

# **AUTONOMIA, CONFIANÇA E BOA-FÉ – UM DIÁLOGO ENTRE A BIOÉTICA E OS PRINCÍPIOS DO CONTRATO.**

## **AUTONOMY, TRUST AND GOOD FAITH – A DIALOGUE BETWEEN BIOETHICS AND THE PRINCIPLES OF THE CONTRACT.**

Dalmir Lopes Jr.<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Neste artigo discutimos a interseção existente entre a bioética e a teoria dos contratos, a partir do princípio da autonomia. Enquanto na bioética os trabalhos são direcionados à defesa da autonomia do paciente como uma forma de superação na área clínica do paternalismo médico, a teoria do direito apresenta a discussão médico-paciente a partir da noção de contrato. Ao considerar a história e a evolução do instituto do contrato, a autonomia privada aparece como um princípio clássico que serviu para superar os valores de uma sociedade tradicional baseada no status social, mas que, ao mesmo tempo, gerou uma noção de igualdade puramente formal, o que acabara por ocultar as relações de poder. Por essa razão, no final do Sec. XIX são criados princípios de ordem pública, como a boa-fé objetiva, que introduz novos valores éticos como a lealdade e a confiança e que foram fundamentais para a manutenção da justiça social nas relações de poder. Propomos aqui uma discussão da noção de autonomia do paciente em face do contexto contratual, tomando como base os valores de ordem pública introduzidos pela cláusula da boa-fé objetiva.

**Palavras-chave:** bioética; contratos; autonomia; confiança; boa-fé objetiva

### **ABSTRACT**

In this article we discuss the relationship between bioethics and the theory of contracts, based on the principle of autonomy. Whilst the work in bioethics is directed for protection of patient's autonomy as a way of overcoming the clinical area of medical paternalism, legal theory discuss physician patient relationship from the contract theory point of view. In history and evolution of the institute of the contract, the individual autonomy appears as a classical principle that served to overcome a traditional society that was based on social status, but at the same time generated a purely formal notion of equality, which just to hide the power relations. For this reason, at the end of the 19th century the public policy principles are created, as the principal of good faith, which introduces new ethical values such as loyalty and trust in an attempt to restore social justice. We propose to discuss the concept of patient autonomy in contractual theory, based on the values of public policy introduced by the principle of good faith.

**Keywords:** bioethics; contracts; autonomy; trust; good faith.

---

<sup>1</sup> Professor do Departamento de Direito da Escola de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Fluminense (UFF-Volta Redonda). Doutorando em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/PPGBIOS) – Programa em Associação. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF/PPGSD). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

## 1. INTRODUÇÃO

Ultimamente se vem dando a devida importância à autonomia do paciente no âmbito da bioética. O respeito à autonomia e aos direitos do paciente estão frequentemente associados à discussão sobre o consentimento livre e esclarecido (ou consentimento informado), uma questão de suma importância tanto para a área clínica como para a de pesquisa com seres humanos. Essa discussão ganha destaque, sobretudo, porque o respeito à autonomia implica, necessariamente, uma mudança sobre a própria concepção da prática médica.

A concepção médica de tradição paternalista, na qual os médicos se veem e agem como verdadeiros juízes do melhor interesse dos pacientes,<sup>2</sup> tem sido progressivamente substituída, através de uma luta que se desenvolve tanto na esfera jurídica como na política, por uma concepção que perpassa pelo reconhecimento aos direitos do paciente, dentre eles o direito de poder conhecer o seu quadro clínico e a partir dele compartilhar as decisões sobre sua saúde. Tal concepção possui grande importância no campo ético-jurídico, pois esse consentimento tem sido compreendido como uma expressão da autonomia individual e, por essa razão, a vontade do paciente não pode estar sujeita a qualquer tipo de vício, isto é, não pode ser obtida através de um simples documento padronizado no qual se atesta, por ato puramente formal, que o “consentimento foi obtido” ou por uma declaração do paciente sem que este possua uma visão clara acerca da verdadeira realidade de sua afecção e dos riscos de sua deliberação.

A bioética<sup>3</sup> surge com a proposta de lidar com os dilemas éticos que emergem da fronteira criada entre o avanço da biotecnologia, da ciência médica e das discussões jurídicas sobre a vida. Seu desenvolvimento inicial é marcado pela discussão em torno de uma ética de princípios, por influência direta dos autores norte-americanos James Childress e Tom L. Beauchamp,<sup>4</sup> que

---

2 Cf. O'NEILL, Onora. **Autonomy and trust in bioethics**. Nova Iorque: Cambridge University, 2005, p.2.

3 Muito embora ainda haja a divergência de se compreendê-la como um campo científico autônomo, como por exemplo, O'Neill: “bioética não é uma disciplina, nem será uma nova disciplina; eu duvido que um dia venha a se constituir como uma disciplina. Isso porque [os temas discutidos] acabam por ser um ponto de encontro para diversas disciplinas, discursos e organizações que tratam de questões éticas, jurídicas e sociais que surgem a partir do avanço na medicina, na ciência e na biotecnologia” (Ibidem, p. 1).

4 Alguns motivos podem explicar o interesse da comunidade científica por esse trabalho. Primeiro, porque o modelo principialista apresentado pelos autores dialoga diretamente com o Relatório Belmont de 1978, que estabeleceu as bases éticas para as pesquisas com seres humanos em nível biomédico. Esse relatório ganhou grande destaque por ter sido uma resposta a uma série de abusos praticados perpetrado em pesquisas com humanos. O relatório Belmont, explica SPIELMAN: “foi um dos primeiros relatórios de uma comissão de bioética, e um dos mais bem sucedidos em termos de influência política” (SPIELMAN, Bethany. **Bioethics in law**. New Jersey: Humana Press, 2007, p. 74). O Relatório identifica três princípios básicos que dialogam obra dos autores: o respeito às pessoas (à autonomia individual); a beneficência e a justiça. O livro *principles of biomedical ethics* foi publicado concomitantemente com o Relatório de Belmont, como explica Beauchamp: “muitos acreditam que o relatório Belmont tenha servido como ponto de partida para a estrutura abstrata do *Principles of Biomedical Ethics*. Erroneamente se assume que o Relatório Belmont é precedente e que teria servido de fundamento do *Principles*. Os dois trabalhos foram escritos simultaneamente, com influência mútua de um sobre o outro. Existia reciprocidade na elaboração e influência bilateral. Eu frequentemente e de modo simultâneo estava elaborando o material para o mesmo princípio ou tópico e para o meu colega Childress, enquanto ele estava, no mesmo momento, escrevendo e me submetendo material para apreciação. Eu rotineiramente escrevia partes do relatório durante o dia no Quartel General da Comissão

apresentaram no final da década de 1970, um modelo teórico construído em torno de quatro princípios fundamentais: o princípio do *respeito pela autonomia*, o princípio da *não-maleficência*, o princípio da *beneficência* e o princípio da *justiça*.<sup>5</sup> Esse modelo, como os próprios autores explicam, por sua primazia, por ser capaz de abranger juízos da moralidade comum<sup>6</sup> e, também, por possuir uma proximidade em relação à tradição médica, acabou influenciando consideravelmente os trabalhos posteriores sobre o campo ainda em formação.

Aqui nos valem da ética principialista apenas como ponto de partida para estabelecermos uma discussão própria sobre o conceito de autonomia. Nosso retorno ao principialismo tem por fim resgatar uma afirmação que merece uma discussão mais aprofundada. Essa afirmação é feita pelos autores logo após a apresentação dos quatro princípios: “a não-maleficência e a beneficência desempenharam um papel histórico central na ética biomédica, enquanto o respeito pela autonomia e a justiça foram negligenciados na ética médica tradicional, embora tenham ganhado destaque em razão de desenvolvimentos recentes”.<sup>7</sup>

A autonomia do paciente tem sido, desde então, um tema central da bioética, não só por causa da questão de se contrapor ao modelo paternalista da relação médico-paciente, mas também porque, além de estar inserida na moralidade comum,<sup>8</sup> as teorias éticas, na quase totalidade, sustentam que o agir moral pressupõe agentes autônomos. Assim, por exemplo, observa-se a importância que o conceito de *autonomia* possui na filosofia kantiana na resposta da pergunta o que é o *Aufklärung*?<sup>9</sup> Sinteticamente, e sem a preocupação de ser fidedigno aos termos utilizados pelo autor, a resposta de Kant é que autonomia retrata a capacidade do agente ser “senhor de si”, ser responsável por seu agir e por suas consequências. Ao contrário das concepções éticas pré-modernas, que invariavelmente seguiam um modelo centrado em um sujeito cognoscente que recebia passivamente as leis morais. Do mesmo modo, obviamente a partir de bases e conclusões diferentes, mas inegavelmente com a mesma afirmação sobre a necessidade de se pressupor um sujeito racional e autônomo, apresenta-se o utilitarismo de John Stuart Mill.<sup>10</sup>

---

Nacional na Westbard Avenue em Bethesda, e logo em seguida ia para meu escritório na Georgetown University e passava o resto da tarde escrevendo parte dos capítulos para o Childress revisar. Apesar de suas origens totalmente independentes esses projetos cresceram e amadureceram juntos” (BEAUCHAMP, Tom L. **Standing on principles**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 6-7).

5 Cf. BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 56.

6 Cf. Idem, p. 55

7 Idem, p. 56

8 Cf. Idem, p. 137.

9 “*Esclarecimento é a saída do homem da menoridade pela qual é o próprio culpado. Menoridade é a incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem direção alheia. O homem é o próprio culpado por esta incapacidade, quando sua causa reside na falta, não de entendimento, mas de resolução e coragem de fazer uso dele sem a direção de outra pessoa.*”(KANT, Immanuel. Resposta à questão: o que é esclarecimento. In MARÇAL, Jairo. **Antologia de textos filosóficos**. Curitiba: SEED, 2009, p. 407). *Aufklärung* é uma palavra que remete tanto à ideia de esclarecimento quanto ao período histórico do iluminismo filosófico. A passagem para a maioridade do uso da razão é a resposta e aquilo que caracteriza o iluminismo, ou seja, indica o momento da afirmação do esclarecimento como a passagem da condição de heteronomia para a autonomia.

10 “Aquele que deixa o mundo, ou a parte do mundo a que pertence, escolher o seu plano de vida em seu lugar, não necessita de nenhuma faculdade a mais da imitação simiesca. Aquele que escolhe, por si o próprio plano, emprega

Enfim, a autonomia aparece, portanto, como tema de suma importância na bioética, por ser um valor que pretensamente expressa a necessidade da defesa de direitos ainda não consolidados de pacientes e por exigir uma reflexão ética para a classe médica. Além disso, não há como se falar em respeito à dignidade humana, sem uma garantia mínima de que as pessoas possam tomar decisões conforme sua concepção acerca do bem.

No entanto, quando saímos do domínio discursivo da (bio)ética e observamos como os argumentos sobre os direitos do paciente se desenvolvem no interior do sistema jurídico, podemos verificar que o problema relativo à autonomia individual é reformulado com base em outros valores. Nesse sentido, outro conceito ganha destaque nas demandas judiciais em que há desrespeito aos direitos do paciente, particularmente, nas demandas diretamente relacionadas com o consentimento livre e esclarecido, este conceito é o de *confiança*.

Advindo da aplicação do princípio jurídico (ou cláusula aberta) da *boa-fé objetiva*, a ideia de confiança não parece, em um primeiro momento, ser contraposta ao de autonomia, mas traz outros valores como o de solidariedade, lealdade e respeito que, em conjunto, parecem reforçar a própria noção de autonomia, pois exigem que as pessoas atuem umas com as outras com mútuo respeito e consideração, cuja base é extremamente complexa, uma vez que sua fonte é difusa.

Neste texto apresentamos uma proposta inspirada na de Georges Ripert que em sua obra *A regra moral das obrigações civis* retorna ao tema da moral e do direito – numa época que, segundo ele, boa parte dos teóricos considerava existir uma rigorosa separação – com o objetivo não em buscar fundamentos filosóficos para princípios morais, tampouco tentar explicar o direito pela filosofia, mas sim de ver o que existia de filosofia *no* direito (objetivo). Dito de outra forma, buscar o conteúdo moral que existe na aplicação do direito positivo, de tal modo que a aparente separação entre direito e moral fosse superada, pois “[p]ode ser que, descobrindo o caráter moral da regra de direito se compreenda melhor a evolução das ideias jurídicas, as dúvidas e as lutas em volta de certas instituições”.<sup>11</sup>

Gostaríamos, portanto, de retomar o tema da autonomia individual na relação médico-paciente, mas a partir de uma leitura de segunda ordem<sup>12</sup> dos argumentos e das justificativas

---

todas as suas faculdades. Deve usar a observação para ver, o raciocínio e o juízo para prever, a atividade para colher materiais de decisão, a discriminação para decidir, e, quando ha decidido, a firmeza e o auto-controle para se conservar fiel à decisão deliberada. E essas qualidades, ele as requer e exercita na proporção exata em que e ampla a parte da sua conduta determinada de acordo com o próprio juízo e sentimento” (MILL, John S. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Nacional, 1942, p. 107).

11 RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937, p. 10.

12 “A perspectiva de segunda ordem é privilegiada: ao distinguir e descrever o que os outros observadores não podem nem distinguir, nem descrever, evidencia seus pontos-cegos. Especificamente, o que os observadores de segunda ordem fazem é assinalar *algo* com a ajuda de suas distinções. O que é distintivo é que aplicam suas observações a outras operações que executam as mesmas operações, mas com distinções. Embora na observação de primeira ordem, o observador viva em um nicho em que seu mundo fenomênico e suas experiências assumem a forma de ontologias, onde o que percebe só pode ser o que é, no entanto não observa a distinção que a torna possível, a segunda ordem abre conhecimentos sobre a contingência, estabelecendo uma alteração do ciclo recursivo de todo observar”. (ARNOLD, Marcelo e ROBLES, Fernando. *Explorando Caminos Transilustrados más allá del*

internas do sistema jurídico. Com essa observação de segunda ordem, não pretendemos ficar preso a uma explicação juridico-formal de “como se orienta a jurisprudência”, mas verificar até onde e se os argumentos utilizados no direito, a partir da aplicação da boa-fé objetiva, podem contribuir, em primeiro lugar, para a garantia da autonomia do indivíduo, pois muito embora não tenhamos delimitado precisamente seus contornos, partimos do pressuposto de que é um valor desejável e que merece, por esta razão, proteção. Em segundo lugar, verificar até que ponto o discurso jurídico pode contribuir para a redefinição da própria noção moral de autonomia.

## 2. TEORIA DO CONTRATO E BIOÉTICA

Do ponto de vista jurídico, a relação entabulada entre médico e paciente é uma relação contratual.<sup>13</sup> Ela se desenvolve a partir de um vínculo estabelecido entre o paciente e o médico, cada qual com direitos e deveres recíprocos, existindo poucas exceções em que essa interação ocorre fora do âmbito jurídico-contratual.<sup>14</sup>

A relação contratual possui algumas consequências específicas na esfera da responsabilidade civil. A mais importante delas sem dúvida alguma reside no fato de que o descumprimento por parte do devedor implica em *culpa presumida*, bastando ao credor demonstrar que a prestação não foi adimplida.<sup>15</sup> Entretanto, isso não ocorre na relação médico-contratual, dada a especialidade da relação e do próprio contrato médico. Na relação médica, entre o dano ocorrido ao paciente e a ação praticada pelo médico podem concorrer causas exógenas que acabam influenciando no resultado. Esse fato pode gerar grande dificuldade na etiologia da responsabilidade civil. Por isso se diz juridicamente que o contrato médico é *sui generis* e a obrigação estabelecida

---

Neopositivismo – epistemologías para el Siglo XXI. **Cinta de Moebio**. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. No. 7, Março, 2000).

13 Embora a relação médica tenha sido regulada em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à r. aquiliana (art. 951 do CC), tal fato não nega a existência de um verdadeiro contrato entre o profissional e o cliente. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 328-329). “Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. IV. Responsabilidade civil. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 238). “Realmente, nítido é o caráter contratual do exercício da medicina, pois apenas excepcionalmente terá natureza delitual, quando o médico cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão.” (DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 675).

14 Sustenta ainda Maria Helena Diniz que a natureza da relação médico-paciente não será contratual quando: “a) nulidade do contrato celebrado entre médico e paciente; b) prestação espontânea de serviço profissional pelo médico que socorre vítima de acidente em via pública; c) prática de crime por parte do profissional de saúde; d) imposição da relação médico-paciente por força de serviço militar ou para ingresso em algum emprego; e) exercício de atividade médica contra a vontade do paciente, como ocorre no caso do suicida que vem receber assistência médica; f) atendimento médico a um paciente em razão de pedido de pessoa que não seja sua representante legal ou convencional; g) prestação de serviço médico a incapaz, em virtude da impossibilidade de obter autorização de seu representante legal; h) prejuízo material ou moral sofrido pelo paciente em razão de incêndio ocorrido no consultório, por ocasião de uma consulta médica” (DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 675)

15 “[Na R. Contratual] a vítima (credor) não precisa prova a culpa (que é presumida), basta provar que o contrato foi descumprido” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 28).

entre médico e paciente é de meio e não de resultado.<sup>16</sup>

Justamente pelo fato de a relação contratual médico-paciente ser de meio, a maioria dos autores da área jurídica sustenta que ela traz poucas consequências práticas, uma vez que está afastada a possibilidade de se deduzir uma culpa presumida pelo descumprimento. Ora, isso não só é certo, como parece ser justo! Muitas vezes o dano iatrogênico é inevitável e necessário para a obtenção da cura ou da melhoria da qualidade de vida. Pressupor culpa a todo dano causado, não seria razoável. Contudo, o fato de a relação médica ser eminentemente contratual, traz outra consequência que não tem sido observada pela doutrina jurídica. Essa consequência reside na incidência dos princípios da teoria geral dos contratos.

A teoria geral dos contratos possui duas fases históricas, através das quais foram concebidos e afirmados os princípios regentes dos contratos. Essas fases de criação histórica estabeleceram a transição de uma ética assentada em valores individualistas e liberais para uma que enfatiza os aspectos da solidariedade e dos valores coletivos.

A primeira fase dos contratos tem suas raízes no jusnaturalismo e se desenvolve até a primeira metade do séc. XIX. Nesse período, há o advento dos Estados nacionais e de suas respectivas ordens jurídicas pela codificação. Os valores liberais impõem sua marca ao conceberem a noção de contrato como um mútuo consenso de sujeitos livres e esclarecidos (autônomos), no qual o Estado não poderia intervir.

Essa primeira fase é responsável pela “visão clássica de contrato”, na qual se acentua a liberdade individual, o predomínio da autonomia da vontade e a validade da vontade exteriorizada pelas partes, para tanto devendo observar: a) se os sujeitos eram capazes; b) se o objeto era lícito de figurar em negócios; e c) se o negócio estabelecido exigia alguma formalidade que não foi observada. Os princípios cunhados nessa primeira fase são: a liberdade individual, a autonomia da vontade e a relatividade dos efeitos.

Já a segunda fase da teoria contratual começa a partir da segunda metade do séc. XIX, com uma crítica dirigida ao excesso de formalismo da concepção clássica. A concepção clássica adotou um conceito de igualdade formal que ocultava as relações de poder e o desequilíbrio de forças entre as partes em determinadas relações. Essa nova fase da ciência do direito foi marcada pela crítica ao formalismo jurídico, o que não demora para gerar efeitos em nível legislativo com o surgimento de uma série de leis restitivas ao abuso do poder econômico. Os princípios contratuais que surgem nesse período têm por finalidade relativizar a aplicação dos princípios criados no período imediatamente anterior, impondo “valores coletivos” que privilegiam a ideia do

---

16 “A responsabilidade contratual **pode ou não ser presumida**, conforme se tenha o devedor **comprometido a um resultado determinado** ou a **simplesmente conduzir-se de certa forma**. É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão” (SAVATIER, Apud: GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit., p. 238 – grifo nosso).

“predomínio da ordem pública sobre a vontade privada”. Os princípios criados nessa fase são: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio econômico dos contratos.

O que chama atenção no desenvolvimento da noção de autonomia na bioética em relação àquela desenvolvida pela ciência jurídica, é que enquanto na bioética a autonomia é uma “valor a ser conquistado”, na ciência jurídica foi um “valor que precisou ser superado”. Se consideramos a autonomia do paciente como uma relação contratual – que de fato é – essa luta aparece como uma demanda anacrônica. Fato que evidencia o absurdo de, em pleno século XXI, ainda precisarmos discutir o fim de qualquer forma de paternalismo social.

É preciso deixar claro que a autonomia do sujeito de direito no contrato (médico) não é de natureza diferente daquela que se demanda na esfera da bioética clínica.<sup>17</sup> Decerto que a bioética preocupa-se, sobretudo, com casos difíceis, os quais apresentam a mesma dificuldade no sistema jurídico: como o direito de se optar pela eutanásia, o direito de se recusar um tratamento, a regulamentação de tratamentos paliativos, o aborto e etc. São situações que suscitam um embate sem fim de argumentos, tanto no âmbito da fundamentação moral quanto no jurídico. No entanto, a compreensão do consentimento do paciente e do respeito por sua autonomia, se queremos seriamente enfrentar essa questão, deve compreender uma dimensão mais abrangente, que envolve toda a relação clínica, desde o diagnóstico até o tratamento.<sup>18</sup>

Apesar de ser uma discussão interessante, nosso enfoque principal não é explicar o porquê de a autonomia (ou o respeito à autonomia) ser ainda um princípio não consolidado na bioética médica, senão explicar como esse princípio, no âmbito contratual, foi socialmente insuficiente para garantir justiça às relações sociais, e, ainda, como essa experiência pode ser útil para a compreensão ética e para a consolidação dos direitos do paciente, na medida em que torna claro os fatores que influem sobre o consentimento informado.

---

17 A dificuldade de atingir-se essa compreensão reside no fato de que o contrato tradicionalmente é concebido como um acordo jurídico-econômico. Assim ao se falar em contrato, associa-se sempre a uma operação econômica e jurídica, mas quase nunca a um acordo produtivo que envolva outras esferas sociais (como a ciência, a educação a arte e etc.), tal fato explica a aparente disjunção existente entre o consentimento clínico e o consentimento contratual, quando na verdade correspondem a um único ato de consentir, que tem repercussão em várias de esferas sociais. Para uma discussão sobre um novo paradigma contratual, confira os trabalhos de MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social**. Tradução de Alvarado de Campos A. Lamparelli. São Paulo: Campus, 2009; TEUBNER, Gunther. *Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance*. In: Idem. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005, p. 269-299 e LOPES Jr., Dalmir. *O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade* in: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e a fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 141-171.

18 Assim como previsto no Código de Ética Médica: princípio XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

### 3. CONTRATO CLÁSSICO – AUTONOMIA, LIBERDADE E ÉTICA LIBERAL

A concepção de liberdade contratual com base numa igualdade meramente formal dos indivíduos foi importante para a passagem do período pré-moderno para a modernidade. Essa transição foi descrita por Henry Sumner Maine como o movimento do *status para o contrato*. Segundo esse autor do Séc. XIX, todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode ser descrito, sinteticamente, como um processo de transição do *status* ao *contrato*, ou seja, de uma sociedade estática e regida por estamentos para uma sociedade dinâmica com base na igualdade jurídica de seus membros.<sup>19</sup>

Nas sociedades antigas as relações entre os homens [...] eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu *status*, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua livre iniciativa individual e da sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.<sup>20</sup>

O contrato, em sua concepção moderna, é resultado da filosofia do *Aufklärung*, do período histórico de racionalização da filosofia jusnaturalista. A noção de *liberdade* individual iluminista passa a ser sinônimo de *autonomia* no âmbito privado, assim entendida como a capacidade do indivíduo em estabelecer relações jurídicas por um ato da vontade, cujos efeitos vinculavam apenas as partes envolvidas. Essa associação entre as ideias de autonomia e liberdade resultante da filosofia iluminista perdura até os dias de hoje.

Ao final do séc. XVIII, com a dissolução da ordem estamental, o homem, em sua personalidade abstrata, torna-se o detentor do direito, 'porque ele é um ser humano e não por ser judeu, católico, protestante, alemão, italiano, etc.' Dessa forma desaparece a vinculação da repartição do direito a uma estrutura social prescrita de forma demasiadamente concreta. O novo instrumento distributivo denomina-se contrato.<sup>21</sup>

A expressão do contrato como liberdade e autonomia foi tão preciosa para a sociedade

---

19 “A palavra *status* é mais comumente empregada para construir uma fórmula que expressa a lei do progresso, qualquer que seja seu valor, aparece para mim como algo suficientemente apurado. Todas as formas do *status* têm origem no direito pessoal que deriva, em sua extensão e qualidade, do poder e dos privilégios que antigamente residiam na família. Nós empregamos *status*, concordando com o uso dos melhores escritores, para significar apenas essa condição pessoal, evitando o emprego da terminologia que imediata ou remetoamente resultam do acordo, nós queremos dizer que o movimento progressivo da sociedade tem sido, até aqui, ditado pelo movimento do *status para o contrato*.” (MAINE, Henry. S. **Ancient law**. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Londres: John Murray, Albermale Street, 1894, p. 170).

20 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 26.

21 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 25. Aqui Luhmann está se referindo a afirmações feitas por Maine, uma vez que irá desenvolver que a passagem de uma ordem jurídica pré-moderna a outra, se deu com a passagem de uma diferenciação segmentária para uma funcional.



moderna que passa ser o fundamento de toda teoria social do período iluminista, além de servir ideologicamente como bandeira contra a opressão e privilégios do antigo regime.<sup>22</sup>

A vinculação da ideia de liberdade com a de contrato e de autonomia foi o componente ideal e necessário para o florescimento dos ideais da sociedade moderna. O que torna igualmente compreensível o predomínio formal da concepção do contrato, pois para uma sociedade que necessitava se desvincilhar das relações pessoais calcadas na família, na diferença de classes e no status social, era importante que o contrato traduzisse o ideal de igualdade formal.<sup>23</sup>

A visão racionalista do jusnaturalismo moderno foi responsável pela constituição de uma visão puramente *formalista do contrato*, como a de um acordo consensual de vontades privadas, em que as partes são *livres* e estão na mesma condição de *igualdade* para anuir, visto que a perspectiva universalista do direito natural moderno se baseava numa concepção igualitarista e abstrata sobre o homem e sobre a moral. Assim, a doutrina dos direitos naturais além de conceber o homem como um ser livre, o identificava como um “ser racional”, fato que permitia, por dedução lógica, chegar a conclusão de que todos são iguais.<sup>24</sup>

Esse fundamento moral ganha outra conotação no campo jurídico. A juridificação da autonomia e da liberdade implica aceitar que todos os sujeitos possuem responsabilidade pelas ações praticadas. As concepções filosóficas iluministas concorrem para o contrato da seguinte maneira: uma vez que o homem é *livre e racional*, isto é, dotado de *autonomia*, aquilo que ele estabelece como o objeto de uma promessa, *deve ser cumprido*; Em segundo lugar, haja vista que os homens são livres e capazes de estabelecer promessas válidas entre si de forma responsável, porque são juridicamente iguais, *não se justifica qualquer tipo de intervenção do Estado na relação contratual*. Não é difícil encontrar na literatura jurídica referências aos princípios norteadores do contrato clássico: o princípio da liberdade contratual; o princípio da obrigatoriedade e o princípio da

---

22 Neste sentido argumenta Enzo Roppo ao tratar da evolução histórica do instituto de contrato, que o mesmo foi a “bandeira das sociedades modernas nascidas das revoluções burguesas” (ROPPO, Enzo. Op. Cit, p. 28) e que a os princípios ideológicos do período podiam ser sintetizados em uma única ideia: a liberdade de contratar. Do ponto de vista econômico, adunava-se aos mandamentos de uma ideologia econômica liberal e, do ponto de vista político, forneceu a principal base de fundamentação da sociedade e do Estado”.

23 “Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de 'estado', que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão de sua iniciativa, das potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado [...]” (ROPPO, Enzo. Op. Cit, p. 36-37).

24 Através do *Leviatã* é possível empreender uma visão geral do pensamento jusnaturalista. A condição natural do homem é de igualdade, diz Hobbes e não de diferença, neste sentido, qualquer diferença que venha a ser criada é contrária à ideia de direito natural. A explicação de Hobbes é que a razão permite anular as diferenças: “a natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora às vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, ainda assim, quando tudo é considerado em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é tão considerável para que um deles possa, por causa disso, reivindicar para si algum benefício ao qual o outro não possa também aspirar, tal como ele.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 107)

relatividade dos efeitos do contrato.<sup>25</sup>

O fundamento ético para o conceito de autonomia encontra sua base na filosofia moderna, posto que com a modernidade filosófica, a noção de indivíduo emerge como conceito central na construção da teoria ética e política. Esse fundamento repercute diretamente na concepção do contrato como um acordo entre indivíduos capazes (racionais) e, portanto, possuidores de autonomia para estabelecer disposições válidas juridicamente. Essa noção de dever contratual formal, que encontra guarida no conceito de autonomia,<sup>26</sup> tem origem na ética filosófica da modernidade.

Contudo, ao fim do século XIX, com o surgimento de um mercado de massa e grandes empresas de prestação de serviços, surge uma nova modalidade de contrato, os contratos de adesão. Os contratos de adesão com suas cláusulas standards representavam um nova necessidade para a dinâmica dos mercados de larga escala. Os contratos de adesão caracterizam-se por não possuírem margem de negociação quanto ao seu conteúdo, suas cláusulas são impostas por uma das partes sem qualquer tipo de consenso. Esses contratos começam a pôr em evidência a desigualdade e a relação de poder de uma das partes.

Já a partir da segunda metade do século XIX, as demandas por igualdade material ganham corpo e novos elementos se agregam à interpretação e à concepção do contrato. A ideia de boa-fé contratual e do controle sobre a lesão, mais que sofisticções teóricas, foram necessidades sociais surgidas na tentativa de controlar o abuso do poder econômico imposto pelo advento dos contratos padronizados e das cláusulas de adesão.<sup>27</sup> Uma realidade que evidenciou que o princípio da autonomia, por si só, era incapaz de garantir justiça às relações em que uma das partes detinha o poder de influenciar a tomada de decisão da outra, tornando necessário a introdução de novas bases ou princípios para reequilibrar essas relações específicas.

---

25 “Os princípios básicos do direito contratual eram os da autonomia da vontade, a supremacia do acordo firmado a partir do mútuo consentimento e da liberdade” (MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007., p. 44).

26 “[...] liberdade de contratar e igualdade formal dos contraentes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer 'contratual' equivale a dizer 'justo' (*qui dit contractuel dit juste*)” (ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 35).

27 Após a revolução industrial do início do século dezanove, a descoberta de novas formas de energia, a nova organização do trabalho nas empresas com o fordismo, todas estas mudanças atingem o conjunto da economia com um impacto sem precedentes. O contrato standard aparece como uma necessidade para as praticas econômicas. Estandarizam-se os títulos de crédito, os contratos que disciplinavam as transações na bolsa. Os bancos passaram a uniformizar as cláusulas que negociavam com seus clientes. Os transportes de massa trazem a necessidade de um contrato de seguro que o abrangesse, e etc. “A sua característica mais relevante consiste, na verdade, em tratar-se não já de uma restrição de liberdade contratual de ambas as partes, a estas impostas por uma fonte autoritária externa; trata-se, inversamente, de restrição da liberdade contratual de só uma das partes da relação, a esta imposta pela contraparte, que se prevalece e abusa de sua posição de predomínio econômico-social. O predisponente – contraente ‘forte’ – longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um meio de expandir e potencializar tais poderes” (ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 318).

#### 4. COMUNITARISMO CONTRATUAL: BOA-FÉ OBJETIVA E COMO LEALDADE E CONFIANÇA

No início do século XX, o código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) incorporou, em alguns de seus artigos, uma cláusula aberta que acabou lançando as bases de um novo paradigma para as relações jurídico-privadas. Essa cláusula aparece, com redação muito semelhante, em dois artigos. Um deles é o art. 242, que trata da “prestação por lealdade e confiança” (*Leistung nach Treu und Glauben*), o qual traz a regra geral para cumprimento das obrigações: “O devedor está obrigado a realizar a prestação, com a mesma lealdade e confiança que se exige ao atuar nas práticas cotidianas”.<sup>28</sup> Enquanto o Art. 157, que trata da interpretação dos contratos (*Auslegung von Verträgen*) dispõe que “os contratos devem ser interpretados, com a mesma lealdade e confiança que se exige ao atuar nas práticas cotidianas”.<sup>29</sup>

Como pode se ver, em ambos os artigos há a mesma sentença que expressa a exigência de que os acordos jurídicos (contratos) estejam embasados por um comportamento ético-social. Em outras palavras, acrescentou-se ao contrato um reforço ético que induz ao sentido de: “espera-se no comportamento contratual, o mesmo atuar ético do sujeito que faz uma promessa” e a expressão cotidiano ou trânsito corrente das relações [*Verkehrssitte*] parece inserida para que essa promessa seja faticamente válida e empiricamente constatável.

Contudo, é certo que a inclusão da cláusula da boa-fé exerceu um papel importante na nova orientação do direito privado. A cláusula alemã da “boa-fé”, *Treu und Glauben*, que se pode traduzir como lealdade e confiança (Confiança e Crença), guarda uma relação remota com o instituto romano da *bona fides* (boa-fé), porém com ele não se confunde. A *bona fides* ainda está presente em muitas codificações e sua inclusão normativa diz respeito à análise de aspectos ligados ao caráter de uma das partes em uma dada relação jurídica. No direito alemão, essa boa-fé de origem latina aparece na forma da expressão *guter Glauben*. A cláusula *Treu und Glauben*, contudo, possui um sentido diferente. Ela não está ligada a uma análise de intenção das partes, isto é, pouco importa se uma delas quis ou não ludibriar a outra, mas se, em face das circunstâncias socialmente verificáveis, é possível auferir que uma expectativa estabelecida foi rompida e, com isso, a confiança depositada no comportamento esperado.

No caso brasileiro, a cláusula de origem alemã é chamada de boa-fé objetiva. Por

---

28 § 242 - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

29 § 157 - Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

influência do código civil francês de 1804<sup>30</sup> e do código civil português de 1966<sup>31</sup> acabamos adotando a mesma nomenclatura utilizada por esses países de tradição latina. Devido a esta imprecisão linguística que pode nos remeter a conceitos diferentes, precisamos sempre acrescentar o sufixo objetiva para fazer referência a esse instituto tipicamente alemão e o sufixo subjetiva quando nos referimos ao instituto latino. Na dogmática jurídica é utilizada, por esta razão, a diferença entre boa-fé subjetiva<sup>32</sup> e objetiva.<sup>33</sup>

Historicamente, a boa-fé objetiva surge na segunda metade do século XIX, consentânea à passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar do início do Séc. XX. Na teoria jurídica, mais especificamente, o surgimento da boa-fé marca a compreensão de que determinados princípios contratuais, de cunho liberal (cuja origem remota está no contratualismo filosófico e no juspositivismo do início do séc. XIX) não garantiam, por si só, uma equidade às relações. Por estes princípios, a relação jurídica contratual apareceria como um acordo exclusivamente privado, de modo que não poderia sofrer qualquer tipo de interferência externa, vinculando apenas os indivíduos envolvidos naquela relação estabelecida e sem qualquer interferência de natureza ético-valorativa – a não ser pela própria ideia de liberdade, como não intervenção.

A boa-fé é uma cláusula aberta que possui uma função jurídica prática. Como instituto jurídico, ela exerce uma função no âmbito de um processo judicial, funcionando como critério de justificação para uma determinada decisão judicial. Apesar de possuir esse caráter prático, ela não é uma “regra fechada”. No dizer de Ronald Dworkin, ela não é um “tudo ou nada”, nem tampouco é um princípio que possui amplo aspecto de generalidade assentado que está em valores tão somente.<sup>34</sup> A boa-fé objetiva é uma “cláusula aberta” e como tal seria um “meio termo” entre as

---

30 Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. [As convenções legalmente formadas tomam o lugar da lei para aqueles que a estabelecem. Elas somente não podem ser revogadas por consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa fé].

31 ARTIGO 227º (Culpa na formação dos contratos) - 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

32 “A boa-fé subjetiva, começando pelo que é conhecido e sabido, é uma espécie de conhecimento ou desconhecimento – portanto, algo psíquico nas pessoas – que o Direito considera especialmente no campo dos direitos reais. A boa-fé no usucapião encurta o prazo. A boa-fé na questão de frutos dá direito ao possuidor sobre frutos, no caso das benfeitorias, e assim por diante. Esta boa-fé é um estado de espírito que, naturalmente, entra no suporte fático para aquisição de direitos, principalmente direitos reais.” (Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé objetiva nos contratos. In: Anais do Encontro Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. *Série Cadernos do CEJ*, Volume 20, 2002. Disponível em: << <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>>). Teresa Negreiros, por sua vez, explica que a boa-fé subjetiva consiste “numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. [...] Analisada sob a ótica subjetiva, a boa-fé apresenta-se como uma situação ou fato psicológico. Sua caracterização dá-se através das intenções da pessoa cujo comportamento se queira qualificar” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120).

33 “Ontologicamente, a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num dever de conduta contratual ativo, e não de um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante; obriga a um certo comportamento, ao invés de outro; obriga à colaboração, não se satisfazendo com a mera abstenção, tampouco se limitando à função de justificar gozo de benefícios que, em princípio, não se destinariam àquela pessoa” (idem, p. 122).

34 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes,

regras e os princípios. Isto porque ela possui uma função prática (anular um contrato, manter um contrato, garantir a um terceiro manutenção da propriedade, ensejar pagamento de indenizações por danos causados e etc.), e, ao mesmo tempo, depende substancialmente de uma análise fático-valorativa, ou seja, é preciso verificar, no caso concreto, se uma das partes atou ou não com a lealdade esperada, rompeu ou não com uma confiança que foi depositada em alguma expectativa gerada pela outra parte.

Antônio Junqueira de Azevedo aponta que é preciso considerar o jogo de expectativas geradas no âmbito contratual para analisar a boa-fé objetiva.<sup>35</sup> Primeiro, e antes de mais nada, é preciso verificar a presença de boa-fé objetiva na relação entre as partes, se uma das partes *gerou uma expectativa* em relação a determinada prestação. Além disso, se essa expectativa gerada na outra parte *foi objeto de consideração para seu próprio comportamento*, isto é, se a parte fiou-se na expectativa e investiu nela. Em terceiro lugar, se a expectativa gerada possui um *fundamento fático razoável*, ou seja, é preciso se constatar que a expectativa criada não foi fruto de um otimismo exagerado e nem de uma representação subjetiva qualquer.

A boa-fé objetiva é uma “leitura” jurídica do jogo de expectativas desenvolvido na interação social. Para Niklas Luhmann, contudo, o jogo de expectativas na interação social possui um papel mais importante, pois acaba constituindo o epicentro de onde emana o *dever ser* da norma jurídica.<sup>36</sup> Em sua concepção de interação social, o autor argumenta que as ações humanas apresentam complexidade quanto às escolhas e contingência quanto aos resultados, e, quanto maior a complexidade, maior a contingência. Assim, numa interação social entre alter e ego, um espera do outro determinado comportamento em face da própria experiência social compartilhada. Contudo, há comportamentos sociais que admitem a frustração da expectativa, como por exemplo o paciente espera que o médico seja simpático na ocasião da consulta. Essas expectativas são meramente *cognitivas*, diz Luhmann, e estão sujeitas a um processo de aprendizado social, pois, uma vez frustrada esse tipo de expectativa, não se pode exigir sua recomposição. São expectativas simples que se desenvolvem sem um “acordo” social mais abrangente, são “unilaterais”, por assim dizer, uma vez que não há uma reflexividade<sup>37</sup> sobre a expectativa: *ego espera de alter que ele aja de certo um modo*, mas não há nada além dessa esperança primária.

No entanto, o comportamento social passa a não aturar o desvio, quando passa a existir

---

2002, p. 39 e ss.

35 Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Op. Cit.

36 Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 53 e ss. e LOPES JR., Dalmir. “introdução” in: ARNAUD, Andre-Jean e LOPES JR., Dalmir. Niklas Luhmann – do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15-17.

37 “A reflexividade expressa a relação em que *alter* sabe que *ego* determina seu comportamento em função dele, então *alter* pode considerar o efeito dessa antecipação. *Alter* pode não deixar claro suas intenções ou enganar *ego* a partir de uma dissimulação. Acontece que justamente por isso que são formadas as estruturas dos sistemas sociais. O comportamento não pode ser previsto, mas aquele que atua numa interação cria a expectativa sobre o que é esperado, ou seja, ele cria uma expectativa sobre expectativas” (LOPES JR., Dalmir. op. Cit., p. 16).

uma situação em que há dupla contingência. A dupla contingência surge a partir de uma demanda social que se consolida em norma de direito.<sup>38</sup> Na dupla contingência,<sup>39</sup> há uma expectativa de *ego* sobre *alter* (primária) e uma expectativa que *ego* cria a partir daquilo que imagina que *alter* espera dele (secundária). Esse tipo de reflexividade, que surge socialmente, somente pode ser mantida na medida em que as expectativas surgidas na dupla contingência possam ser refeitas ou garantidas. As normas jurídicas são a garantia mais efetiva das expectativas surgidas na relação de dupla contingência. Por isso, são verdadeiras estruturas sociais erigidas para a manutenção da confiança.

Ao analisar o papel da boa-fé objetiva na prática judicial e na própria ciência do direito (teoria), é possível verificar que ele vai além de uma mera questão instrumental. A boa-fé objetiva está intimamente ligada à manutenção de um jogo de expectativas que envolve comportamentos e valores socialmente compartilhados, porque atua em nível negocial, garantindo as expectativas não estão limitadas tão somente ao que foi [e em torno do que foi] “consentido”, mas também sobre aquelas que *não foram objeto de consenso*, embora deveriam ter sido. A boa-fé objetiva garante expectativa contra o abuso de direito, ou seja, garantem que determinados comportamentos legalmente estabelecido não sirvam de justificativa a fim de permitir que uma das partes se exima de suas obrigações jurídicas (e morais) ou que cause dano a outrem.<sup>40</sup>

## 5. O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA NA PRÁTICA JURÍDICA

A boa-fé objetiva, como cláusula aberta, tem sido utilizada nos mais variados casos jurídico-contratuais. Sua aplicação abarca tanto o direito do consumidor como as relações entre os particulares. Em ambos os ramos do direito, a noção é a mesma. A vontade apresenta-se como elemento fundamental para a constituição dos negócios jurídicos, mas essa vontade precisa ser apreendida dentro de certos parâmetros ético-sociais. No primeiro momento, questiona-se apenas se a vontade existe, se ela foi declarada, pois sem vontade não há negócio, vencida essa análise existencial, parte-se para a segunda indagação: se a vontade foi emanada de forma livre e consciente. Tanto a falta de liberdade como a ausência de consciência sobre a manifestação são elementos importantes para dizer se um negócio jurídico (e, por conseguinte, um contrato) é válido.

---

38 Sem necessitar de um correlato ato legislativo por parte do Estado, uma vez que o próprio costume pode constituir regra jurídica.

39 “Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito” (LUHMANN, Niklas. Op. Cit., p. 48).

40 Aqui a boa-fé objetiva encontra-se com o papel de proibir o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e a falta de critérios equitativos do comportamento esperado em termos de valores, isto é, como alguém que viola uma regra e solicita de outra parte um acatamento, que em direito é conhecido como *tu quoque*. Essas cláusulas representam a violação à confiança depositada em uma relação, a qual é juridicamente constatável pela ausência de boa-fé objetiva.

A ausência de liberdade na manifestação da vontade, por coação ou por estado de perigo, ou a falta de consciência do agente que a emana do erro, do dolo ou da lesão, são causas que viciam e invalidam o negócio jurídico. Em todos esses casos, a boa-fé objetiva funciona como requisito fundamental para o julgamento, em outras palavras, a boa-fé objetiva é o elemento que garante o reequilíbrio da autonomia da vontade, o qual se efetua pela interpretação dos valores que gravitam em torno da confiança e da autonomia.

Nas linhas a seguir, apresentamos alguns casos judiciais na área de saúde com o objetivo de demonstrar como a boa-fé objetiva tem sido utilizada como critério decisional nas mais variadas matérias. Do mesmo modo, procuramos evidenciar a sua função no âmbito do processo judicial, isto é, como seu fundamento fica vinculado à confiança e como isso reforça a ou garante, por via da lide, a autonomia individual.

Francisco Eduardo Loureiro em trabalho relativo à responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, aponta uma série de casos em que a boa-fé objetiva tem servido como parâmetro decisional. Primeiro, demonstra sua utilização nos contratos de adesão de planos de saúde, onde se estabelece uma cláusula que limita o tempo de internação; e em seguida, apresenta a discussão se é possível instituir uma cláusula que impeça a assistência médica na própria residência do segurando, os chamados *home care*.

O primeiro caso foi objeto de Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>41</sup> Nesta ocasião foi decidido que constituía abuso de direito a cláusula que fixasse um período máximo de tempo para internação. O contrato, por mais que seja um acordo de vontades entre sujeitos autônomos, livres e conscientes, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento de que não haveria limites para a liberdade acaba gerando um desajuste nessa relação pelo poder que pode dar margem a um abuso de direito. Foi justamente com base nesse pensamento que a boa-fé objetiva surgiu como regra limitadora da liberdade das partes.

No Recurso Especial 158.728/RJ do STJ explicita-se esse argumento:

O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade esta coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.<sup>42</sup>

---

41 Súmula 302 de 2004: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

42 STJ. Resp. 158.728/RJ. Citado por LOUREIRO, Francisco E. “Planos e seguro de saúde”. In: SILVA, Regina B. T. da (org.). **Responsabilidade civil na área de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306.

A autonomia privada aqui não é da mesma natureza da autonomia do paciente em poder decidir sobre questões médicas, mas está imersa em uma relação de consumo com conflitos de interesses: suposta autonomia da parte (que assina um contrato) *versus* a confiança que se deposita em um seguro de saúde, no qual se espera poder usar todos os serviços ofertados na ocasião de uma necessidade aleatória.

De forma semelhante, os tribunais têm se posicionado contrariamente em relação à cláusula que exclua o tratamento médico conhecido como *home care*. Ainda que essa disposição contratual esteja estabelecida de forma expressa, entende-se que “o *home care* seria uma forma especial de internação, com diversas vantagens, tanto para o paciente, em razão do menor risco de infecções, quanto para a seguradora, haja vista o menor custo de manutenção do regime”.<sup>43</sup> Sustenta Francisco Eduardo Loureiro que a exigência de manutenção do serviço de *home care* contra a vedação da literalidade do texto contratual, impõe-se em razão do “dever de colaboração de corrente da boa-fé objetiva, de facilitar o adimplemento e a execução do contrato”.<sup>44</sup>

A regra da boa-fé objetiva faz parte do contratos como condição de validade dos mesmos, pouco importando qual seja sua natureza, pois é requisito dos negócios jurídicos, mas, particularmente nos casos das operadoras de saúde, poder-se-ia considerar ainda outras circunstâncias em que ela, a boa-fé, vem exercendo papel fundamental na resolução de conflitos. Novamente, Loureiro diz que isso ocorre, porque na fase atual da medicina corporativa, a confiança que antes era depositada no médico, passa, nas relações de massa, para o organizador dos planos e saúde, de quem se espera “boa qualidade dos serviços, como também à sua persistência e cobertura leal dos acontecimentos futuros relacionados à saúde”. Acrescenta que a relação entre segurado e operadora de saúde está fundada na confiança dos serviços e na incerteza quanto à sua utilização, espera-se contar, em situação de contingência – dada a aleatoriedade da prestação – com a cobertura de saúde contratada. Acrescenta o autor que

a cooperação do segurador e da operadora de planos de saúde é virtual, conferindo ao cliente usuário a sensação de segurança, de tranquilidade, de libertação de preocupação. Logo, o bem que persegue o segurado, num primeiro momento, é ver-se livre da ânsia que advém da incerteza do porvir, que desencoraja e paralisa o espírito de iniciativa.<sup>45</sup>

Um acórdão muito ilustrativo do uso da boa-fé na relação do segurado com as operadoras de saúde é a Apelação Civil 71001610633 de 2008 do TJRS.<sup>46</sup> Neste caso, o autor realizou cirurgia por médico conveniado de seu plano de saúde. No entanto, em complicação posterior e diante da inexistência de médicos conveniados para atender a urgência, foi

---

43 TJSP, AI 314.691-4/1, rel. Des. Quaglia Barbosa. Citado por LOUREIRO, Francisco E. Op. cit., p. 306.

44 LOUREIRO, Francisco E. Op. cit., p. 306.

45 Idem, p. 299.

46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n. 71001610633 de 2008 do TJRS. Relatora: Des. Maria José Schmitt Sant'Anna. 2008.



encaminhado, em ambulância do plano, a um hospital que não integrava o convênio. O autor narra que, no interior da ambulância, externou sua preocupação quanto à possível cobrança adicional pela utilização de um hospital não credenciado, mas lhe foi garantido pelos atendentes que o acompanhavam na ambulância, que ele não sofreria prejuízo algum.<sup>47</sup> No entanto, após a realização de nova cirurgia, a operadora de saúde reembolsou apenas parte do valor despendido sob a alegação de que a utilização de hospital não conveniado obriga somente ao pagamento do valor de tabela.

O voto da relatora traz argumentos preciosos para a compreensão do papel da boa-fé objetiva quando chama atenção para os elementos fáticos a serem considerados na decisão:

**consigna-se a plena validade da cláusula contratual que, com base em tabela própria, limita o reembolso dos valores gastos pelo beneficiário do plano de saúde com serviços prestados por pessoas não credenciadas pelo convênio de saúde. [No entanto] [...] dentro da ambulância, foi-lhe garantido pelos prepostos da recorrente que o acompanhavam que ele não sofreria nenhum prejuízo por utilizar um hospital não credenciado pelo convênio, sobretudo porque se tratava de questão de urgência e não havia médicos credenciados disponíveis no momento para atendê-lo. Nada mais natural que o recorrido, em grave estado de hemorragia, necessitando realizar novo procedimento cirúrgico, sendo transportado por uma ambulância, acreditasse nas informações que lhe haviam sido repassadas. Exigir dele que ele se recordasse sobre a cláusula contratual que limita o reembolso dos valores gastos com pessoas não credenciadas pelo convênio e questionasse especificamente os prepostos que lhe haviam passado informação em sentido contrário beira o absurdo.** Dessa forma, a posterior limitação do reembolso **ofende a boa-fé objetiva**, mormente porque foi garantido ao suplicado que não sofreria nenhum prejuízo.<sup>48</sup>

Deixando de lado as relações entre clientes e operadoras, partimos para a relação médico-paciente propriamente dita. O acórdão 464.615 do TJDF<sup>49</sup> versa sobre uma lide envolvendo uma paciente que se submeteu a uma cirurgia estética (abdominoplastia), cujos resultados foram pretensamente insatisfatórios, pois resultaram em uma cicatriz permanente. Na parte passiva do processo figuram o cirurgião responsável pelo procedimento e a clínica onde atuava. A autora (paciente) afirma que durante o ato cirúrgico, pareceu-lhe que o profissional não procedia com uma boa prática, demonstrando relativa inexperiência no procedimento. Importante lembrar que nas cirurgias estéticas puramente embelezadoras – sem que haja o escopo de corrigir uma imperfeição física preexistente – a responsabilidade dos profissionais é de resultado e não de meio, isto é, o cirurgião compromete-se com o resultado a ser atingindo. Explica então o relator do processo que é, portanto, difícil auferir se o resultado obtido foi ou não satisfatório, uma vez que há relativo grau de subjetividade na própria definição de beleza e na concepção daquilo que se presume *satisfatório*. O médico, por sua vez, alega que o resultado obtido foi o esperado para esse tipo de procedimento.

O relator conclui que somente é possível decidir esse caso, comparando com outros em

---

47 Idem, p. 2.

48 Idem, p. 3-4.

49 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Civil n. 20060310233162APC. Acórdão 464.615. Relator: Des. Jair Soares. 2006.

que o resultado não tenha sido questionado, pois é importante que “sejam buscados parâmetros outros de exame, que possam contemplar as expectativas depositadas pela paciente com relação ao efetivo sucesso da intervenção cirúrgica, aí incluídas a técnica empregada e as informações transmitidas”.<sup>50</sup>

No caso em questão, o relator observa que, embora a perícia realizada em razão do processo indique que, do ponto de vista técnico, a cirurgia, a internação e o resultado obtidos tenham ocorridos dentro dos padrões que se esperam para esse tipo de intervenção, nos depoimentos, tanto do médico (réu) como do perito chamados a se manifestarem nos autos, constata-se a afirmação de que *uma cirurgia estético-reparadora poderia corrigir a cicatriz gerada, melhorando assim o resultado*. Ora, por interpretação lógica, o relator conclui que se o resultado poderia ser melhorado, é porque não atingiu o grau de satisfação esperado. Importante destacar esse ponto do acórdão, porque ao sobrevalorizar o depoimento dos envolvidos em detrimento da prova técnica, o relator, na nossa visão, tacitamente afirma a importância da busca da verdade real no caso concreto, sobretudo quando se considera que a prova pericial, nestas circunstâncias, pode estar comprometida por um espírito de proteção corporativa.

No entanto, ainda resta examinar, neste caso, se a informação dessas consequências foi transmitida à paciente, a fim de que pudesse ponderar (e consentir) sobre os riscos inerentes ao procedimento. Esse dever de informar o paciente sobre as contingências possíveis das ações, decorre, como diz o relator, do boa-fé objetiva:

De outro lado, cumpre examinar se as informações oferecidas pelo médico antes do procedimento foram suficientes a incutir na autora a vontade de se submeter à cirurgia, ou seja, se a conscientizaram dos riscos a que se sujeitava e, sobretudo, do resultado que poderia esperar.

Nesse ponto, oportuno asseverar que a **boa-fé objetiva, princípio informador de todo e qualquer negócio jurídico, traz como corolário o dever anexo de informação, de modo que “cabe ao contratante detentor da informação ou de determinado conhecimento técnico expor detalhadamente ao outro contratante (que ignora o fato ou não dispõe de informação técnica), antes de firmado o contrato, tudo o que for relevante com relação ao contrato, seu objeto e sua execução”** (José Fernando Simão, *in* Direito Civil – Contratos, Atlas, p. 24)

A autora alega que, se tivesse informações claras e precisas quanto aos riscos do procedimento, poderia ter optado por não realizá-lo. E os réus argumentam que a autora assinou termo de esclarecimentos, ciência e consentimento, com o que satisfeita a exigência.

Referido documento (f. 93), conquanto firmado pela autora, não autoriza a conclusão de que tenha ela exteriorizado conscientemente sua vontade.<sup>51</sup>

Com esse caso, pode-se ver que o dever do médico de prestar as informações, de forma clara, precisa, e em linguagem acessível, sobre o tratamento e os riscos a que o paciente está sujeito é decorrência de uma regra que garante a autonomia, a qual é constatável pela quebra de uma

---

50 Idem, p. 5.

51 Idem, p. 6 [grifos nossos].

relação de confiança, representada pela expectativa generalizada de que o médico deve informar o paciente sobre seu quadro clínico, que envolve o diagnóstico e o tratamento. Por isso, acreditamos que a discussão a respeito do Consentimento Informado (ou Livre e Esclarecido), que está intimamente relacionado na discussão bioética ao tema da autonomia do paciente, deve ter em conta esse laço que envolve os valores da lealdade, da confiança e da solidariedade.<sup>52</sup>

Os casos acima apresentados demonstram como a autonomia somente pode ser consolidada, quando houver uma informação real (existente) e suficiente do ponto de vista qualitativo e quantitativo. Ademais, tornam igualmente clara a visão de extrema dependência e fragilidade em que se encontra o processo de tomada de decisão por parte do paciente na área médica, pois, a autonomia é altamente dependente de uma relação de confiança. Aqui se torna claro, também, o papel que a boa-fé objetiva desempenha neste tipo de relação [jurídica], uma vez que ela possui uma função corretiva de assegurar a igualdade em uma relação de poder ou de desequilíbrio, não apenas estabelecendo “deveres acessórios de informação”, mas garantido o direito do paciente de ser respeitado em sua autonomia. Esse desequilíbrio que a boa-fé visa aqui corrigir, não é, contudo, de natureza econômica – o que justificou sua criação jurídica – mas gerado pela dependência do paciente em relação a uma informação técnica que só o profissional [médico] pode fornecer.

A Apelação Civil 46.339/97 do TJDF<sup>53</sup> traz outro exemplo de como o direito de autonomia do paciente na prática médica tem sido compreendida em nível de princípios contratuais. Trata-se de um caso cheio de detalhes fáticos que faz com que sua descrição seja extensa, por isso, vamos ressaltar apenas os aspectos mais relevantes, mas com a preocupação de fornecer ao leitor um quadro completo sobre o que versa a lide.

O médico diagnosticou “miopia e catarata” nos dois olhos. Após os exames, o réu disse que a cura poderia ser feita através de intervenção cirúrgica. Preocupado com a cirurgia indagou ao réu a respeito da possibilidade de sucesso, quando lhe foi dito que as chances eram de 80% de cura. **Diante da confiança que depositou no profissional resolveu fazer a cirurgia, tendo para tanto feito os necessários exames pré-operatórios, os quais atestaram a normalidade de seu estado clínico.** [...]

o seu olho esquerdo foi operado, mas quando da retirada do curativo sentiu que tinha perdido a visão, o que causou espanto no réu, pois esperava outro resultado.

Constatado o problema, o réu prescreveu-lhe medicamentos e o deixou aos cuidados de outra pessoa, viajando em seguida, sem lhe prestar assistência. Quando o réu retornou,

---

52 Nesse ponto uma nota importante sobre o conteúdo material da boa-fé: ela é uma regra contextual, ou seja, o dever por ela instituído de prestar a informação, ser leal a uma expectativa criada, não utilizar um comportamento contraditório para se eximir de uma obrigação, etc, somente pode ser verificado no caso concreto. Conforme Menezes Cordeiro: “A actuação da boa-fé concretiza-se através de deveres de informação e lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde pessoas se relacionem de modo específico. [...] A informação e a lealdade, por si, pouco dizem. Convertidas em objecto de deveres, elas deixam por esclarecer o seu teor e extensão e designadamente: o que visa a informação e com que diligência deve ser exercida e a que obedece a lealdade e quais os seus objectivos.” (MENEZES CODEIRO, A. M. da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2007, p. 648).

53 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Civil. Des. Carmelita Brasil. 1997.

ele constatou que o seu estado clínico era o mesmo, encaminhando-o a outro profissional, informando ao novo médico que havia ocorrido um acidente.<sup>54</sup>

Citado para responder, o médico alegou então que o paciente era “alto míope” e que como tal sua visão limitava-se a diferenciar vultos e contar dedos. Sua expectativa era de que a cirurgia fosse bem sucedida, mas não garantia a devolução da visão, uma vez que por ser alto míope, o paciente estava sujeito ao risco de descolamento de retina.

A desembargadora relatora do acórdão traz a baila a doutrina da boa-fé objetiva ao citar trecho do livro de Cláudia de Lima Marques para enfatizar que as expectativas geradas pelas partes integram o contrato e que não basta apenas a manifesta da vontade como autonomia, mas analisar se esta autonomia está de acordo com uma ética social de valores que representam um ideal de bem comum:

A nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para o qual não só o momento de manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância... À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a defender determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa fé, das partes contratantes. Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.<sup>55</sup>

Segue o relatório com a afirmação de que é dever do médico revelar ao paciente sobre os riscos aos quais está sujeito, e que a ausência dessa informação implica em vício do consentimento informado (leia-se: vício da vontade do negócio jurídico por violação da boa-fé objetiva). Ademais, aduz a relatora, que o médico não juntou aos autos o histórico do ocorrido na sala de cirurgia, não explicou os procedimentos usados e nem os medicamentos que prescreveu. Comprovada ficou a negligência médica no pós-operatório, porque no dia seguinte à cirurgia o autor retornou ao consultório e foi tirado o curativo. Nessa ocasião, o paciente alegou que não via nada! Mas o médico retrucou que a perda da visão era temporária e que isso ocorrera em razão de uma inflamação pós-operatória. O médico não se preocupou em acompanhar a suposta recuperação do paciente, nem fez menção de marcar nova consulta, mas ao contrário, mandou o paciente para casa e disse que iria viajar, deixando a indicação de outro profissional caso precisasse.

A boa-fé objetiva, em todos os casos em que ela é trazida acima, impõe o respeito a

---

54 Idem, p. 2 [grifo nosso].

55 Idem, p. 7.

determinado tipo de lealdade que é necessária para a garantia das expectativas normativas. A lealdade ou a confiança são valores garantidos por meio da cláusula da boa-fé e sempre estão em íntima relação com a autonomia das partes e sua liberdade.

## 6. CONCLUSÃO

A evolução histórica da teoria do contrato demonstra que foi preciso superar a ideia de que a autonomia, no âmbito da relação jurídica, seria suficiente para garantir a justiça. O consenso estabelecido entre as partes de uma relação a partir da ideia simples de que a autonomia é uma expressão de pessoas livres e racionais e que, por essa razão, deveriam ser também livres para estabelecer as bases de um acordo, não resiste a crítica de que a falta de igualdade oculta, por vezes, relações de poder e de desigualdade.

Gerald Dworkin afirma a associação da ideia de autonomia com a de liberdade é falsa e defende que a autonomia está centrada em outros valores. O autor argumenta que, por exemplo, quando uma testemunha de jeová é submetida coativamente à transfusão de sangue, interfere-se diretamente em sua liberdade, porque partimos da concepção de que a liberdade é a capacidade de fazer o que se quer. Entretanto, não há correlação com a liberdade, quando um paciente recebe uma informação errada e toma, a partir dela, uma decisão.<sup>56</sup> Neste caso, o que se ofende é a autonomia e não a liberdade, porque sua capacidade de querer está limitada. Por outro lado, sustenta G. Dworkin, a noção de autonomia está melhor compreendida quando consideramos que ela é uma segunda ordem reflexiva sobre as preferências, as quais estão intimamente ligadas à ideia do tipo de pessoa que se quer ser, do tipo de influência que se recebe de outras pessoas e das circunstâncias em que elas se formam. Nesse sentido, a decisão é autônoma quando alguém decide seguir as prescrições de Deus, decide fazer apenas o que os outros dizem que deve ser feito ou quando escolhe uma vida de restrições ao entrar para uma ordem religiosa.<sup>57</sup> Autonomia, portanto, antes de ter haver com a liberdade, liga-se aos valores fundamentais que compartilhamos e que nos são caros, que podem mudar ao longo do tempo – e nem por isso a mudança de escolha é “está em

---

56 “Mas a autonomia não pode ser idêntica à liberdade, pois quando enganamos um paciente, nós estamos interferindo em sua autonomia. Decepção não é uma forma de restringir a liberdade. A que pessoa que, para usar um exemplo de Locke, é colocada em uma cela e convencida de que as portas estão fechadas (quando, de fato, estão destrancadas) é livre para deixar a cela. Contudo, como ela não pode – por não receber informação – avaliar por si própria essa oportunidade, sua habilidade de fazer o que quer está limitada.” Autodeterminação pode ser limitada por outros meios sem que seja preciso interferir com a liberdade” (DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 14).

57 “Na visão que aqui defendemos, autonomia é uma capacidade (parcial) constitutiva do que é ser um agente. Essa capacidade em que temos uma responsabilidade ao exercer e cuja fundamento reside nossa noção de *caráter*. Como Butler coloca: ‘nós somos agentes. Nossa constituição é colocada em nosso próprio poder. Nós temos o cuidado, em a responsabilidade pela desordem ou violação’” (Idem, p. 32).

desacordo com a autonomia”.<sup>58</sup>

Portanto, ao analisar o conceito etimológico de autonomia, que nos remete à capacidade de “dar-se a própria lei” e à ideia de liberdade como “poder fazer o que se quer”, assiste razão a G. Dworkin, quando diz que ser autônomo não tem a ver necessariamente com a segunda definição. Ela está circunscrita a uma dimensão anterior à ideia “ação”, que é a capacidade de determinar a ação. Um indivíduo pode tomar uma decisão de restringir sua liberdade e não se permitir um prazer, ou pode se (auto-)impor uma flagelação com base em preceitos que correspondem àquilo que acredita, seja pelo uso da razão ou por crença religiosa, e, ainda que possa vir a mudar completamente de opinião, sua decisão terá sido uma decisão autônoma. A liberdade é um conceito mais complexo – não que a autonomia igualmente não seja – e que diz respeito à esfera do poder agir. Obviamente a autonomia está correlacionada com a liberdade, mas esta não constitui sua base fundamental, pois outros valores também estão correlacionados com ela: como a confiança que deposita no outro participe de uma relação – quando essa decisão é fruto de uma interação, como no caso da relação médico-paciente –, de valores compartilhados por um grupo social específico, como a família, a comunidade, etc.

A teoria do direito no transcurso de um século acabou incorporando determinados valores que foram primordiais para a garantia da autonomia. A cláusula aberta da boa-fé objetiva, que representa a introdução de valores sociais (confiança e lealdade) esperados nas relações sociais, tem sido um complemento necessário e importante à garantia do direito dos pacientes de um modo geral, e, mais especificamente, para o direito de decidir sobre seu tratamento no interior do sistema jurídico. Os caminhos percorridos pela evolução do contrato até a introdução da cláusula da boa-fé apresentam dois panoramas que devem ser considerados pelo desenvolvimento da bioética: em sua primeira fase, o consenso foi compreendido como atividade de sujeitos livres e iguais, particularmente apoiado na ideia de autonomia como liberdade. A segunda fase introduziu a noção de que o consenso somente pode ser obtido quando se considera que os sujeitos estão inseridos em um contexto social no qual devem respeito mútuo, tanto na dimensão humana como naquela em que se considera a assunção de papéis sociais: do médico, do policial, do advogado, do juiz, do professor, do aluno, do pai e etc.

Como dissemos, a boa-fé objetiva foi responsável pela introdução de valores socialmente compartilhados na relação privada. Sua fonte é a própria relação estabelecida entre as

---

58 Dworkin explica que alguém que possui o vício de fumar e o faz deliberadamente, embora conheça os riscos que esse hábito traz, age com autonomia. A questão é: quando resolve parar de fumar, se põe contra sua própria decisão autônoma? A autonomia é um conceito global e não local compreende, ela está ligada a consideração acerca de um modo de vida de uma pessoa por um certo período longo de tempo na vida de uma pessoa. Está intimamente ligada às suas preferências e as preferências sobre as preferências, bem como os desejos sobre os desejos. Desejo não fumar e desejo não desejar fumar. Desejo não realizar um aborto, bem como desejo que não desejar o aborto. Nestes casos, a decisão de me por contra o fumo e contra o aborto, são decisões que expressam minha de autonomia. Essas posições são formadas socialmente (Idem, p. 18 e ss.).

peças. Ela não é uma norma que impõe respeito à obrigação, mas ela se mistura ao próprio negócio [jurídico] em si, isto é, ela está no cerne do consentimento. Sua fonte, portanto, reside na própria dinâmica que traduz a conjugação de esforços voltada para o entendimento, que permite transcender o âmbito de uma relação meramente individual.<sup>59</sup> Ao transportarmos isso para a relação médico-paciente, é possível compreender que o respeito à autonomia pressupõe, primeiro, que o consentimento deve ser concebido como uma relação. Segundo, essa relação deve compreender os “deveres de lealdade” que a boa-fé impõe: o dever de prestar as informações de forma clara e adequada em todas as ocasiões; não ignorar as preferências do paciente; não calar e não falsear a verdade e não assumir comportamento que contradigam os deveres de lealdade e confiança.

A cláusula da boa-fé objetiva, portanto, permitiu ao sistema jurídico uma melhor compreensão das demandas para além do mero formalismo legal, articulando uma compreensão entre os valores socialmente aceitos e compartilhados. A boa-fé como regra de conduta impôs também, como bem observa Menezes Cordeiro, o abandono da noção de autonomia como dogma formal, em substituição a um conceito de **autonomia efetiva**.<sup>60</sup> A velha noção de que a autonomia está assentada em em um modelo de consentimento no qual uma das partes coloca à outra uma generalidade de cláusulas e/ou condições para que esta apenas possa anuir, já não é mais aceitável. A autonomia pressupõe boa-fé real (objetiva) das partes em uma relação. A associação de autonomia e liberdade não dá conta da real dimensão que o primeiro conceito pressupõe. Autonomia não se impõe sem a manutenção de cooperação, lealdade e confiança em uma sociedade. No caso da relação médico-paciente, consiste em compreender que o consentimento do paciente não é, por exemplo, um mero termo formal; que o respeito à autonomia pressupõe respeito aos valores que o paciente possui como membro de uma coletividade; que não se pode negligenciar os deveres éticos, como os de prestar informação adequada – em linguagem compreensível e em quantidade suficiente; que o consentimento seja fruto de um diálogo sincero e respeitoso; em suma, que a ação guarde a mesma lealdade e confiança esperas nas relações cotidianas.

O direito, e em especial o direito civil, hoje dialoga não só com os direitos e as garantias fundamentais da Constituição, mas também com valores éticos que não podem ser mais apartados da análise jurídica. A noção atual do contrato não fica mais subsumida apenas aos aspectos puramente formais do vínculo jurídico, senão que a nova justiça contratual, inspirada num valor social de bem comum, além de abarcar toda a relação estabelecida antes e após o vínculo contratual propriamente dito, impõe o respeito a valores de cooperação, de lealdade e de confiança entre as partes. Esses valores são a expressão de um ideal de justiça<sup>61</sup> que tem a ver com a vida em

---

59 Cf. MENEZES CODEIRO, A. M. da Rocha e. op cit., p. 646.

60 Idem, p. 654.

61 Richard Rorty sustenta que a ideia de lealdade estaria na base da própria noção de justiça. Segundo o autor, a noção de lealdade pode ser ampla ou restrita. (Cf. RORTY, Richard. La justicia como lealtad ampliada. In: Idem. **Pragmatismo y política**. Tradução para o espanhol de Rafael del Águila. Barcelona: Paidós, 1998, p. 105) Assim,

sociedade e com a natureza da interação social. Vale-nos a lembrança de uma introdução feita por Gunther Teubner, no qual ele afirma, metaforicamente, que no altar do direito há vários deuses.<sup>62</sup> Nesse caso, a lealdade e a confiança aparecem como valores supremos da ordem jurídica, porque os contratos, apesar e em detrimento de todas as leis, ficam na dependência última da presença desses valores que “dizem” o que, no fundo, é válido ou inválido, a partir daquilo que é justo ou injusto.

## REFERÊNCIAS

ARNOLD, Marcelo e ROBLES, Fernando. Explorando Caminos Transilustrados más allá del Neopositivismo – epistemologías para el Siglo XXI. **Cinta de Moebio**. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. No. 7, Março, 2000

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O princípio da boa-fé objetiva nos contratos. In: Anais do Encontro Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. **Série Cadernos do CEJ**, Volume 20, 2002. Disponível em: << <http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>>>.

BEAUCHAMP, Tom L. **Standing on principles**. New York: Oxford University Press, 2010

BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BEAUCHAMP, Tom L. e FADEN, Ruth R. **A history and theory of informed consent**. New York: Oxford, 1986.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Gerald. **The theory and practice of autonomy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins

---

por exemplo, é esperado que a família ajude um filho que pede para se esconder da polícia. A maioria de nós ajudaria ainda que suspeitasse que o filho fosse culpado de um crime. É provável que muitos até cometessem perjúrio para livrá-lo da prisão. No entanto, se uma pessoa inocente fosse condenada em razão desse perjúrio, seríamos lançados em um dilema entre justiça e lealdade, diz Roty, mas esse dilema entre justiça e lealdade, é, na verdade, um dilema entre lealdades a grupos mais restritos de um lado e a grupos mais amplos de outros. Citando a Annette Baier, Rorty afirma que a moralidade começa não como uma **obrigação**, mas como uma relação de confiança entre membros de um grupo estritamente vinculado, uma família ou um clã – neste ambiente se fala em confiança como um comportamento natural. Contudo, “a obrigação, como algo oposto à confiança, somente surge em cena quando nossa lealdade ao grupo pequeno entra em conflito com a nossa lealdade a um grupo mais amplo” (Idem, 109), como a humanidade, como faz Kant com seu imperativo categórico.

62 Neste caso, Teubner faz referência a passagem de Weber: “É como no mundo antigo ainda não desencantando de seus deuses e demônios, só que diferente; é como quando os gregos faziam sacrifícios, às vezes para Afrodite, às vezes para Apolo e, acima de tudo, para os deuses de suas cidades, com a diferença que hoje a mágica e o mítico não estão mais presentes na conduta”. (WEBER, Max. Apud. TEUBNER, Gunther. *Altera pars audiatur*: o direito na colisão de discursos. In: ALVES LINDGREN, J.A.; TEUBNER, G.; ALVIM, Joaquim Leonel Rezende; RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. São Paulo: Unimep, 2002, p. 108).



Fontes, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. IV. Responsabilidade civil. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008

KANT, Immanuel. Resposta à questão: o que é esclarecimento. In MARÇAL, Jairo. **Antologia de textos filosóficos**. Curitiba: SEED, 2009

LOUREIRO, Francisco E. “Planos e seguro de saúde”. In: SILVA, Regina B. T. da (org.). **Responsabilidade civil na área de saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 293-344.

LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade in: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e a fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 141-171.

LOPES JR., Dalmir. “introdução” in: ARNAUD, Andre-Jean e LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann – do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 15-17.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

MAINE, Henry. S. **Ancient law**. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. Londres: John Murray, Albermale Street, 1894.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães Marques. O princípio contratual da boa-fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, volume 25, Janeiro-março de 2006, p. 53-90.

MACNEIL, Ian R. **O novo contrato social**. Tradução de Alvamar de Campos A. Lamparelli. São Paulo: Campus, 200

MENEZES CODEIRO, A. M. da Rocha e. **A boa-fé nos finais do séc. XX**. Obtido no site do Instituto Politécnico de Beja. <<[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/MCordeiro96.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf)>>. Acesso em 05 de Janeiro de 2012.

MENEZES CODEIRO, A. M. da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O'NEILL, Onora. **Autonomy and trust in bioethics**. Nova Iorque: Cambridge University, 2005.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. Tradução de Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RORTY, Richard. La justicia como lealtad ampliada. In: Idem. **Pragmatismo y política**. Tradução para o espanhol de Rafael del Águila. Barcelona: Paidós, 1998, p. 105-124.

SPIELMAN, Bethany. **Bioethics in law**. New Jersey: Humana Press, 2007

STUART MILL, John. **O utilitarismo**. Tradução de Alexandre B. Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Nacional, 1942.

TAYLOR, Charles. **As fontes do Self** – a construção da identidade moderna. Tradução de Adail U. Sobral e Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TEUBNER, Gunther. *Altera pars audiatur*: o direito na colisão de discursos. In: ALVES LINDGREN, J.A; TEUBNER, G.; ALVIM, Joaquim Leonel Rezende; RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. São Paulo: Unimep, 2002, p. 108-130.

TEUBNER, Gunther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de *private governance*. In: Idem. **Direito, sistema e policontextualidade**. São Paulo: UNIMEP, 2005, p. 269-299.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.