XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

---

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-696-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio numerus clausus; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE: A INFORMAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

TRANSPARENCY IN DOCTOR-PATIENT RELATIONS: INFORMATION IN LIGHT OF THE RIGHTS OF THE PERSONALITY

Luis Carlos Mucci Júnior
Sandra De Souza Oliveira Mucci

Resumo

O artigo traz uma questão que envolve a renúncia temporária ao direito fundamental de informação, associado à saúde que por sua vez é um direito da personalidade do paciente, chocam-se os princípios ligados à reserva da vida privada, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito, em contrapartida a solidariedade e responsabilidade, tendo como solução à casuística, com base no bom senso, nos valores e princípios que emanam da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo a dignidade da pessoa humana um harmonizador desses princípios e valores apresentando uma maior transparência na relação médico-paciente.

Palavras-chave: Transparência, Médico-paciente, Autonomia, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

The article brings up a question that involves the temporary renunciation of the fundamental right to information, associated with health that in turn is a right of the patient's personality, clash the principles regarding to the privacy right, the right to free development of personality, in the integrity and subject self-determination, in contrast to solidarity and responsibility, having as a solution to the casuistry, based on common sense, values and principles that emanate from the Brazil’s Federative Republic Constitution, it is being the human dignity a harmonizer of these principles and values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transparency, Doctor-patient, Autonomy, Freedom

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo trazer à baila a possiblidade de um paciente temporariamente renunciar à informação, mesmo em se tratando a informação de direito fundamental e a saúde direito da personalidade do paciente.

Aceitando todo o procedimento e tratamento que o médico achar por bem, nesta situação parece que não necessitará do esclarecimento, uma vez que não saber a gravidade da sua situação é um princípio da autonomia da pessoa humana.

Quando o paciente resolve em dizer não a informação, está sim privilegiando a reserva da vida privada, ao direito do livre desenvolvimento da personalidade, a sua própria integridade e autodeterminação, em contrapartida os contra-argumentos baseiam-se na solidariedade e na responsabilidade.

O presente estudo utiliza, em regra, o método de abordagem dedutivo, pois pressupõe a busca do conhecimento pelo levantamento de leis, doutrinas e princípios gerais de direito, demonstrando como os direitos da personalidade podem ser aplicados dando um lugar de destaque ao ser humano frente ao novo modelo do ordenamento jurídico em vigor.

O instrumento de pesquisa foi o método bibliográfico, fazendo um percurso em que o primeiro capítulo trata do princípio da dignidade da pessoa humana, constando quão antigas são as prerrogativas inerentes à condição humana e direitos da personalidade.

No segundo capítulo, apresentamos conceito, evolução dos direitos da personalidade, no ordenamento brasileiro.

No terceiro capítulo, falamos então da possiblidade de um paciente dizer não a informação e sim ao tratamento, mormente dos direitos e deveres na relação médico-paciente e do novo regime onde o paciente tem maior participação.

A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu e reconheceu os direitos fundamentais e por sua vez deveriam ser direitos absolutos dos brasileiros, inserindo-os nas cláusulas pétreas, sendo inconstitucional qualquer forma de tentativa de retirá-los ou suprimi-los.

E foi através do princípio da dignidade da pessoa humana, que foram assegurados os direitos da pessoa humana, sendo a dignidade um verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito. Ademais, o constituinte originário cuidou para que os direitos individuais e sociais fossem garantidos em decorrência da dignidade da pessoa humana, e ainda, garantiu que tais direitos pudessem ser exigidos do Poder Público a todo tempo e em relação a todos.

Assim, percebe-se que a dignidade da pessoa humana no ordenamento brasileiro é um princípio matriz da Constituição Federal, que salvaguarda os direitos fundamentais e direitos da personalidade, vislumbrando que nem todos os direitos da personalidade estão taxativamente previstos no texto constitucional.

Certo é que, mesmo positivados, os direitos fundamentais e direitos da personalidade nem sempre têm sua efetividade assegurada, pois ainda se vislumbram problemas em sua tutela, por vários motivos, seja por falta de previsão ou qualquer outro impedimento que aparece no decorrer do tempo, tendo em vista a elasticidade da tutela dos direitos da personalidade.

Os três poderes, ou seja, o Poder legislativo, o Poder executivo e o Poder judiciário, em todas as suas ações deveriam ter como base o respeito à pessoa humana, já que o homem é um fim em si mesmo e tudo que ocorre faticamente deve ter como premissa e base para a sua dignidade. As coisas têm preço, e as pessoas, dignidade, conforme preceituado por Immanuel Kant (2001, p. 77).

Tudo que completa, satisfaz o ser humano está vinculado à noção de dignidade humana, sendo a dignidade um valor íntimo que ninguém pode retirar ou subtrair do ser humano.

Todo ser humano deve ter o seu valor como pessoa reconhecida pelo Estado, devendo assim ser garantidos os seus direitos da personalidade, não podendo ser aviltado tal direito por nenhum poder ou norma, seja ela qual for.

O Estado passa a se preocupar de tal maneira com a dignidade da pessoa humana, que sua proteção por meio de preceito constitucional não é a questão fulcral, mas passa a se referir a dignidade da pessoa humana como um fundamento da existência do Estado, passando o ser humano a ocupar o centro do ordenamento jurídico, nos direitos de maior importância e na consciência da exigência do bem comum de todos.

A dignidade é um macroprincípio, do qual se extraem princípio e valores indispensáveis, a saber: a liberdade, a autonomia privada, a cidadania, a igualdade, a alteridade e a solidariedade, e muitos outros que se difundem pelo ordenamento jurídico ou ainda pelo contexto social.

Como dito alhures, a pessoa humana é o centro do direito, e o princípio da dignidade é o que dá fundamento ao sistema jurídico. O artigo 3º da Constituição Federal almeja uma sociedade livre, justa e solidária, assim, a dignidade é o alicerce mínimo do ordenamento jurídico pátrio.

Carmem Lúcia Antunes Rocha diz que a dignidade antes de ser a pedra de toque primordial de todo ordenamento jurídico, era um instituto de direito natural, que estava presente até mesmo antes do ser vivo nascer. Dessa forma, não seria necessário nenhum ato para que seja alguém fosse declarado “ser digno”:

Essa ideia vem sendo estudada e difundida há tempos, sendo na atualidade este pensamento indispensável para a humanidade. Hodiernamente, as reações civis ganharam uma despatrimonialização, ou ainda, uma reforma do direito, com a intenção de colocar o ser humano no centro de todo o direito e as demais coisas em um segundo plano.

Dentro do contexto da humanidade, faz-se necessário traçar um breve um histórico da dignidade a partir de quando emergiu a dignidade da pessoa humana na vida do ser humano.

É sabido que a noção de dignidade é fruto de inegáveis lutas, ocorridas após grandes batalhas e guerras nas quais havia disputa de poder, entrementes, não se tem o marco primordial de sua existência, havendo divergência acerca disso.

Antigamente, a dignidade na Grécia era medida de acordo com a posição social do sujeito, e apenas os cidadãos poderiam participar da *pólis*, enquanto os escravos eram tratados como coisas.

Alguns estudiosos atribuem o nascedouro da dignidade à Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal foi um marco histórico da humanidade, com o fim de impedir os horrores vivenciados durante essas guerras.

Para evitar chacinas e carnificinas humanas surgiram instrumentos de defesa contra ações e tratamentos degradantes ao ser humano, dos quais podem ser citados a Organização das Nações Unidas, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Veja que não há consenso em relação à data da origem da dignidade perante os povos da humanidade, entrementes, só a título de registro, existiam algumas Constituições que já previam a dignidade antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Carta Magna de 1215, assim como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proveniente da Revolução Francesa tiveram influência e participação na colocação da dignidade no carrear da história, entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que traçou os contornos da dignidade a nível internacional após as barbaridades vivenciadas na Segunda Grande Guerra, sendo esse o marco inicial e o verdadeiro surgimento da dignidade humana no carrear da história, conforme ressalta Spineli (SPINELI, 2008, p. 376).

A Constituição Republicana da Itália em 1947 no seu artigo 3º, já fazia menção ao termo dignidade (ITÁLIA, 1947)[1].

Em 1949, a Constituição da República da Alemanha, no art. 1.1 proclamou a dignidade: "A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público" (ALEMANHA, 1949).

---

[1] Art. 3º: "Tutti i cittadini hanno pari dignitá sociale e sono eguali davanti ala legge, senza distinzione di sesso, di razza, di língua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Tradução livre: Todos os cidadãos têm dignidade social e são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condição pessoal e social.

Todas as Constituições, após esses acontecimentos que tivessem como base fundamental o Estado Democrático de Direito, deveriam inserir a palavra dignidade como palavra de ordem.

Ainda segundo Cleide Fermentão, "[...] o que deve ser considerado na teoria Kantiana é que ao tratar o homem como um fim em si mesmo, além de não prejudicar ninguém, deve-se fazer o máximo para melhorar a vida do outro, trazendo condições dignas" (2007, p. 72).

DIREITOS DA PERSONALIDADE

A Constituição da República Federal da Alemanha ou Lei Fundamental de Bonn, tutelou a dignidade da pessoa humana logo no seu início, asseverando *"que são invioláveis e inalienáveis os direitos do homem",* e ainda determinou que a dignidade é *"intangível e merecedora de respeito e proteção de todos"* (ALEMANHA, 1949).

No Código Civil Alemão (Burgerliches Gesetzbuch), constam outros direitos, cuidando de resguardar de forma ilimitada os direitos, extrapolam os próprios limites impostos pela Constituição, já que os limites seriam "apenas" os da moralidade e "idêntica liberdade que possui a parte contrária na relação jurídica, aplicando-se, em casos de conflito, a proporcionalidade e a ponderação dos bens postos em litígio" (CANTALI, 2009, p. 56).

O Código Civil italiano de 1942, em que pese ter sistematizado os direitos da personalidade, a doutrina não foi impactante, pois na Itália a doutrina era marcada pelo positivismo legal. Com a Constituição de 1947, os direitos da personalidade seriam apenas aqueles positivados na Carta Constitucional.

Na França, havia desconhecimento sobre os direitos da personalidade tendo em vista que o Código Civil francês que foi feito sem qualquer referência a tais direitos, ao passo que na Itália a doutrina positivista defendia a tutela para que estes direitos pudessem ser protegidos (CANTALI, 2009, p. 58).

Com o Código Civil francês houve a *"inserção de uma clausula geral de proteção da personalidade em razão da dificuldade de regulamentar com detalhes os referidos direitos"* (CANTALI, 2009, p. 58).

Entrementes, a adesão ocorreu em 1958, quando a Constituição reconheceu os princípios inseridos na Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Tanto o Código Civil Português de 1966 e a Constituição portuguesa de 1976 fizeram menção à tutela dos direitos da personalidade (CANTALI, 2009, p. 59).

Assim, tem-se que os direitos da personalidade incidem sobre a vida, a saúde física e mental, estado de espírito, integridade física, honra, liberdade, nome, imagem, a reserva sobre a intimidade da vida privada, caracterizando um "[...] círculo de direito necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa" (PINTO, 1996, p. 87).

Desta feita, os direitos da personalidade são categorias especial de direitos subjetivos que se fundam na dignidade da pessoa humana, garantindo o gozo e respeito ao ser humano, em todas as manifestações físicas e espirituais (BELTRÃO, 2014, p. 12).

A tutela jurídica da personalidade da pessoa humana e dos direitos que dela decorrem, traduz os chamados direitos da personalidade.

No Direito Romano, nem todas as pessoas eram detentoras de capacidade jurídica, pois esta era limitada àqueles que apresentassem o conjunto de *status*: *status libertatis, status civitatis* e o *status familiae,* sendo que os últimos dependiam do primeiro.

Escravos não tinham direitos da personalidade, da forma que estes direitos são reconhecidos hoje, vez que eram reduzidos a *res* e não eram nem mesmo considerados *personas.* Ao passo que estrangeiros tinham sua capacidade jurídica limitada, reduzida.

Já os dependentes do *pater familias* que era o chefe, administrador e sacerdote da família, também de igual modo não tinham a personalidade reconhecida, conforme explica Szaniawski:

> No direito de Roma, a personalidade não decorria da lei nem esta lhe servia de substrato. Pelo simples fato de nascer ser humano adquiria a personalidade, possuindo-a tanto o homem livre como o escravo.
>
> Era um *caput,* também, isto é, mais uma cabeça existente no seio do grupo social. Desta forma, não devemos visualizar a pessoa para o Direito romano segundo nossa concepção atual, pois ambas diferem substancialmente (1993, p. 20).

Embora a capacidade fosse concedida de forma diversa e não inerente a todas as pessoas, Roma preservava os direitos da personalidade de forma isolada, diversamente do que acontece na atualidade.

São Tomás de Aquino dizia que a pessoa é um ser dotado de substância individual, com dignidade. Além dele, outros aceitavam a ideia de valorização do indivíduo com base na dignidade humana (SZANIAWSKI, 1993, p. 23).

Após a "revolução dos barões contra o Rei João-Sem Terra" e o desenvolver do liberalismo na Inglaterra, é que as ideias de proteção da pessoa humana começaram a ter força, pulso, até a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem, no final do Séc. XVIII (SZANIAWSKI, 1993, p. 25).

Influenciada pelas conquistas liberais em 1776, na América do Norte, surgiu a Declaração de Direitos do Bom Povo e a Declaração de independência das treze colônias inglesas (SZANIAWSKI, 1993, p. 25).

Em uma mesma direção na França com a Revolução de 1789, houve a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, levada por princípios políticos-filosóficos que davam valor aos direitos do homem, dando destaque à preservação dos direitos dos indivíduos, apenas no aspecto individualista, reconhecendo que haviam direitos naturais inerentes ao homem (SZANIAWSKI, 1993, p. 25).

Muitas outras declarações se seguiram desde a primeira declaração que objetivava a proteção dos direitos do homem, sendo a de 1949, votada pela Assembleia Geral da ONU considerada de grande importância. "No ano que seguiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi promulgada a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em 4.11.50". (SZANIAWSKI, 1993, p. 26).

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem em 1967, em Teerã, pela Conferência Internacional dos Direitos do Homem em 1968, tem-se que os direitos naturais "possuem, predominantemente, a denominação de direitos da personalidade" (SZANIAWSKI, 1993, p. 28).

DIREITOS E DEVERES DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Nos primeiros capítulos tratamos da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade, e partir daqui o trabalho começa a tomar a forma esperada para tentar solucionar uma pergunta que não quer calar. Pode o paciente dizer não a informação e sim ao tratamento? Veja que antes de chegarmos a tal resposta mostra evidente que a concepção individualista que se mostrou falha e insuficiente, necessitando de um novo regime, não mais patrimonialista, mas fundado na pessoa humana apresentando assim um novo regime contratual.

O NOVO REGIME

O conceito de contrato estava vinculado a um modelo liberal em que o Estado tem a função de garantir e proteger as liberdades individuais, o contrato (bem como a propriedade) era um mecanismo desse individualismo dando relevo máximo à autonomia da vontade, integrando um sistema divorciado da realidade, fruto de um modelo científico, atemporal e abstrato (RAGAZZO, 2009, p. 25).

Passado a pungente massificação das relações sociais, econômicas e jurídicas, fortalecido após revolução industrial, que foi mola propulsora para o aumento da capacidade de produção, surgiu o consumidor. No entanto, os códigos oitocentistas não apresentavam solução hábil para as mudanças da sociedade, o aumento de informações e a própria complexidade das novas relações jurídicas (RAGAZZO, 2009, p. 26).

Não obstante tornava-se necessário mudar o foco patrimonialista dos códigos oitocentistas, permitindo a solução de conflito existencial com dispositivos e mecanismos (PERLINGIERI, 2002, p. 153-242), daí denominado processo de repersonalização do Direito Civil (FACHIN, 2000, p. 1-77).

Restou evidente que a partir daí o nível de intervenção estatal no contrato dependeria do “grau de utilidade existencial do bem contratado”. Conforme Tereza Negreiros:

> É oportuno notar que o intervencionismo tem por interesse justamente incluir nas relações contatuais o caráter social que antes era desconsiderado no Estado liberal. É o que esclarece Cláudia Lima Marques, *in verbis*: "Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social [...]" (2002, p. 451).

A concepção individualista mostrou-se falha e insuficiente necessitando para enfrentar a sociedade pós-moderna se nortear em um novo foco, não mais patrimonialista, mas sim fundado na pessoa (AMARAL, 2003, p. 62-77).

Os direitos subjetivos (mormente a propriedade e o direito de contratar) ficaram condicionados a sua função social o que por sua vez gerou um novo conceito para contrato e propriedade. Segundo Maria Moraes,

> [...] a releitura dos conceitos de contrato, propriedade e família não foram a única consequência do princípio da solidariedade. Outras consequências práticas derivaram da sua aplicação, entre as quais os direitos humanos de terceira geração (direito ao meio ambiente sadio, ao desenvolvimento etc.), que serão mais à frente abordados (2001, p. 173).

Dessume-se que com a massificação das relações sociais, que aumentou a capacidade de produção, os códigos oitocentistas não apresentavam soluções, pois voltado para a propriedade, sendo necessárias relações próximas, colocando o ser humano em primeiro lugar, e ocorrendo o mesmo na relação médico-paciente, que clamava por mudanças, fundadas em relações mais próximas, intuito personae.

O padrão paternalista de assistência médica aparentemente seria mais cômodo e menos conflituoso, uma vez que o médico supostamente saberia o que é o melhor para o paciente e decidiria sem a interlocução. Contudo, o ponto de início para atenuar esse desiquilíbrio na relação médico paciente, e democratizá-la, seria transformar a linguagem técnica em linguagem comum para que haja entendimento e acordo de vontades entre os interlocutores, podendo assim compartilhar as decisões (PITHAN, 2009, p. 57).

O novo modelo de relação proposto pela Bioética preconizava uma relação dialética, onde o papel do médico era de informar o paciente de benefícios, riscos e desconfortos de procedimento e tratamentos, discutir com ele todas as alternativas cabíveis para que ele possa decidir qual das opções é melhor para ele, levando-se em consideração seu projeto de vida, valores e crenças. Lembremos que essa concepção bioética sobre o consentimento informado é menos um instrumento para evitar a responsabilização do médico, e mais um procedimento que permite uma escolha autônoma ao paciente (PITHAN, 2009, p. 65).

Esse surgimento se deu pelos estudos de Bioética que determinaram a necessidade de ser repensado o modelo tradicional da relação médico-paciente, na medida em que enfatizaram a autonomia das pessoas nas decisões que envolvam sua vida e saúde. O caráter paternalista da relação médico paciente não era mais adequado, sendo certo que a classificação desta deontologia médica como paternalista deriva da concepção de que o médico teria o poder exclusivo para decidir o melhor para o paciente, fato que não se coaduna com a nova realidade onde o paciente deve ser informado e ter sua autonomia respeitada pelo profissional de saúde.

A MUDANÇA DE PARADIGMA NA RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS E PACIENTES

Interessante observar que em alguns momentos da história o médico não foi admirado pelas suas habilidades curativas, já que era, não raras as vezes, perseguido e ameaçado pelas pesquisas e experiências que se colidiam com os valores morais e éticos. Talvez seja essa uma das razões que levaram os médicos a não darem maiores informações aos seus pacientes, por certo temendo qualquer tipo de represália. Independente de o médico ser amado ou odiado, será feito um breve histórico da evolução dessa relação entre médicos e pacientes, com o fito de esclarecer o avanço de uma abordagem paternalista da relação para o novo paradigma fulcrado na autonomia do paciente (RAGAZZO, 2009, p. 39).

A medicina grega (de médicos-filósofos hipocráticos) apresentou um modelo em que o paciente não teria qualquer participação no processo de decisão médica, sob a perspectiva de que essa seria a melhor forma de promover o tratamento. Os médicos visualizavam o paciente como uma simples e verdadeira criança, que deveria ficar divorciada desse processo decisório para o seu próprio bem. Esse modelo de médicos à época visava atingir o melhor para o

paciente, numa visão de beneficência médica. Por outra banda, o comportamento esperado pelo paciente era de obediência e de jamais contestar das decisões médicas (RAGAZZO, 2009, p. 40).

Na verdade, não se pode obter conclusões precipitadas, pois o cenário pode até parecer ruim à primeira vista, contudo o comportamento do médico em relação ao paciente era bem diferente do que se verifica hoje em dia, já que as práticas terapêuticas não eram desenvolvidas e a tecnologia era algo que sequer poderia ser imaginado, logo, a atuação do médico tinha que ser muito mais intimista (RAGAZZO, 2009, p. 41).

Havia uma compensação entre a falta de recursos técnicos e uma atuação baseada num conhecimento aprofundado das relações, características e peculiaridades do paciente. A doutrina define bem o papel representado pela profissão à época ao dizer que "o médico curava pela sua simples presença" (MACHADO, 2003, p. 11).

Em resumo, o paternalismo está ligado na relação do médico que por não ter outra opção tentava desenvolver uma relação *intuitu personae* com pacientes, tendo que colher maior e melhores informações sobre determinado paciente para encontrar os motivos da doença, as profilaxias e os possíveis tratamentos (RAGAZZO, 2009, p. 41).

Um fato muito pitoresco é que na relação paternalista, isso no inicio, o paciente não era encarado como um sujeito, mas sim como um objeto da prestação dos serviços médicos. Até o século XVII o paciente, na visão paternalista, era nada mais do que um corpo, um conjunto de órgãos reunidos dentro de um organismo e só, já que até aqui não havia estabelecida a ideia de personalidade do paciente, o que foi conquistado em momento ulterior.

> Em círculos pretensamente científicos da época, era quase uma aberração considerar o paciente um sujeito, e não apenas um corpo físico no qual se processam reações bioquímicas e elétricas". Logo, após, o autor revela a posterior mudança para considerar o paciente não mais como ente passivo, mas sim como aquele que sofre (*patior* – aquele que sofre, em latim) (ISMAEL, 2002, p. 46).

De qualquer maneira o modo de agir paternalista permanece até os dias atuais, e são muitos os médicos que impõem a relação assimétrica aos seus pacientes, impedindo de influenciar das decisões médicas que lhes dizem respeito, por não fornecerem informações

detalhadas acerca de diagnósticos, prognósticos e tratamentos. A medicina pós-moderna apresenta peculiaridades que eliminam o caráter *intuitu personae* da relação entre médicos e pacientes, deixando um alarde que o aspecto do paternalismo nos dias atuais foi mitigado, e quase eliminado nos últimos cinquenta anos.

A grande massificação tanto de relações sociais como econômicas acabou trazendo alterações na sociedade. E isso acabou por impactar na medicina, por conta dessa massificação surgiram mudanças que transformaram a prestação de serviços médicos, inclusive a relação entre médicos e pacientes (RAGAZZO, 2009, p. 42).

A relação entre médicos e pacientes, o processo de massificação da produção e dos serviços, tudo isso acabou por afastar direita ou indiretamente os médicos de seus pacientes. Entender isso não é uma tarefa fácil, pois passa por várias etapas. O desenvolvimento de tecnologia de laboratório e médica, o gerenciamento do tempo de consulta e ainda a intervenção de terceiros no contrato de prestação de serviços médicos acabou por distanciar os médicos de seus pacientes (RAGAZZO, 2009, p. 42).

Inicialmente antes de reportar aos aspectos que modificaram as relações próximas entre médicos e pacientes, faz-se importante trazer a noção de riscos que se associa à massificação da venda de bens e serviços, com a medicina. Os novos riscos trazidos pela sociedade massificada pós-moderna pode ter modificado a medicina, sendo na atualidade uma questão extremamente em evidência (RAGAZZO, 2009, p. 43).

Com a era industrial moderna, a noção de risco ganhou evidência, sendo certo que a doutrina dividiu em risco externo e risco fabricado. O primeiro, atinente aos eventos da natureza, são fortuitos. Já o segundo é uma consequência do maior avanço tecnológico proporcionado por maior conhecimento que decorre da intervenção humana após a revolução industrial (GIDDENS, 2000, p. 36).

Entre risco fabricado e avanços da medicina existe uma conexão óbvia, tendo em vista que a tecnologia é melhorada e os desenvolvimentos de pesquisas dão margem a uma série de terapias e procedimentos novos. Não se pode esquecer que medicamentos são inventados todos os dias, o que invariavelmente pode trazer um desfecho no sentido de que doenças que antes não tinham cura ou tratamento possam ser tratadas, além do que situações constrangedoras como imperfeições físicas podem ser corrigidas por meio de cirurgias ou tratamentos estéticos (RAGAZZO, 2009, p. 44).

É importante lembrar que o avanço com novas técnicas ou medicamentos, podem invariavelmente apresentar novos riscos, desde efeitos colaterais a medicamentos ou procedimentos, ou erros durante os procedimentos médicos, ou ainda, as infecções hospitalares, tudo isso não deixou de fazer parte do ambiente da medicina (RAGAZZO, 2009, p. 44).

Observa-se que o ponto central da relação do risco é a informação, o elemento crucial para aceitação esclarecida dos riscos. A avalição dos riscos determina o avanço ou retrocesso do processo tecnológico isso se aplica nas áreas sociais, econômicas, fazendo parte a medicina e os riscos médicos de um modo geral (HERMITTE, 2004, p. 96-156).

Passando pela massificação, assim como pelos surgimentos dos riscos, é importante analisar as alterações na relação entre médicos e pacientes (RAGAZZO, 2009, p. 45).

A massificação produz o desenvolvimento da tecnologia dos procedimentos terapêuticos, na bem da verdade a tecnologia suprimiu a relação de intimidade que existia entre médicos e pacientes (PIANTANIDA, 1998, p. 24). Havendo inúmeros procedimentos novos, incontáveis espécies de exames, o profissional passa a utilizar a medicina defensiva, trocando a conversa mais intensa com o paciente por pedidos de exames (RAGAZZO, 2009, p. 46).

Existem outros fatores, a exemplo do ensino médico básico, produzindo médicos em série para atender essa elevada demanda dos serviços médicos, somado à complexidade de novos procedimentos e do surgimento das mais variadas especialidades, tudo isso culminou com a diminuição do paternalismo conhecida como médico de família (FREYRE, 2004, p. 161).

Para Danilo Borges Santana, outro fator que distancia o médico do paciente é a preponderância da medicina privada, seja pelo sucateamento do SUS, ou ainda pelo crescimento dos planos de saúde privados (SANTANA, 1999, p. 199-221).

Não raras as vezes, os médicos são pressionados por tempo e custos, uma equação que possibilita uma menor atenção ao paciente, atendendo um número muito maior de pessoas em um curto espaço de tempo, simplesmente por acreditarem que os valores repassados pelas operadoras de saúde são baixos (RAGAZZO, 2009, p. 48).

A medicina pós-moderna é mais objetiva, deixando de lado o aspecto humano e individualizado do paciente, acabando com a figura do médico de família. Contudo, o paciente passou a ser considerado um sujeito de direitos que precisa exercer sua autonomia e não poderia ser diferente nem com a medicina muito menos com a relação médico e paciente (RAGAZZO, 2009, p. 48).

Após o início do século XVI descerrou um movimento sociopolítico para reconhecer as liberdades dos cidadãos, assim como sua autonomia. Antes disso, como dito alhures, os cidadãos não participavam do processo decisório, mas com a superação desse modelo paternalista na era Moderna, o cidadão passou a participar das decisões políticas através da democracia representativa. Assim chegou-se à conclusão que os cidadãos deveriam receber informações adequadas para consentir livremente a respeito das questões políticas e econômicas do país (RAGAZZO, 2009, p. 49).

Mudanças sociopolíticas começaram a influenciar nas relações médicas. É bem verdade que com certo atraso, mas nos ambientes médicos, jurídicos e sociológicos a participação dos pacientes na tomada da decisão começou a ser discutida. A medicina pós-moderna mudou o jeito da medicina, o médico ficou distante e o tratamento com interferência tecnológica que acabam por desumanizar a medicina.

É bom que se diga que o paternalismo não foi trocado pela autonomia, por incrível que pareça há sobras do paternalismo, vislumbrando que esse processo está em fase transitória. Com isso, talvez os médicos não estejam aptos a dar informações adequadas para assim possibilitar decisões autônoma, livres e com o esclarecimento necessário (RAGAZZO, 2009, p. 50).

A informação está no centro da autonomia, e o consentimento informado e esclarecido revela-se a manifestação da atuação do paciente na tomada de decisões médicas. Em outras palavras, um paciente informado e esclarecido está pronto para lidar com as alterações introduzidas pelo pós-modernismo, entrementes, a desconfiança em relação aos médicos e a massificação das informações desnudaram o profissional, o que influenciou o paciente a exercer sua autonomia e definitivamente participar desse processo terapêutico (RAGAZZO, 2009, p. 51).

Muitos fatores nos dias de hoje contribuem para que o médico não informe o paciente, sejam eles, culturais, econômicos ou contingenciais, ficando preso, ainda, na tradição

paternalista que está longe de ser erradicada, sem contar as pressões para o médico atender um numero maior de pessoas em um curto espaço de tempo, a crescente judicialização da relação médica, tudo isso contribui para a informação não seja clara (RAGAZZO, 2009, p. 51).

A assimetria de informação entre médicos e pacientes é bilateral, de um lado o médico conhece técnicas, medicamentos, procedimentos médicos e profilaxias, de outra banda o paciente sabe de seu estado de saúde, condições pessoais. Essa dupla assimetria é razão mais que suficiente para que o médico se preocupe em repassar as informações que tem a despeito do seu paciente (FREYRE, 2004, p. 162).

Indaga-se, com isso, se o paciente deseja, de fato, ser informado. Salienta-se que as informações não são apenas em relação a tratamentos ou medicamentos. Vai além disso, pois o paciente precisa ser informado sobre a sua própria condição de saúde. Contudo, o paciente precisa estar apto a receber essa informação, pela sua capacidade ou estado emocional, não tendo grande importância essa informação para que a decisão médica seja tomada ou não. (RAGAZZO, 2009, p. 52).

O paciente quer ser informado, diversas pesquisas indicam que as pessoas querem receber as informações ainda que seja em casos de doenças degenerativas, muito embora gostariam que familiares doentes na mesma situação fossem privados dessas informações, a publicidade funciona como fonte de informação independente do profissional da medicina, dando forças a autonomia dos pacientes (PIANTANIDA, 1998, p. 37).

Sabendo entender as razões e motivações dos pacientes em participar efetivamente das decisões médicas deixando para trás o paternalismo que até os dias de hoje tem resquícios nada desprezíveis, precisamos avaliar do ponto de vista jurídico como se reverteu a ligação entre os direitos humanos e consentimento informado e esclarecido (RAGAZZO, 2009, p. 54).

CONCLUSÃO

Após toda a construção realizada acima, podemos dizer que o paciente com base no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, à reserva da vida privada, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua integridade e autodeterminação, aceitando todo o

procedimento e tratamento que o médico indicar, nesta situação parece que não necessitará do esclarecimento, uma vez que saber a gravidade da sua situação é um princípio da autonomia da pessoa humana. Os pacientes têm o direito de não serem informados, a seu pedido expresso.

Importante deixar um registro, que o direito de não saber não é absoluto, pode sofrer restrições, tanto no interesse do próprio paciente (informá-lo da predisposição para uma patologia grave, para que adote medidas preventivas face à mesma), como a proteção de terceiros (doença infectocontagiosa).

O grande objetivo na medicina pós-moderna é garantir maior participação dos pacientes em procedimentos, valorizando a autonomia na busca de que os serviços de saúde possam atender as expectativas do consumidor, colocando o seu humano em primeiro lugar.

A regra geral é que para a realização de qualquer procedimento médico, será necessário o consentimento, pois sem ele pode haver responsabilidade por negligencia coroando assim a transparência na relação médico-paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **Anais do XVVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça:** realidade e utopia. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2000. v. I. p. 72.

BITTAR, Carlos Alberto, Os direitos da personalidade, 3. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 30.

_____, O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995. P. 26.

_____, **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P. 37.

_____, op.cit.,p.06.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. P. 259.

CANTALI, Fernanda Borghetti, **Direitos da Personalidade**, Disponibilidade Relativa, Autonomia Privada e Dignidade humana. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2009.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 626.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Lisboa: Morais, 1961, p. 53.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito e Axiologia – O valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. Maringá, v. 7, n. 1, p.72, jan./jun. 2007.

_____, **Direito e Axiologia – O valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**.** Maringá, v. 7, n. 1, p. 76, jan./jun. 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade civil da atividade médica no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 178.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1039.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil: parte especial. Direitos das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11.

KANT, **Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 77.

LUDWIG, **O direito ao livre desenvolvimento**..., p. 302.

MELLO, C. D. A. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rios de Janeiro: Editora Renovar, 1997. p. 444.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, tomo IV, p. 166.

NETO, Abílio. Código Civil anotado. 11. ed. Lisboa: Ediforum, 1997.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20/21.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do direito civil. Coimbra: Editora Coimbra. 1996, p. 87.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Ibid. p.04.

PUECHE, José Enrique Bustos. Manual sobre bienes y derechos de la personaliadade. Madri: Dykinson, 1997.

RODRIGUES, Okçana Yuri Bueno, pacientes Terminais, fls. 16-17.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos**...cit., p.27.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O direito geral da personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SPINELI, Ana Cláudia Marassi. Direitos da Personalidade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado. Maringá, v. 8, n.2, p.376, jul./dez. 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993, p. 15, p. 20, p. 23, p. 25.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.444.

VASCONCELOS, Pedro Pai de. Direito da personalidade. Coimbra: Almedina, 2006.