familiares ante emergência que implique perigo na demora; a impossibilidade ante à inconsciência ou ausência de discernimento do paciente;

²² GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 78.

casos em que é necessário o uso do 'privilégio terapêutico'; e, por fim, a renúncia do paciente em ser informado.²³

A título de exemplo de situação excepcional, segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSENTIMENTO INFORMADO REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. HISTERECTOMIA. RETIRADA DE ÓRGÃOS NÃO AUTORIZADOS. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

A responsabilidade civil do médico é subjetiva, ou seja, depende da prova da culpa (§ 4º do artigo 14 do CDC).

O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. III, do CDC).

Dever de informação igualmente presente no Código de Ética Médica.

Hipótese em que a falha apontada está relacionada com o fato de que o profissional não teria prestado informação sobre a extensão da cirurgia a ser realizada, bem como quanto ao tratamento pós-cirúrgico.

Ausência de prova quanto à existência de falha no dever de informação pelo médico/réu. Ônus que incumbia à autora (art. 333, I, do CPC). O consentimento informado possui natureza instrumental em relação ao ato médico propriamente dito.

Circunstância em que prova carreada é elucidativa no sentido de que a cirurgia, da forma como foi feita (histerectomia total com anexectomia bilateral), **era extremamente necessária. Não caracterização de danos autônomos decorrentes da violação do dever de informar.**

APELO DESPROVIDO.²⁴ (grifos nossos)

Em que pese a autora reconhecer que o paciente tem o direito de recusar expressamente uma informação médica, ela aponta o dever do profissional de questionar ao enfermo quais parentes deverão receber a informação. Ou seja, nesse caso persiste para o médico o dever de informar, ainda que não diretamente ao paciente.

²³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 677-679.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70042067538*. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 25/05/2011. Publicado em:30/05/11.

4.3 Inexistência de responsabilidade médica pela ausência de informação no interesse expresso do paciente

Todas as razões relativas ao princípio da boa-fé anteriormente apresentadas, por si sós já legitimariam o direito do paciente de 'não saber' e isentariam o médico de uma possível responsabilização. Contudo, levanta-se, na oportunidade, e com o objetivo de acrescer respaldo à conduta médica, também o cabimento do que dispõe o art. 14, § 3º, inc. II, do CDC, na defesa do profissional.

O referido artigo dispõe, *in verbis*:

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.

[...]

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

[...]

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.²⁵

Se um paciente pede a seu médico para não ser informado, declara isso expressamente em documento no qual possa firmar sua assinatura, é devidamente alertado pelo profissional sobre a importância e eventuais benefícios de permitir a informação e, ainda assim, decide por 'não saber'; não há que se falar em responsabilidade concorrente do médico.

Nesses casos, se não ocorreu a informação ou foi esta insuficiente, não pode o médico ser responsabilizado conforme o *caput* do art. 14 do CDC. E isso porque a informação somente não foi prestada em virtude do pedido consciente do paciente. Ou seja, exclui-se a responsabilidade pela culpa exclusiva do paciente que naquele sentido declarou sua vontade, incidindo o que dispõe o inc. II, § 3º, do art. 14, do CDC.

Importante ressaltar que o médico deverá também se utilizar de anotação no prontuário do paciente, haja vista que esta é prova relevante considerada pelos Tribunais, a exemplo da decisão seguinte:

²⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 04 de janeiro de 2014.

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DOENÇA CONTRAÍDA NO HOSPITAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Hipótese em que o Tribunal a quo, com base no conjunto

fático-probatório dos autos, consignou que "embora os apelantes sustentem que a paciente (genitora) tenha sido hospitalizada para tratar problema relacionado com pedra na vesícula, os documentos entranhados no processo (fls. 31/32) atestam que o quadro era outro: doença intersticial pulmonar (DIP), infração dos tecidos, hipertensão arterial (HAS), doença hemorroidária e lúpus eritematoso sistêmico (LES). No mais, não há nos autos documentos ou depoimentos que possam comprovar ter ocorrido falha na prestação do serviço e que essa falha possa ter sido a causa de o paciente ter contraído pneumonia, ou as outras doenças por falta de higiene hospitalar. **Evidencia-se dos autos que a paciente já foi internada com várias complicações graves e que, certamente, a levaram a óbito e isso se extrai, sem maiores dificuldades, dos prontuários médicos** de fls. 31/32. O fato de a paciente ter contraído pneumonia no hospital não significa, convenha-se, tenha sido em razão das condições de higiene. Ao menos não detectei essa prova nos autos." (fls. 406-407, e-STJ). A revisão desse posicionamento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.²⁶ (grifos nossos)

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2013/0336203-7*. Segunda Turma. Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 25/03/2014. Publicado em: 15/04/2014.

5 O DIREITO DE NÃO SABER DO PACIENTE EM OUTROS PAISES

5.1 França

O direito de recusar informação médica já é expressamente previsto em alguns países, entre eles a França, país de legislação avançada no que diz respeito às normas de Direito Sanitário e Bioética. A legislação francesa reúne as principais normas de proteção direta e indireta à saúde em um verdadeiro compêndio sobre o assunto, o Code de La Santé Publique, com mais de seis mil artigos.

O art. 1111-2 do referido código traz, como no Brasil, a regra do direito de ser informado. Porém prevê exceções como aquela em caso de atendimento de urgência necessário ou ante a impossibilidade de proceder a informação, mormente ante a inconsciência do paciente.

Em sua parte final, o dispositivo elenca a exceção do direito do paciente de 'não saber', o que o Código prefere chamar de direito do paciente em ser mantido em ignorância sobre sua saúde. O art. 1111-2 assim dispõe:

Artigo L1111-2

Toda pessoa tem o direito de ser mantida informada sobre seu estado de saúde. Esta informação alcança as diferentes investigações, tratamentos ou ações de prevenção que são propostas, sua utilidade, sua eventual urgência, suas consequências, os riscos frequentes ou graves normalmente previsíveis que eles comportam, como também sobre as soluções terapêuticas alternativas possíveis e sobre as consequências previsíveis em caso de recusa. Quando, posteriormente à execução das investigações, tratamentos ou ações preventivas, riscos novos forem identificados, a pessoa em questão deve ser informada, salvo em caso de impossibilidade de a encontrar.

Esta informação incumbe à todo profissional de saúde dentro do quadro de suas competências e com o respeito às regras profissionais que lhes são aplicadas. Somente a urgência ou a impossibilidade de informar podem dispensá-la.

Esta informação deverá ser transmitida durante uma conversa particular.

A vontade de uma pessoa de ser mantida em ignorância sobre um diagnóstico ou prognóstico deve ser respeitada, salvo quando terceiros são expostos a um risco de transmissão.¹ (grifos nossos, tradução nossa)

¹ No original: "Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements

A exceção ao direito de informação deve prevalecer, no Direito francês, quando o paciente manifestar sua vontade em ser mantido em ignorância acerca de um diagnóstico ou um prognóstico. O artigo dispõe que a exceção somente não será permitida quando terceiros ficarem expostos a um risco de transmissão e puderem ser contaminados pela doença. Trata-se de casos de perigoso contágio, a exemplo das doenças sexualmente transmissíveis (DST), que, se não informadas ao paciente, podem ser transmitidas ao parceiro sexual.

A Ordem Nacional dos Médicos da França (Ordre National de Médecins) tem orientação no mesmo sentido, assegurando o direito de ‘não saber’ ao paciente e ao mesmo tempo à saúde de terceiros, com previsão no art. 35 do Código de Deontologia Médica:

Artigo 35 (remissão ao artigo R.4127-35 do Código de Saúde Pública):

O médico deve à pessoa que ele examina, cuida ou orienta, uma informação leal, clara e apropriada sobre seu estado de saúde, sobre as investigações e os cuidados que lhe são propostos. Durante toda duração da doença, o médico deve levar em consideração a personalidade do paciente quando de suas explicações e velar pela compreensão das mesmas.

Todavia, quando uma pessoa pede para ser mantida em ignorância sobre um diagnóstico ou prognóstico, sua vontade deve ser respeitada, salvo se terceiros forem expostos a um risco de contaminação.² (grifos nossos, tradução nossa)

Especificamente sobre o direito de revelação sobre um prognóstico clinicamente detectado pelo médico como fatal, a Ordem Nacional dos Médicos

ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.” (FRANCE. *Code de la Santé Publique*. Disponível em:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDB4F2154C0BEAAE9FC025FAC1EC893C.tpdjo09v_2?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140420>. Acesso em: 28 mar. 2014.)

² No original: “Article 35 (article R.4127-35 du code de la santé publique) : Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination.” (FRANCE. Article 35 - Information du patient. *Ordre National des Medecins*. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>>. Acesso em: 4 abr. 2014.)

franceses dispõe, no mesmo dispositivo, que a informação deve ser revelada aos mais próximos do paciente, devendo estes ser prevenidos quanto ao estado grave.

Determina também que a informação somente não será dada em três casos: ou excepcionalmente (a norma não detalha estas ocasiões); ou quando o enfermo previamente tiver proibido a revelação (o que pode ocorrer através de um testamento vital, por exemplo); ou ainda quando tiver sido designado um responsável pelo paciente para receber a informação em seu lugar.³

Veja-se que a norma francesa resguarda o paciente que não deseja saber ainda que o diagnóstico seja provavelmente fatal, assegurando a ele o direito de proibir que seja revelado a quem quer que seja os dados relativos à sua saúde.

A gravidade do diagnóstico é irrelevante para o Direito francês, que preconiza a relativização do direito de informação caso seja esta a vontade do paciente. Nesse sentido, Anne Laude, Bertrand Mathieu e Didier Tabuteau:

Uma outra derrogação ao direito de informação resulta da vontade da pessoa em ser mantida em ignorância acerca de um diagnóstico ou de um prognóstico, **qualquer que seja a sua gravidade**.⁴ (grifos nossos, tradução nossa)

Como se percebe, há no Direito francês um profundo respeito pela vontade do paciente no que se refere ao recebimento de informações em saúde.

5.2 Argentina

O país argentino também assegura o direito de ‘não saber’. Nessa pátria, ele é chamado de direito de não receber informação, diferentemente da expressão francesa ‘direito de ser mantido em ignorância’.

A previsão legal se encontra na Ley del Derecho del Paciente, Lei n. 26.529, de 2009, art. 2, ‘f’:

³ No original: “Un pronostic fatal ne doit être révélé qu’avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.” (FRANCE. Article 35 - Information du patient. *Ordre National des Medecins*. Disponível em: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>. Acesso em: 4 abr. 2014.)

⁴ No original: “Une autre dérogation au droit à l’information resulte de la volonté d’une personne d’être tenue dans l’ignorance d’un diagnostic ou d’un pronostic, **quelle qu’en soit la gravité**.” (LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. Paris, France: Presses Universitaires de France, 2007. p. 339)

Artigo 2º - Direitos do paciente. Constituem direitos essenciais na relação entre o paciente e, os profissionais de saúde, os agentes de seguro de saúde, e quaisquer reflexos que sejam derivados destas, os seguintes:

[...]

- f) Informação sanitária. O paciente tem direito a receber a informação sanitária necessária vinculada a sua saúde. **O direito à informação sanitária inclui o de não receber a mencionada informação.**⁵ (grifos nossos, tradução nossa)

E o art. 3º socorre quanto à definição da expressão ‘informação sanitária’, assim trazendo:

Artigo 3º - Definição. Para efeitos da presente lei, entende-se por informação sanitária aquela que, de maneira clara, suficiente e adequada à capacidade de compreensão do paciente, informe sobre seu estado de saúde, os estudos e tratamentos que forem necessário realizar e a previsão de evolução, riscos, complicações ou sequelas dos mesmos.⁶ (tradução nossa)

O Direito argentino, portanto, ainda que não detalhe, como no Direito francês, as circunstâncias em que poderia se dar o direito de ‘não saber’, é expresso em defendê-lo.

5.3 Espanha

Outro país que protege o paciente que não deseja ser informado é a Espanha. A lei espanhola é de 2002 e foi promulgada exatamente para promover a defesa da autonomia do paciente e regulamentar obrigações específicas em matéria de informação e documentação clínica.

O art. 4º da Lei n. 41/2002 está inserido no Capítulo II (cujo título é “El derecho de información sanitária”) e dispõe o seguinte:

⁵ No original: “Artículo 2º - Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. (ARGENTINA. *Ley 26.529, Octubre 21 de 2009. Ley de Derechos del Paciente.* Disponível em: <<http://www.msal.gov.ar/sida/index.php/informacion-general/ley-de-sida-y-otras-normas/ley-de-derechos-del-paciente>>. Acesso em: 8 abr. 2014.)

⁶ No original: “Artículo 3º - Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.” (*Idem, ibidem*)

Artigo 4º. Direito à informação assistencial.

Os paciente têm direito a conhecer, em razão de qualquer intervenção no âmbito de sua saúde, toda a informação disponível sobre a mesma, ressalvando-se as exceções previstas em lei. Ademais, toda pessoa tem direito a que se respeite sua vontade de não ser informada. A informação, que em regra geral será transmitida verbalmente, narrando a história clínica, compreende no mínimo a finalidade e a natureza de cada intervenção, seus riscos e suas consequências.⁷ (tradução nossa)

Na mesma linha dos outros países, o legislador espanhol consagrou como regra o direito de informação, ressalvando, no entanto, o direito de 'respeito à vontade do paciente que não deseja ser informado'.

David Larios Risco, espanhol membro do Comité de Ética y Bienestar Social de Castilla-La Mancha, ao discorrer sobre a regulação espanhola acerca das Diretivas Antecipadas (na Espanha chamado de Instrucciones Previas), reafirma o direito de não recebimento de informação:

A atual regulamentação da tomada de decisões no processo clínico se fundamenta no respeito à dignidade humana, à autonomia da vontade e às resoluções livremente adotadas pelas pessoas no âmbito de sua saúde (art.2º da Lei 41/2002) e contempla, junto das manifestações tradicionais desta autonomia (direito de ser informado e **de direito de não receber informação**, direito de consentir e de rechaçar o tratamento) uma vertente nova: a possibilidade de que a pessoa decida acerca dos cuidados e dos tratamentos que quer ou não quer receber não somente de imediato, mas também em perspectiva futura, isto é, para futuras situações em que, por várias razões não seja capaz de expressar pessoalmente seus desejos.⁸ (grifos nossos)

⁷ No original: "Artículo 4. Derecho a la información asistencial. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias." (ESPAÑA. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 8 abr. 2014.)

⁸ "La actual regulación de la toma de decisiones en el proceso clínico se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, a la autonomía de la voluntad y a las resoluciones libremente adoptadas por las personas en el ámbito de su salud (art. 2 de la Ley 41/2002) y contempla, junto a las manifestaciones tradicionales de esa autonomía (derecho a ser **informado y a no recibir información**, derecho a consentir y a rechazar el tratamiento) una vertiente nueva: la posibilidad de que la persona decida a cerca de los cuidados o tratamiento que quiere o no quiere recibir no solo de manera actual, sino de manera prospectiva, es decir, de cara a futuras situaciones en las que por diversas razones no sea capaz de expresar personalmente sus deseos." (RISCO, David Larios. *Decisiones al final de la vida en el ordenamiento jurídico español. Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*. Brasília, Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário, v. 1, n. 2, p. 6-31, jul./dez. 2012. p. 17.)

5.4 Bélgica

A Bélgica trata do assunto na lei relativa aos direitos do paciente do país, a ‘Loi relative aux droit du patient’, de 22 de agosto de 2002.

O art. 7º da lei em comento dispõe em seu § 1º sobre o direito do paciente em ser informado, excepcionando essa regra logo em seguida, no § 3º, que se destaca:

Art. 7º. [...]

§ 1º. O paciente tem direito, da parte do profissional médico, a todas as informações que concernem e podem lhe ser necessárias para compreender seus estado de saúde e sua evolução provável.

[...]

§ 2º. [...]

§ 3º. **As informações não são fornecidas ao paciente se este formular expressamente seu pedido**, a menos que a ausência de comunicação dessas informações acarrete manifestamente um grave prejuízo para a saúde do paciente ou de terceiros e sob a condição do médico ter consultado previamente um outro colega de profissão à sua escolha e ter ouvido a pessoa de confiança eventualmente designada pelo paciente (como autoriza o §2º, alinea 3 do mesmo dispositivo).⁹ (grifos nossos)

A lei belga assegura a liberdade do paciente de recusar a informação, registrando que as informações não serão fornecidas ao paciente se este formular expressamente a demanda. Exige a lei, entretanto, pressupostos que devem ser analisados e estar presentes para a legitimação do direito.

Primeiramente, a lei dispõe que a ausência de comunicação da informação não pode acarretar manifesto prejuízo à saúde do paciente ou de terceiros. Em segundo lugar, deve o profissional de saúde responsável proceder à consulta de outro colega médico sobre o pedido do paciente. E por último, deve o médico ouvir a pessoa de confiança do paciente, se este a tiver indicado.

⁹ No original: “Art. 7. § 1er. Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable.

§ 2. [...]

§ 3. Les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande à moins que la non-communication de ces informations ne cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers et à condition que le praticien professionnel ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désignée dont question au § 2, alinéa 3.” (BELGIQUE. *Loi relative aux droits du patient*. 22 Août 2002. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002082245>. Acesso em: 10 abr. 2014.)

5.5 Portugal

A legislação portuguesa traz indiretamente a promoção do direito de não ser informado através da Lei n. 12/2005, de 26 de janeiro, que dispõe sobre a informação genética pessoal e a informação de saúde do paciente. Estabelece o art. 3º:

Art. 3 - Propriedade de informação em saúde

I – O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, **salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas** e em que seja inequivocamente demonstrado que isso lhe possa ser prejudicial, ou de o fazer comunicar a quem seja por si indicado.¹⁰ (grifos nossos)

A Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (adotada pela 34ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, setembro de 1995) trata, por sua vez, especificamente do assunto, reforçando o direito do paciente de recusar a informação em seu art. 7º, 'd':

Art. 7º [...]

- a) O paciente tem o direito de receber informação sobre as anotações em qualquer de seus registros médicos e de ser informado integralmente sobre o estado de sua saúde, inclusive dos fatos médicos sobre sua condição;
- b) Excepcionalmente pode ser negada informação ao paciente quando existir uma boa razão para acreditar que esta informação criaria um risco sério para sua vida ou sua saúde;
- c) A informação deve ser dada de maneira apropriada a sua cultura e de tal forma que o paciente possa entender;
- d) O paciente tem o direito a não ser explicitamente informado a seu respeito, a menos que isso colocasse em risco a proteção da vida de outra pessoa;**
- e) O paciente tem o direito de escolher qual dos seus familiares deve ser informado.¹¹ (grifos nossos)

¹⁰ PORTUGAL. *Lei n. 12/2005, de 26 de janeiro*. Informação genética pessoal e informação de saúde. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

¹¹ PORTUGAL. *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente (1981)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

5.6 Convenção de Oviedo

Derradeiramente, há que se destacar que o direito de não receber informação também é respeitado em diversos outros países europeus, os quais subscreveram e aprovaram os termos da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina.

A referida convenção teve seus debates iniciados em 1996 na cidade de Oviedo, capital das Astúrias na Espanha, sendo por isso publicamente conhecida como Convenção de Oviedo. A discussão durou dez anos até que fosse formalizado seu texto.

Ficou consignado, naquela oportunidade, a regra do direito de respeito à pessoa humana no que diz respeito às informações sobre sua saúde, ressaltando-se no item 2 do art. 10¹² a necessidade de se respeitar a vontade expressa daquele que não quiser ser informado:

Artigo 10. - Vida privada e direito à informação

1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.

2 - Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. **Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada.**¹³ (grifos nossos, tradução nossa)

Curiosamente, o item 3 do mesmo artigo prevê que o direito de recusa poderá ser excepcionado, o que deve acontecer somente no interesse do paciente, redação que acaba por permitir a subjetividade das decisões e amplitude de interpretações: “3 - A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2”.¹⁴ (tradução nossa)

Ressalte-se que assinaram a Convenção os seguintes países: Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Islândia, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo,

¹² ESPAÑA. *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano com respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina). Oviedo, 4 abril 1997. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Spanish.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

Países Baixos, Noruega, Portugal, Romênia, San Marino, Eslovênia, Espanha, Suécia, Macedônia, Turquia e Eslováquia.

CONCLUSÃO

A informação somente tem razão de existir se for como instrumento viabilizador da liberdade do homem: a liberdade de pensar, a liberdade de agir, a liberdade de convicção, a liberdade de decidir, a liberdade de ser si mesmo.

É a informação que propicia o conhecimento e permite o exercício de uma decisão mais consciente, tanto que foi erigida a status de direito fundamental pela Constituição Brasileira de 1988. Mas nem sempre o conhecimento de uma situação traz benefícios àquele que será o destinatário da informação.

A ciência moderna já comprovou e, no curso do tempo, vem reforçando as descobertas acerca da estrita relação entre as emoções e os resultados negativos que estas geram para a saúde do ser humano. Esse aval da ciência deixa claro que não se deve transmitir uma informação que patentemente trará prejuízos à saúde de alguém, principalmente quando esse alguém expressamente declarou desejar ser mantido em ignorância sobre aquela informação.

O conteúdo e o modo como a informação é veiculada ao paciente podem ser determinantes para o sucesso terapêutico ou contribuir para o total fracasso da terapia.

O objeto contratual decorrente do contrato consumerista de prestação de serviços médicos é a promoção e recuperação da saúde do paciente. Saúde que é um direito fundamental previsto na Carta Magna.

A não relativização do dever de informação nas relações de consumo nos casos em que um paciente pede para não ser informado prejudica a realização do objeto do contrato, na medida em que haverá provável declínio da saúde do paciente, nos moldes reconhecidos pela ciência.

Embora a legislação pátria não disponha de normas específicas sobre o direito de não saber, outros países já incluem esse direito nos respectivos ordenamentos jurídicos. No Brasil, entretanto, ainda que não existam regras jurídicas específicas, podem se valer, médico e paciente, da utilização da principiologia constitucional.

Restou demonstrado que o dever de informação pode ser relativizado para atender ao princípio da autonomia do paciente, especialmente em decorrência dos comandos normativos relativos ao princípio da boa-fé (em sua acepção objetiva), à

perfeita compreensão da real abrangência e finalidade do próprio princípio da informação.

Em que pese o contrato de prestação de serviços médicos ser regido pela lei consumerista, que exige a prestação de informação clara e adequada, não estará eivado de vício caso o profissional assumira conduta contrária, apoiada no interesse individual expresso do paciente. Tudo em razão do princípio da boa-fé que, em sua função interpretativa, hermenêutica e integratória colocam fim à discussão.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. *Responsabilidade e informação*. Efeitos jurídicos das informações, conselhos e recomendações entre particulares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALBUQUERQUE, Paula Danielle Santa Maria de; ARAUJO, Laís Záu Serpa de. Informação ao paciente com câncer: o olhar do oncologista. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 57, n. 2, p. 144-152, Apr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302011000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

AMARAL, Júlio Rocha do; OLIVEIRA, Jorge Martins de. *O sistema límbico: o centro das emoções*. Disponível em: <<http://www.cerebromente.org.br/n05/mente/limbic.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

ANDRADE, Moacir. *Médicos devem estar atentos*. *Jornal Pampulha*, Belo Horizonte, 16 a 22 de fevereiro de 2013, p. 4.

ARGENTINA. *Ley 26.529, Octubre 21 de 2009*. Ley de Derechos del Paciente. Disponível em: <<http://www.msal.gov.ar/sida/index.php/informacion-general/ley-de-sida-y-otras-normas/ley-de-derechos-del-paciente>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 37).

BELGIQUE. *Loi relative aux droits du patient*. 22 Août 2002. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002082245>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORELLI, Luiz Gustavo Zanini. A informação na relação médico-paciente: a eficácia horizontal das normas constitucionais. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106-125.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958*. Aprova o Regulamento do Conselho Federal e Conselhos regionais de Medicina a que se refere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em: 4 fev. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jan. 2014.

BRASIL. *Lei n. 10.202, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 jan. 2014.

BRASIL. *Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 4 fev. 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 4 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2013/0336203-7*. Segunda Turma. Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 25/03/2014. Publicado em: 15/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. *JusBrasil*. Artigo publicado em 17/03/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100399456/principio-da-boa-fe-objetiva-e-consagrado-pelo-stj-em-todas-as-areas-do-direito>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1254141/PR*. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do julgamento: 04/12/2012. Data da publicação: DJe 20/02/2013.

BUCHALLA, Anna Paula. As doenças da emoção. *Veja.com*. Medicina. Edição 2037, 5 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/051207/p_160.shtml>. Acesso em: 29 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 1931, de 24 de setembro de 2009*. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em: 4 fev. 2014.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. *Guia da relação médico-paciente 2001*. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=11>. Acesso em: 5 maio 2014.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos; *Comentários ao Código de Ética Médica: Resolução CFM n°1.931 de 17 de setembro de 2009*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 3. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

ESPAÑA. *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidade del ser humano com respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina). Oviedo, 4 abril 1997. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Spanish.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2014.

ESPAÑA. *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188>. Acesso em: 8 abr. 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FAASSE, K.; PETRIE, K. J. The Nocebo effect: patient expectations and medication side effects. *PublMed*. US National Library of Medicine National Institute of Health. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23842213>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRANCE. Article 35 - Information du patient. *Ordre National des Medecins*. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-35-information-du-malade-259>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

FRANCE. *Code de la Santé Publique*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DDB4F2154C0BEAAE9FC025FAC1EC893C.tpdjo09v_2?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20140420>. Acesso em: 28 mar. 2014.

GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GABRICH, Frederico de Andrade. O caráter normativo dos princípios. *Revista Meritum de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 373-408, jul./dez. 2007.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O princípio da informação*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. Paris, France: Presses Universitaires de France, 2007.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Consentimento informado do paciente. In: GOZZO, Débora (coord.). *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 91-115.

MARANHÃO, Mara. (Psiquiatra do hospital israelita Albert Einstein). *Como o efeito nocebo funciona*. *Jornal Pampulha*, Belo Horizonte, 16 a 22 de fevereiro de 2013, p. 4.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e a boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0713.07.077010-0/001*. Rel. Des. Fernando Caldeira Brant. 11ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13/04/11. Data de publicação: 25/04/11.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.05.816818-8/001*. Relator: Des.(a) Marcos Lincoln. 11ª Câmara Cível. Data de julgamento: 17/11/2010. Data de publicação: 26/11/2010.

MYSSIOR, Silvia Grebler. *Doenças e manifestações psicossomáticas na infância e na adolescência: Construindo uma interseção da psicanálise com a pediatria*. 2007. 143 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ECJS-76KNHC/silvia_grebler_myssior.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 junho de 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das

Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-11-20.html>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)*. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

PEREIRA, Cilene; TARANTINO, Monica; OLIVEIRA, Monique. Livre-se do mau humor. *Revista Isto É online*. Medicina & Bem-Estar. Edição n. 2234. Publicado em 31 de agosto de 2012. Atualizado em 11 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/234273_LIVRE+SE+DO+MAU+HUMOR>. Acesso em: 7 mar. 2014.

PORTUGAL. *Declaração de Lisboa sobre os direitos do paciente (1981)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/14lisboa.html>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

PORTUGAL. *Lei n. 12/2005, de 26 de janeiro*. Informação genética pessoal e informação de saúde. Disponível em: <<http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70042067538*. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 25/05/2011. Publicado em: 30/05/11.

RISCO, David Larios. Decisiones al final de la vida en el ordenamiento jurídico español. *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*. Brasília, Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário, v. 1, n. 2, p. 6-31, jul./dez. 2012.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. In: _____. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.