VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

GUSTAVO ASSED FERREIRA

LUCIANA COSTA POLI

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA

Copyright © 2017 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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito Civil Constitucional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Anabela Susana de Sousa Gonçalves; Eva Sónia Moreira da Silva, Gustavo Assed Ferreira; Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-468-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Constituição Federal. 3. Normas jurídicas. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o livro do grupo de trabalho de Direito de Direito Civil Constitucional do VII Encontro Internacional do CONPEDI Braga/Portugal promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU Universidade do Minho – Uminho realizado em C nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

Trata-se de obra de que reúne dois temas de relevância: (i) um artigo, de conteúdo mais genérico aborda a constitucionalização do direito ordinário, (ii) o outro apresenta proposições sobre o direito fundamental do paciente recusar a informação médica.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil constitucional. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de nuances do Direito Civil Constitucional apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra

pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito Civil Constitucional que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Setembro de 2017.

Gustavo Assed Ferreira

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Escola de Direito da Universidade do Minho

Eva Sónia Moreira da Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

E QUANDO O PACIENTE DIZ NÃO A INFORMAÇÃO E SIM AO TRATAMENTO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

WHEN THE PATIENT SAYS NO TO THE INFORMATION AND YES TO THE TREATMENT UNDER THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM.

Luis Carlos Mucci Júnior

Resumo

O artigo traz 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, hodiernamente prevalecendo o princípio da autonomia da pessoa humana.

Palavras-chave: Renúncia, Temporária, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The article a question that involves temporary waiver of fundamental information law, associate health that in their time is a patient personality right, hatch itself the principles linked to the private life reservation, in the right to the free development of the personality, in the integrity and the subject self-determination, in contradts to solidarity and responsibility, having a solution to case, based on good sense, in the values and principles that emanate from the constitution of the brazil federative republic, the human person dignity a harmonizer of those principles and values, hodiernamente prevailing principle of the autonomy the human person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Resignation, Temporary, Fundamental rights

1. 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.

Será que os pacientes têm o direito de não serem informados a seu pedido expresso?

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.

Com o surgimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, que não se resumem naqueles tipificados no Novo Código Civil e na Constituição Federal, mas sim todos os direitos que representam a proteção da personalidade humana.

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.

2. 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.

Não se pode descuidar da questão na qual facilmente são confundidos direitos da personalidade e direitos fundamentais, já que são distintos, mas ambos têm sua base na dignidade da pessoa humana. Sabe-se ainda que, os direitos da personalidade podem ser reconhecidos como direitos fundamentais, sendo esta a razão de compreendê-los a partir do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme Ingo Sarlet:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2005, p. 59-60).

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”:

> Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal (2000, p. 72).

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.

No mesmo sentido, José Carlos Teixeira Giorgis esclarece que:

> A conversão da família em espaço de realização da efetividade humana marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para nova função: *a repersonalização das relações civis* que prestigia a pessoa mais que o patrimônio, é a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito (2010, p. 61). Grifo nosso

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.

Cleide Aparecida Gomes Fermentão mostra como a dignidade era vista na antiguidade: “No pensamento filosófico e politico, na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana correspondia à posição social ocupada pelo homem em determinada comunidade. No pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que o distinguia das demais pessoas” (2007, p. 72).

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:

> A Carta Magna, de 1215, da Inglaterra, constituiu o ser humano como fim do direito, limitando o poder dos governantes e garantindo direitos próprios ao homem. O status jurídico da pessoa, porém, foi realmente consagrado, na ordem internacional, com as Declarações de Direitos surgias no final do séc. XVIII, que ficou conhecido como o século das Declarações.
>
> Destaca-se, nesse período, a Declaração dos Diretos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, resultante dos princípios da Revolução Francesa, que alavancou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão. O indivíduo era tratado como cidadão, com direitos e deveres e ao Estado foram estabelecidos limites. No seu preâmbulo, o documento destaca que a ignorância, o esquecimento e o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos.
>
> Após as Grandes Guerras, fazia-se necessária a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos em âmbito internacional e de caráter universal. Elaborou-se, então, a Declaração Universal dos Direitos

> Humanos, de 10.12.1948, como ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações (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).

Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão assevera:

> Foi a lei fundamental da Republica Federal da Alemanha que, em primeiro, erigiu a dignidade da pessoa humana em direito fundamental, estabelecendo no seu art. 1º n. 1: *A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.* A Alemanha, após o Estado nazista ter praticado a barbárie contra a dignidade humana, tinha o dever moral de normatizar o respeito e a proteção à dignidade humana.
>
> [...] No Brasil, a recente história de torturas e de desrespeito à pessoa humana, praticadas no período da regime militar, levou o constituinte brasileiro a incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito, dispondo no inc. III do Art. 1º da Constituição promulgada em outubro de 1988: *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.*
>
> O reconhecimento da dignidade humana como princípio, pelo Constituição de 1988, entre outras, fez gerar a concepção antropocêntrica do direito contemporâneo (2007, p. 76). Grifo nosso.

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.

---

[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.

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).

Diante da magnitude da dignidade da pessoa humana, como sendo o princípio dos princípios, a norma das normas, Fernanda Borghetti Cantali acena e esclarece como proceder em casos de colisões de direitos:

> Ademais, não existe nenhum direito de conteúdo absoluto, nem mesmo a vida assim o é, justificando-se a sua disposição diante da renúncia legitimada pela garantia da autonomia e da dignidade humana, o que somente é verificável diante do caso concreto.
>
> Diante da colisão de direitos fundamentais, somente no caso concreto, lançando mão do princípio da proporcionalidade, se poderá optar pelo bem constitucionalmente preponderante, servindo a dignidade humana de valor guia para a tomada da decisão (2009, p. 183).

2.1 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).

> Apesar desta preferencia, ao longo do século XX, a atuação jurisprudencial possibilitou o progressivo alagamento do leque de direitos especiais de personalidade, utilizando-se como fundamento a ampla tutela da responsabilidade civil geradora do dever indenizatório, já que, com dito, no Código Civil não havia regulação específica sobre o tema. A jurisprudência foi determinante no que toca à proteção da pessoa e dos bens da personalidade na França (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. Nesse contexto, Elimar Szaniawski afirma:

> Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro status, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por meio das justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem seres humanos (1993, p. 15).

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).

3. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO CONSENTIMENTO INFORMADO - EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECUSA DO PACIENTE.

Existem situações em que o consentimento informado dá lugar a outros interesses mais importantes, ou ainda à própria vontade do paciente. É oportuno iniciar a discussão tratando da autonomia para a escolha do tratamento e o direito de recusá-lo, ou ainda o dissentimento. E não poderia ser diferente, pois a autonomia da vontade nas relações médicas não é absoluta (RAGAZZO, 2009, p. 105).

André Gonçalo Dias Pereira assim se manifesta:

> Secção II – O Dissentimento – Parágrafo 51. A Recusa de Tratamento/O Dissentimento. 1. Direito de recusar o tratamento.
>
> No plano dos direitos fundamentais, reconhece-se um direito à recusa de tratamentos médicos, mesmo que surja como irrazoável, que se funda quer na *liberdade de consciência* (art. 41º, n. 1, CRP), quer no direito à integridade física e moral (art. 25º, n. 1, CRP), quer ainda na liberdade religiosa (art. 41º CRP).

> Haverá ainda um específico direto a morrer, se por este se entender – de jure condito – o direito à abstenção (omissão) dos profissionais de saúde, verificamos certos pressupostos. Assim sendo, no plano penal, não é auxílio ao suicídio a recusa de tratamento por parte de um doente, mesmo quando a recusa pode provocar a morte do paciente. O médico que, respeitando a vontade do paciente, não intervém e não o salva, não comete a infracção.
>
> O direito a recusar o tratamento vem sendo defendido por toda a Europa e nos EUA. A Declaração dos Direitos dos Pacientes reconhece que "um paciente tem direito a recusar um acto médico ou a interrompê-lo". Mesmo na Europa do Sul, de tradição católica, este princípio oferece poucas dúvidas. Assim, o CDOM exige apenas, em caso de perigo de vida, que a recusa do tratamento seja feita expressamente (art. 38º, n. 4). Em Espanha, a Ley n. 41/2002, de 14 de Novembro, consagra o direito à recusa do tratamento, mas estabelece a exigência de que esta recusa seja passada a escrito. Na Itália, a jurisprudência tem entendido que a recusa de tratamento por parte da pessoa deve ser respeitada, independentemente da valoração que o profissional de saúde faça sobre essa decisão. O Supremo Tribunal irlandês, no caso *In Re a Ward of Court* (1995) declarou: "there is no absolute right in a competent person to refuse medical treatment even if it leads também death[2]". (2004, p. 501-503).

O direito de o paciente recusar um procediemnto médico é a contrapartida do consentimento informado (RAGAZZO, 2009, p. 111).

> A Lei Estadual 10.241/99, que dispõe sobre os direitos dos usuários de serviços de saúde no Estado de São Paulo, estipula expressamente o direito de o paciente "consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados". (art. 2º, inciso VII).

Consabido, as pessoas não podem ser submetida a tratamentos de forma complusória, ou seja, contra a sua vontade (BERGSTEIN, 2013, p. 189).

Ressalta-se que a recusa tem o efeito de paralizar os cuidados médicos já realizados ou ainda por ocorrer. Vale lembrar também que caso o procedimento já esteja em curso, o dissenso neutraliza o consentimento previamente outorgado. Confira:

[2] "Não há direito absoluto de uma pessoa competente recusar tratamento médico, mesmo que isso leve à morte"(tradução livre).

> Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Consentimento, art. 5º:
>
> "Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.
>
> Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.
>
> A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento".

É natural que, se ocorrer a dissenção do paciente, levará ao profissional a aprofundar as informações a serem passadas para o mesmo, já que a recusa pelo médico não é facilmente aceitável. Isso porque o médico visa tratar os pacientes da melhor maneira possível, e o dissenso pode ter origem em uma perturbação física ou mental, talvez uma depressão, uma síndrome do pânico, uma ansiedade ou mesmo dores em determinadas situações.

Também é importante lembrar que o consentimento é dinâmico, o que significa dizer que o paciente tem o direito de mudar de opinião, primando pela dignidade da pessoa humana e bem estar do doente. Caso discorde do tratamento esse dissenso pode acontecer no início, no meio e no final do tratamento.

É necessário entender que o dissenso, ou recusa, é fruto da autonomia pessoal e subjetiva de cada paciente, sendo livre em relação a sua saúde e seu próprio corpo, tendo direito de saber todas as informações para o exercício do consentimento informado e, ainda, direito de optar por não saber (sem informações que correspondam ao seu direito).

O médico pode querer saber o porquê de o paciente recusar o tratamento, aprofundando o processo de comunicação para saber se essa vontade é livre e não sofre influências exteriores.

Caso o médico não atinja o objetivo almejado, restarão apenas duas hipóteses: "(I) pode continuar com outros tratamentos de acordo com os desejos do doente; ou (II) pode deixar de atendê-lo completamente" (HIGHTON, 2003, p. 343).

Notadamente, a ideia é que deva prevalecer a vontade do paciente, porque não é coadjuvante e sim protagonista de seu próprio tratamento e ninguém melhor que ele próprio saberá e experimentará as consequências de realizar ou não um tratamento médico.

No mundo todo não é pacifico o entendimento em relação aos limites do direito de recusa. A jurisprudência nos Estados Unidos reconheceu alguns interesses a serem sopesados quanto ao direito de recusa (sendo eles a preservação da vida; a proteção de terceiros; a prevenção de suicídio e a proteção de integridade ética do médico), mas nada disso tem o condão de alterar a manifestação de vontade contra o procedimento médico.

Os argentinos analisam a capacidade de autonomia e determinação de forma relativa, aceitando a recusa apenas se não tiver risco de lesão grave ou morte. No caso dessas hipóteses mencionadas, o médico deve buscar no judiciário a autorização para a continuação, manutenção ou início do tratamento ou, em casos extremos, fazer o tratamento de pronto sem o consentimento, mas só excepcionalmente, em casos em que não há tempo para obter a autorização na justiça.

> Para o jurista argentino Yungano (19), nos casos em que o paciente capaz se recusa a seguir um determinado tratamento ou submeter-se a uma cirurgia ou autorizar uma transfusão, deve-se respeitar, a princípio, a sua vontade, desde que tal recusa não implique em um risco certo e grave, que pode variar de uma incapacidade parcial permanente até a morte. Neste caso, o médico, de acordo com o seu julgamento, deve solicitar a autorização judicial pertinente, se a situação o permitir, ou agir se for caso de urgência, deixando esta situação registrada na história clínica ou no protocolo cirúrgico correspondente, em seguida, podendo solicitar a ratificação judicial. Para este autor, em um procedimento cirúrgico extremo e intervenções realizadas na sequência de um acidente, nas quais o paciente se encontra em estado de choque e é necessário, por exemplo, uma amputação ou uma transfusão, é plenamente justificada a intervenção do profissional da medicina, mesmo contra a vontade do paciente e de sua família, porque agindo de outra forma, seriam violados os deveres médicos e se estaria aceitando, de modo indireto e impassível, uma morte ou um suicídio"[3] (CORTES, 2001, p. 252).

[3] Para el jurista argentino YUNGANO (19), en los casos en que el paciente capaz se niegue a seguir un determinado tratamiento o someterse a una intervención quirúrgica o autorizar una transfusión, debe respetarse, em principio, su voluntad, siempre que tal negativa no implique en riesgo cierto y grave, que puede ir desde una incapacidad parcial permanente hasta la muerte. En este caso, a su juicio, el médico debe solicitar la autorización judicial pertinente, sí la situación lo permite, o actuar si la urgência lo impone, dejando

Na França o *Code de la Santé Publique* em seu artigo 1.111-4, estabelece:

> Artigo 1.111-4: O médico deve respeitar a vontade da pessoa depois de ter sido informado das consequências de suas escolhas. Se a vontade da pessoa de recusar ou de interromper um tratamento coloca sua vida em perigo, o médico deve fazer todo o possível para convencer a aceitar os cuidados essenciais. Nenhum procedimento ou tratamento médico pode ser prático, sem o consentimento livre e esclarecido da pessoa e este consentimento pode ser retirado a qualquer momento [...][4].

Em outras palavras, o médico precisa respeitar a vontade do paciente, depois obviamente de ter esclarecido os riscos e as consequências dessa sua escolha. O profissional pode tentar convencer o paciente a aceitar os tratamentos, o que tem gerado controvérsias nas Corte e doutrina francesa. Já no Brasil, o entendimento é que a recusa deve ser respeitada, desde que não haja risco de morte.

No que tange aos direitos da personalidade, mormente o Art. 15 do Código Civil admite essa interpretação, que, diga-se de passagem, já estava sendo utilizada pela jurisprudência antes mesmo da edição no Novo Código Civil Brasileiro. Assim, quando há risco iminente de morte, prevalece o direito à vida com sendo indisponível, em face dessa autodeterminação.

É o que se pode observar nesta decisão relatada pelo Desembargador Sérgio Gischkow Pereira, sobre transfusão de sangue em testemunha de Jeová:

> Em geral, a doutrina utiliza o caso das transfusões em pacientes que são testemunhas de Jeová para contextualizar o conflito, sustentando que a defesa do bem da vida constitui verdadeira excludente de ilicitude. Confira-se a decisão judicial do Tribunal de Justiça do

---

constância circunstanciada em la historia clínica o en el correspondiente protocolo quirúrgico, pudiendo luego solicitar la ratificación judicial. Para este autor, en una operación quirúrgica in extremis y en las intervenciones practicadas a raíz de un accidente, en las que el enfermo se encuentra en estado de shock y es menester, por ejemplo, una amputación o una transfusión, se halla plenamente justificada la intervención del profesional médico, aun en contra de la voluntad del paciente y sus familiares, pues de otro modo se violarían los deberes médicos y se estaria aceptando, de modo indirecto e impasiblemente, una muerte o un suicídio" (tradução livre).

[4] Article 1.111-4: Le médecin doit respecter la volonté de la personne aprés l´avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d´interrompe un traitement met sa vie em danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d´accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratique sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment [...]. (tradução livre)

> Estado do Rio Grande do Sul nesse sentido: "Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Não cabe ao Poder Judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar altas hospitalares e autorizar ou ordenar tratamentos médicos-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda, que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demostrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, Parágrafo 3º, inciso I, do CP). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la". (Ap. Cív. 595.000.373, julgada pela 6ª Câm. Civ. Do RJRS, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, em 28.03.1995, publicado na RJTJRS 171. P. 384 et seq.).

Sobre o Artigo 15 do Código Civil Brasileiro, Danilo Doneda esclarece que:

> O art. 15 possui uma redação confusa e pouco elucidativa. A sua simples leitura chega a sugerir que pacientes podem ser constrangidos a se submeter a procedimentos, quando não houve risco de morte: ("art. 15: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica"). Por isso, a melhor solução seria ler o dispositivo como se ele dissesse o seguinte: "ninguém deverá ser constrangido a se submeter a procedimento médico, salvo quando houver risco de vida". A doutrina já comunga dessa interpretação: "No art. 15, o legislador deu um primeiro passo em território controverso, positivando assunto que não costuma fugir

> muito à ética médica. A possibilidade de recusa ao tratamento médico torna-se prerrogativa do paciente, amenizada, porém, com o requisito do tratamento ou cirurgia apresentarem risco de vida" (2002, p. 50).

Talvez uma solução mais acertada fosse preservar com valor primordial a vontade do paciente, desde que a manifestação seja livre, voluntária e sem nenhum vício de consentimento. Não teria razão para obrigar o enfermo a se sujeitar à intervenção médica contra a sua vontade, com maior razão ainda quando se fala de procedimentos com riscos graves ou até morte, ou um procedimento que apenas adiaria o resultado certo, qual seja, a morte.

Acirram-se as discussões quando existem menores envolvidos, já que os mesmos podem sim recusar aos tratamentos, desde que devidamente informados e esclarecidos os seus riscos e com idade acima de 12 anos, Como leciona Silva:

> A recusa ao tratamento, no entanto, não requer agente capaz, vez que a regra é a inviolabilidade, motivo pela qual admitamos que o paciente acima de 12 anos de idade – adolescente – possa recusar submeter-se a tratamento médico, desde que não haja risco à sua vida" (2003, p. 31).

No entanto, se o caso for de iminente risco de lesão grave ou morte, o médico pode buscar o judiciário para ser deferida a continuidade do tratamento e, indo além, em casos de extrema urgência o médico poderia prestar os cuidados sem o consentimento se não obtiver uma ordem judicial a tempo. Frisa-se que a mesma solução é dada para incapazes por doença mental dependendo do grau de discernimento.

3.1 O DIREITO DE NÃO SABER

Os homens, por natureza, eram movidos por um desejo de saber. Entretanto, observou-se nas famílias com riscos de má formação genética, uma grande intensidade daqueles que optavam por não saber.

> [...] os centros do Reino Unido para realização do teste pré-sintomático da doença de Huntington, entre 1987 e 1990, registraram uma afluência muito reduzida. Se numa sondagem prévia entre 56% e

> 66% das pessoas em risco desejariam realizar o teste predictivo, quando este estivesse acessível, na prática apenas 248 testes foram realizados nos primeiros cinco anos de atividade, numa população estimada em 10.000 pessoas com o risco de 50% de sofrerem da doença (CHADWICK/LEVITT, 1997, p. 2).

Se o saber e conhecer pode se traduzir em poder, o não saber ou ainda a ignorância pode ser elevado à condição de benção, sendo certo que algumas pessoas pelas mais variadas razões podem optar por não saber certas informações atinentes a sua saúde.

Nesse sentido, o doente pode renunciar à informação. Se aceitar 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, e que se encontra expressamente previsto no Art. 10, n. 3, Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (CEDHBio).

Comparando com outros ordenamentos jurídicos, há os que admitem esse direito de não saber, como na Espanha, na França e na Bélgica. Também a Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994) que reconhece que "Os pacientes têm o direito de não serem informados, a seu pedido expresso".

> Art. 9, n. 1, da Ley n. 41/2002, de 14 de Novembro. No direito espanhol autonómico a Ley n. 21/2000, de 29 de Dezembro, da Catalunha, e a Ley 10/2001, de 28 de Junho, da Estremadura, estabelecem que é necessário respeitar a vontade de uma pessoa a não ser informada.
>
> L 1111-2 CSP: "A vontade de uma pessoa a ser realizada mediante a ignorância de um diagnóstico ou prognóstico devem ser respeitados, exceto quando outras pessoas estão expostas à um risco de transmissão[5].
>
> Art. 7º, Parágrafo 3º, da Lei de 22 de Agosto de 2002.

[5] L 1111-2 CSP: "La volonté d´une personne d´être tenue dans l´ig-norance d´un diagnostic ou d´un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à um risque de transmission (tradução livre).

O Supremo Tribunal Austríaco (OGH, 1983), em que pese à renúncia ser expressa ou tácita, ela deve ser clara e inequívoca, sendo que não é licito "que o médico, só com base na ausência de perguntas por parte do paciente, deduza, de forma concludente, um desejo de não receber mais informações".

É de rigor que a recusa de receber informações seja uma recusa informada. Confira:

> O paciente deve ter um conhecimento, ao menos em abstrato, do âmbito de conhecimentos em questão, de tal forma que se encontre em condições de poder ponderar, adequadamente, os riscos da falta de conhecimento. Como explica Jochen Taupitz, o direito a não saber tem que ser activado pelo sujeito para que deste derivem certos direitos da defesa ou de indenização. Em princípio, portanto, o médico pode revelar as informações.
>
> O problema fundamental do direito a não saber é o conhecimento da possiblidade de conhecimento. Só estando ciente da possiblidade de conhecer determinadas informações, pode o sujeito autodeterminar-se no sentido de as recusar.
>
> De qualquer modo, não se exige aqui uma "recusa informada" no sentido de uma "recusa com plena informação"; caso contrario, o direito a não saber ficaria vazio de conteúdo. Contudo, é necessário que haja um conhecimento ao menos em abstrato por parte da afetado do âmbito de conhecimentos em questão. Se este conhecimento falta, não é correcto, regra geral, privar o afectado de certa informação básica invocando o direito a não saber. Esta informação básica, que em todo o caso deve transmitir-se com a conveniente delicadeza, deve ser suficiente para pôr o afectado em condições de poder ponderar adequadamente os riscos da falta de conhecimento.
>
> Só em casos excepcionais se pode presumir que o paciente quer exercer o direito a não saber; este será o caso, especialmente, quando com base na atitude e concepção vitais do afectado noutros campos ou em virtude de manifestações expressas feitas no passado que indiciem claramente uma vontade de defesa que s refira, inclusivamente, às informações de caráter básico.
>
> No plano jurídico, a justificação desta prerrogativa encontra-se no direito à reserva da vida privada, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na integridade e autodeterminação do sujeito. Os contra-argumentos baseiam-se, sobretudo, na solidariedade e na responsabilidade.

O filósofo Gilbert Hottois, todavia, considera, no plano ético, que: "o valor Kantiano da autonomia do sujeito postula e protege o direito a saber e acalenta a obrigação de saber, já que a autonomia do sujeito só é possível e só se acrescenta com o conhecimento, que ilumina a vontade e a liberdade. A pretensão de defender um direito a não saber e valorizar o não saber fatalista, reivindicando a princípio da autonomia do sujeito, constitui uma contradição e um contrassenso, uma utilização abusiva e inclusivamente absurda do conceito de autonomia.

O não saber e o culto do não saber unicamente podem destruir a autonomia do sujeito. Só o direito de saber e o dever de saber se articulam positivamente com o princípio da autonomia, já que o poder de autodeterminação deve exercer-se com conhecimento de causa, isto é, baseando-se em toda a informação pertinente disponível que possa aumentar a capacidade de escolha de um sujeito. O não querer saber limita a capacidade de autonomia real do indivíduo e leva a um abandono na heteronomia do acaso ou à vontade e ao saber do outro.

Também numa análise económica do direito não existe outra concepção válida da pessoa do que a que constitui a pessoa como ser capaz de extrair as correctas conclusões económicas em cada situação. O não saber é, pois, anti-económico e por este prisma deveria ser rejeitado o direito a não saber.

A doutrina maioritária entende, porém, que se trata aqui de um direito a "ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade", que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana. "De facto, frequentes vezes o doente não quer saber toda a verdade acerca do seu estado, e é inadmissível não respeitar este seu direito a não ser informado". No fundo, como afirmam Beauchamp e Childress, a autonomia é um direito e não um dever, e o paciente também exerce o sua autonomia querendo afastar-se do processo de decisão.

De todo o modo, tal como sucede com o direito à informação, o direito a não saber não é absoluto. Pode sofrer restrições tanto no interesse do próprio paciente (informa-lo da predisposição para uma patologia grave, para que adopte medidas preventivas face à mesma) como para proteção de terceiros (informa-lo, por exemplo, de uma doença infectocontagiosa, como sucede com a SIDA, para evitar a transmissão a terceiras pessoas ou aos seus familiares). Tais excepções estão previstas na CEDHBio, nos arts. 10, n. 3, e 26 (Convenção sobre

> os Direitos do Homem e a Biomedicina) (PEREIRA, 2004, p. 469-471).

João Vaz Rodrigues trata do consentimento em branco, em que o paciente de forma voluntária e consciente confia em seu médico e lhe dá o poder de decidir sobre sua vida e saúde. Em outras palavras o paciente recusa as informações, mas por outro lado quer o tratamento, notadamente sem os esclarecimentos respectivos (2001, p. 352).

Para Elena Highton é uma questão de lógica, outra face do direito da autonomia do paciente nos casos em que este não quer receber a informação necessária e relevante acerca de determinado tratamento. Ora, se tem direito de todas as informações sobre sua condição de saúde, por certo que deve ter assegurada a opção de seu direito de não saber (2003, p. 589). Referida autora ainda acrescenta:

> O direito a não saber – que formalmente constitui um ato de renúncia ao direito à informação – decorre de uma manifestação livre, voluntária e intencional do paciente. Contudo, para a formalização da renúncia, deve o paciente ter ciência, num primeiro momento, que lhe assiste um direito relativo às informações de seu tratamento, que as decisões serão tomadas por ele, autonomamente, e que o profissional não poderá ministrar tratamentos ou eleger procedimentos sem o seu consentimento (2003, p. 599).

Tom L. BEAUCHAMP aduz que:

> O requisito fundamental é que se respeite as escolhas autônomas dos indivíduos. O respeito à autonomia não é mero ideal no tratamento de saúde, mas sim obrigação profissional. A escolha autônoma é direito e não obrigação do paciente (2001, p. 63).

Anderson Schreiber sinaliza que o paciente pode decidir por não ser informado a despeito dos detalhes do seu tratamento, podendo transferir essas informações para o próprio médico ou para uma pessoa por ele indicada (SCHREIBER, 2011, p. 55).

Observa-se a orientação aprovada na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, que culminou no enunciado de n. 4: “O

exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral" (I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal).

Se o paciente pode delimitar o tratamento que lhe será ministrado, pode com maior razão ainda abrir mão desse direito inerente à sua personalidade, vislumbrando, todavia que "qualquer limitação voluntária do exercício de um direito de personalidade deve estar vinculada, primordialmente, a um interesse direto e imediato do seu próprio titular". (SCHREIBER, 2011, p. 27).

O direito de não saber, assim como o direito à informação podem sofrer limitações que possam afetar a ordem pública, a coletividade ou o interesse social. É o que defende Carmen Blas Orbán, que entende que o direito à renúncia não é ilimitado, e pode sofrer limitações relativas ao interesse da coletividade ou inerentes à saúde do próprio paciente (segundo exigências terapêuticas do caso) (ORBÁN, 2006, p. 176).

Se o paciente não quer receber a informação, ele acaba assumindo o ônus dessa opção, pois a renúncia ao direito de decidir autonomamente não transfere a outrem (médico ou terceiro). Ressalta-se que, causando um dano que poderia ser evitado pelo processo informativo, não parece razoável a responsabilização do médico, que não forneceu as informações por uma opção do paciente.

Por fim, se o paciente dispuser de seu direito de receber a informação, acerca da responsabilidade do profissional de transmiti-la aos seus familiares, ensina Gilberto Bergstein:

> Verifica-se *in casu* a existência de duas possibilidades distintas: (i) o paciente, ao optar livremente por não receber informação, libera o profissional de transmiti-las a terceiros, com base no sigilo que deve ser observado quanto a essa específica natureza informativa; e (ii) independente de o paciente ter aberto mão de receber as informações, o dever de informação continua a ser ônus do médico, que deve informar seus familiares.
>
> A questão não é simples, mas acredita-se que, se o paciente de maneira absolutamente autônoma decide não receber as informações por confiar no profissional que já o atende há longo tempo, ou por confiar na capacidade decisória de um grande especialista, ou ainda por questões de natureza interna (psicológica), esse seu direito deve ser respeitado, tomando o profissional o cuidado de obter – por escrito

> – a manifestação da vontade do paciente em tal sentido (2013, p. 149-150).

Antes de aceitar a renúncia à informação, o médico deve dizer ao paciente que: "(i) ele tem direito a ser informado sobre o tratamento; (ii) pacientes têm o direito de tomar decisões sobre tratamento; (iii) médicos não podem fornecer tratamento sem o consentimento do paciente, e (v) o direito de decidir inclui o direito a consentir ou recusar tratamentos" (BERG, 2001, p. 85).

4. 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.

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.