

**DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA
AUTONOMIA E DA BOA-FÉ EM
CORRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO
BIOÉTICO DA AUTONOMIA DO
PACIENTE NO ÂMBITO CLÍNICO**

*Dalmir Lopes Jr.*²³⁴

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estabelecer um paralelo entre o desenvolvimento histórico dos princípios contratuais, notadamente o da autonomia e o da boa-fé objetiva, com o direito de autodeterminação do paciente no âmbito clínico. A hipótese consiste numa correlação existente entre esses princípios jurídicos contratuais e os princípios da bioética, sobretudo no que diz respeito ao direito de poder decidir de forma livre e esclarecida sobre um ato médico. A ponte axiológica existente entre a dimensão jurídica e a da ética clínica compartilha os mesmos valores, como a liberdade, a autonomia e a confiança, o que nos leva a uma visão ético-jurídica integrada do contrato médico e da relação médico-paciente.

PALAVRAS-CHAVE: teoria contratual; autonomia; boa-fé objetiva; direito de autodeterminação do paciente.

ABSTRACT

This article aims to establish a parallel between the historical development of contractual principles, notably the principles of autonomy and good faith, with the patient's right to self-determination in the clinical context. The hypothesis consists of a correlation between

²³⁴ Doutor em Bioética e Ética Aplicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva – PPGBIOS (UFRJ/ENSP/UERJ/UFF).

these contractual legal principles and the principles of bioethics, especially with regard to the right to be able to decide freely and enlightenedly on a medical act. The axiological bridge between the legal dimension and that of clinical ethics share the same values of freedom, autonomy and trust, which leads us to an integrated ethical-legal view of the medical contract and the doctor-patient relationship.

KEYWORDS: contract theory; autonomy; good faith; patient's right to self-determination.

INTRODUÇÃO

A teoria geral dos contratos foi construída a partir da contribuição de concepções normativas oriundas de fases históricas distintas e que podem ser percebidas pelos princípios regentes dos contratos nos tempos contemporâneos.

Essas fases histórico-evolutivas estabeleceram a transição de uma ética assentada em valores individualistas e liberais para uma que enfatiza os aspectos da solidariedade e dos valores coletivos, sem que isso represente a completa substituição de uma concepção por outra; trata-se de uma incorporação de novas formas de compreensão do contrato em conjunto com a evolução da própria sociedade moderna.²³⁵

²³⁵ “A evolução do pensamento jurídico em direção a uma nova concepção de contrato – identificada como uma concepção *social* do contrato – contrapõe ao modelo liberal clássico o modelo contemporâneo, numa narrativa histórica que assinala, sob o ponto de vista dos princípios, as transformações de maior significado para a renovação da teoria contratual” (NEGREIROS, 2006, p.24).

A primeira fase da teoria moderna dos contratos tem suas raízes no jusnaturalismo e se desenvolve até o final do séc. XIX. Os valores liberais reinantes nesse período foram responsáveis pela concepção de contrato como um acordo entre sujeitos livres e autônomos, cujo vínculo iminente privado não admitia intervenções de ordem pública para restrições da liberdade contratual. As regras jurídicas deveriam, quando muito, estabelecer os parâmetros formais para a formação do contrato e garantir seu cumprimento quando preenchidos os requisitos essenciais de sua formação.

Essa primeira fase é responsável pela “visão clássica de contrato”, *na qual se enfatiza a liberdade individual, o predomínio da autonomia privada e a validade da vontade exteriorizada pelas partes. A validade jurídica do contrato dependia de requisitos como: a capacidade das partes, a licitude e idoneidade do objeto, e uma eventual formalidade exigida para o ato praticado. Os princípios norteadores do contrato nessa primeira fase são: a liberdade individual, a autonomia da vontade e a relatividade dos efeitos das obrigações.*

A segunda fase da teoria contratual começa a partir do início do séc. XX, estimulada por meio de críticas dirigidas ao excesso de formalismo existente na interpretação das obrigações jurídicas. As críticas centravam-se no fato de que a concepção clássica acabava por fazer

prevalecer um conceito de igualdade formal entre as partes, mascarando relações de poder e acentuando desigualdades e injustiças.

Como espelho da realidade, a crítica doutrinária contribuiu para as transformações legislativas, estimulando a criação de leis restritivas ao abuso do poder econômico, bem como estimularam o surgimento na doutrina jurídica de novos princípios contratuais a partir da ideia do “predomínio da ordem pública sobre a vontade privada”. Os princípios criados nessa fase foram: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio econômico dos contratos.

Essas duas fases da teoria contratual entrelaçam valores importantes do ponto de vista ético: liberdade/igualdade; deveres negativos/deveres positivos; autonomia/confiança.

Este artigo tem por objetivo fazer um comparativo entre os valores instituídos pelos princípios contratuais e como eles dialogam com valores que devem estar presentes na relação médico-paciente. Não só pelo fato de que a relação entabulada entre médico e paciente é contratual, mas também pelo fato de a bioética pôr em destaque a autonomia como um valor importante para a consolidação do direito de autodeterminação dos pacientes.

Nesse sentido, partimos da hipótese de que há uma interligação importante entre a teoria jurídica e a bioética, da mesma forma, e em mesmo grau, que existe entre o direito e a

moral.²³⁶ E também que considerar a correlação existente entre autonomia e os valores de confiança e reciprocidade advindos com a boa-fé é um ponto importante para um adequado fundamento ético-jurídico à relação médico-paciente.

AUTONOMIA E AS CONCEPÇÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA DE CONTRATO

A concepção de liberdade contratual, baseada 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 Maine, todo o desenvolvimento da sociedade humana 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 que tem por fundamento a igualdade jurídica de seus membros.²³⁷

²³⁶ Compartilhamos da afirmação de Ronald Dworkin de que o direito não é “um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral, mas sendo ele mesmo um ramo da moral. [...] Também é necessário conceber a estrutura da moral em geral como semelhante à de uma árvore: o direito é um ramo da moral política, que é um ramo da moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver” (DWORKIN, 2014, p. 9-10).

²³⁷ “A palavra *status* é mais comumente empregada para construir uma fórmula que expressa a lei do

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. (ROPPO, 2009, p. 26)

O contrato, em sua concepção moderna, é resultado da filosofia iluminista. A noção de *liberdade* individual 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 vinculam 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

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 remotamente 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, 1894, p. 170, tradução nossa).

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. (ROPPO, 2009, p. 26)

A expressão do contrato como liberdade e autonomia foi tão preciosa para a sociedade 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.²³⁸

A associação das ideias de liberdade, autonomia e contrato foi o componente básico para o florescimento das sociedades ocidentais modernas. O contrato permitiu que as sociedades ocidentais pré-modernas superassem a estrutura social fundada em estamentos por uma diferenciação funcional, onde a igualdade formal era um pré-requisito.²³⁹

²³⁸ Nesse sentido argumenta Enzo Roppo que historicamente o instituto do contrato foi a “bandeira das sociedades modernas nascidas das revoluções burguesas” (ROPPO, 2009, p. 28) e que os princípios ideológicos do período podiam ser sintetizados em uma única ideia: a liberdade de contratar.

²³⁹ “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

A visão racionalista do jusnaturalismo moderno moldou o *contrato* ao concebê-lo como um acordo consensual entre partes *livres* e *iguais*. A perspectiva universalista do direito natural moderno baseou-se, para tanto, numa concepção igualitarista e abstrata do homem e da moral. A doutrina dos direitos naturais passou a conceber o homem como um ser livre e racional, fato que permitiu, por dedução, chegar à conclusão de que todos são iguais.²⁴⁰

Esse fundamento moral de igualdade ganha outras conotações no campo jurídico. Afirmar que todos são livres, autônomos e iguais, significa indiretamente afirmar que todos os sujeitos possuem a mesma 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

perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discriminações e os privilégios do passado [...]” (ROPPO, 2009, p. 36-37).

²⁴⁰ Uma passagem da obra de Thomas Hobbes, em *O Leviatã*, expressa a visão geral do pensamento jusnaturalista. Para Hobbes, a condição natural do homem é de igualdade; neste sentido, qualquer diferença que venha a ser criada é contrária à ideia de direito natural. A explicação do autor reside no fato de que a razão permite anular as diferenças, pois: “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, 2000, p. 107)

de *autonomia*, a promessa por ele estabelecida *deve ser cumprida*.

Em segundo lugar, haja vista que os homens são iguais, livres e capazes de estabelecer promessas válidas, *não se justificam intervenções demasiadas sobre a liberdade das partes*. A não ser pela intervenção eventual do poder judiciário nos casos de inadimplemento de obrigações por uma das partes.

Os princípios norteadores e clássicos do contrato são, portanto, o princípio da liberdade contratual, da obrigatoriedade e da relatividade dos efeitos do contrato.²⁴¹

O fundamento ético para o conceito de autonomia privada encontra sua base na filosofia moderna, em que o indivíduo tem papel central na construção da teoria ética e

²⁴¹ “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., 2007, p. 44). “[...] o princípio da liberdade contratual: isto é, a regra pela qual os contraentes privados [...] são livres de dar aos seus contratos os conteúdos concretos que consideram mais desejáveis: o regulamento contratual resulta, assim, determinado, em princípio, pela vontade concorde das partes[...] autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir[...]. O princípio da autonomia [...] que atribui aos sujeitos privados o poder de decidir, por si, sobre a assunção e a dimensão dos seus compromissos contratuais, se relaciona [ao princípio da relatividade dos efeitos] [...] os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato”. (ROPPO, 2009, p. 128-129).

política. Esse fundamento político-moral desempenha aguda repercussão na concepção do contrato, traduzindo-se como um acordo entre indivíduos capazes (logo, racionais) e, portanto, com autonomia para estabelecerem disposições juridicamente válidas. Essa noção formal de obrigação contratual encontra guarida no conceito de autonomia.²⁴²

Contudo, ao fim do século XIX, com o avanço do mercado de larga escala e com o aumento de empresas de prestação de serviços, surge a necessidade de contratos que propiciassem maior dinamismo às práticas econômicas, reduzindo as etapas de negociação e o tempo para a sua realização: os contratos de adesão ou standards.

Os contratos de adesão são frutos de uma demanda capitalista por agilidade nas tratativas, a fim de obter eficácia econômica para a negociação de produtos e serviços oferecidos em larga escala. O que em linguagem comum significa poucos “entraves jurídicos” para a relação econômica: “um contrato para mil”, um padrão repetido com cláusulas padronizadas. O contrato de adesão atendia a um modelo de negócios de larga escala, com uma ampla rede de consumidores e intermediadores.

²⁴² “[...] 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’*)” (Idem, p. 35).

A principal característica desses contratos está em não admitir uma margem de negociação quanto ao seu conteúdo, dinamizando a fase das tratativas contratuais numa verdadeira economia contratual. Obviamente tal estrutura jurídica possibilitou uma economia mais eficiente, mas com desequilíbrio para a relação contratual, potencializando a fragilidade de uma das partes na relação contratual, a parte que não detém o poder econômico, que é o consumidor de bens (produtos) e serviços. O consumidor é livre, autônomo, racional, mas, muitas vezes, se encontra em situações de necessidade contratual, e aceitar as imposições contratuais se torna imperativo para sua existência.²⁴³

²⁴³ Sobre a igualdade formal criada pela noção clássica de autonomia privada, discorre Roppo que “a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de forças econômico e sociais entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho” (2009, p. 37). No mesmo raciocínio de Darcy Bessone: “Efetivamente, em muitas oportunidades, a liberdade de contratar é apenas teórica. Nas relações entre empregador e empregado, este, em regra, terá de optar entre a dura lei do patrão e o desemprego, com todas as suas consequências. Na locação de prédio, quando haja crise de habitações, o inquilino cederá às exigências do proprietário, ainda que desproporcionadas. Na aquisição de gêneros alimentícios e utilidades em geral, o comerciante imporá o preço sempre que haja falta no mercado. [...] Em todos estes casos, com em muitos outros, a liberdade será de um só dos contratantes e facilmente se transformará em tirania” (OLIVEIRA ANDRADE, 1960, p. 50-51).

De encontro às demandas econômicas do mercado, as críticas teóricas surgidas no início do séc. XX procuraram evidenciar as situações de desequilíbrio criadas pela autonomia formal no âmbito contratual. Exigir uma “boa-fé contratual”, controlar o abuso econômico e dar significância social ao contrato²⁴⁴ foram necessidades sociais contrapostas às do sistema econômico, a fim de mitigar os efeitos criados pela desigualdade real imposta pelos contratos padronizados e por suas cláusulas de adesão.²⁴⁵ Essa realidade

²⁴⁴ “A função social do contrato surge, sob esta ótica, como um ponto de referência da maior relevância na reformulação do princípio da relatividade. É com base na função social que ganha força a ideia de que o contrato não encerra uma relação posta entre parênteses, encapsulada, de interesse exclusivo para as partes que se encontram vinculadas contratualmente.[...] Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2003, p. 14).

²⁴⁵ Após a revolução industrial do início do século XIX, a descoberta de novas formas de energia e 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 práticas econômicas. Estandardizam-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,

pôs em destaque o fato de 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 necessária a introdução de novas bases ou princípios para reequilibrar essas relações específicas.

Esse movimento de substituição da visão clássica do contrato por meio da incidência de princípios e normas de ordem pública levou Roppo (2009, p. 26) a ponderar que a regra de Maine podia ser contestada. Regra segundo a qual os vínculos jurídicos comunitários nas sociedades pré-modernas foram refeitos com o movimento em direção ao *contrato*. A partir da introdução de princípios limitadores da liberdade contratual plena, o que se observa é um movimento em direção oposta, ou seja, um movimento em direção ao *status*. Entretanto, o *status* já não é mais estabelecido a partir de uma base socioestrutural, mas do contexto criado pelo próprio liame jurídico, ou seja, em razão das posições que cada uma das partes assume no vínculo contratual, bem como da função social a que o próprio contrato se destina.

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, 2009, p. 317-318).

O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA NA TEORIA CONTRATUAL

No início do *século XX*, o direito germânico incorporou em sua codificação um princípio que lançou as bases de um novo paradigma para as relações jurídico-privadas. Esse princípio aparece com redação semelhante em dois artigos diferentes. Um deles é o art. 242, que trata da “prestação por lealdade e confiança” (*Leistung nach Treu und Glauben*), que estabelece uma regra geral para o adimplemento das obrigações: “O devedor está obrigado a realizar a prestação, com a mesma lealdade e confiança que se exige ao atuar nas práticas cotidianas”.²⁴⁶ 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”.²⁴⁷

Ambos os artigos citados do código germânico possuem uma construção semântica muito semelhante, a qual expressa a exigência de que os contratos tenham um “lastro moral” para a validade da obrigação jurídica. Em outras palavras, acrescentou-se ao contrato um reforço ético que induz à

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

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

expectativa de que “se espera 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 passe a ser vinculante e, ao mesmo tempo, empiricamente constatável.

É certo que a inclusão do princípio da *boa-fé* exerceu um papel importante na nova orientação do direito privado. O princípio 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 ideia básica presente na *bona fides* ainda está presente na codificação brasileira e tem por função induzir uma 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 Glaube*.

O princípio do *Treu und Glauben*, contudo, possui um sentido diferente. Ele não está ligado à análise de intenção das partes, mas a circunstâncias objetivamente verificáveis, ou seja, induz o intérprete a verificar se uma certa expectativa estabelecida na e pela relação contratual foi intencionalmente rompida por uma das partes.

No direito contratual brasileiro (e que possui uma tradição linguística latina), o princípio de origem alemã é chamado de *boa-fé* objetiva. No nosso caso, muito se deve à

influência do código civil francês de 1804²⁴⁸ e do código civil português de 1966²⁴⁹, os quais já possuíam uma estrutura jurídica próxima à da tradição alemã, perpetuando esse conceito de tradição latina.²⁵⁰ Mas como esse conceito poderia remeter a juízos distintos e ambíguos,

²⁴⁸ 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 podem ser revogadas por consentimento mútuo, ou pelas causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa fé”].

²⁴⁹ ARTIGO 227º (Culpa na formação dos contratos) - 1. Quem negoçea 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.

²⁵⁰ A regra da *boa-fé* objetiva foi inscrita no CCB, de forma literal e expressa, em dois artigos. No art. 113 que traz uma regra geral de interpretação dos negócios: “os negócios devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração” e no Art. 422, que trata das disposições gerais dos contratos: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da *boa-fé*”, artigo este que comporta interpretação extensiva na teoria do direito civil a fim de compreender também as situações pré e pós-contratuais, conforme, inclusive, enunciado 170 da III Jornada do CEJ: “A *boa-fé* objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Além disso, há diversas outras regras que trazem no seu preceito normativo uma referência indireta do instituto da *boa-fé* objetiva, como o Art. 119, que disciplina o conflito de interesses na representação (art. 119); os artigos que tratam dos vícios do consentimento como o erro (art. 138), o dolo de terceiro (art. 148); a coação de terceiro (art. 154) e o estado de perigo (art. 156). Cumpre esclarecer, contudo, que a incidência do instituto de *boa-fé* objetiva é difusa e está presente em toda relação negocial como determina o próprio art. 113 do CCB.

fez-se necessário acrescentar o adjetivo “objetiva”²⁵¹ para fazer referência a esse instituto tipicamente alemão. Assim, se marcou a distinção entre a boa-fé subjetiva e objetiva.

Historicamente, a boa-fé objetiva surge, como instituto jurídico, consentaneamente à transformação do Estado Liberal em Estado de Bem-Estar. 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 esses princípios oitocentistas, a relação jurídica contratual se configura como um acordo exclusivamente privado, de modo que não podia sofrer interferências externas, nem permitir interpretações de natureza ético-valorativa – a não ser pela própria ideia de liberdade como não intervenção ou como já abordado, a própria intervenção estatal para adimplemento forçado das obrigações.

De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, a boa-fé objetiva seria melhor definida como “cláusula aberta”, uma vez que

²⁵¹ “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” (NEGREIROS, 2006, p. 122).

seria um “meio termo” entre as regras e os princípios. Isto porque ela possui uma função prática (anular ou manter válido um contrato, ensejar pagamento de indenizações por danos causados etc.) e, ao mesmo tempo, faz depender a validade jurídica de uma análise fático-axiológica, ou seja, possui também a função hermenêutica de verificação das expectativas geradas na relação contratual.²⁵² Ela não é um “tudo ou nada”, nem tampouco um princípio com amplo aspecto de generalidade assentado tão somente em valores.

Antônio Junqueira de Azevedo explica que é necessário considerar o jogo de expectativas geradas no âmbito contratual para analisar a boa-fé objetiva (AZEVEDO,

²⁵² A boa-fé não possui apenas uma função corretiva e interpretativa, mas cria igualmente “deveres acessórios” inerentes e suprarrogatórios, tais como: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; deveres de prestar contas; deveres de cooperação; deveres de cuidado com a pessoa e deveres de omissão e segredo. Porém, como explicam Tepedino, Barboza e Moraes, “[t]rata-se, em suma, de deveres de proteção e de cooperação, que, embora se possam exemplificar, não se podem exaurir por meio de catálogos abstratos e apriorísticos. É que, para a especificação de tais deveres, fatores tais como a natureza do vínculo contratual – mais ou menos fundado na confiança – e a condição econômica das partes – mais ou menos discrepantes – serão da maior relevância” (2003, p.18). Cumpre ressaltar que as situações de vulnerabilidade não se esgotam nas discrepâncias econômicas, mas podem permitir a extensão para outras situações de vulnerabilidades criadas pelas relações de poder, como, por exemplo, aquelas em que uma das partes dispõe de informações que são inacessíveis e necessárias para a outra, como o que ocorre nas relações entre médicos e pacientes.

2002). Primeiro, e antes de tudo, é preciso verificar se as partes atuaram de acordo com a boa-fé (objetiva) na relação, ou seja, se uma das partes foi responsável por gerar uma expectativa em relação a determinada prestação com seu comportamento.

Além disso, se essa expectativa gerada na outra parte foi objeto de consideração para o seu agir, isto é, se a parte acreditou e investiu na expectativa gerada. Terceiro, é preciso constatar se a expectativa criada não foi fruto de um otimismo exagerado ou de uma representação subjetiva não razoável (em face das circunstâncias), em outras palavras: se a expectativa gerada possui um fundamento fático razoável.

Ao analisar o papel da boa-fé objetiva na prática judicial e na própria ciência do direito, é possível verificar que vai além de uma mera questão instrumental. A boa-fé objetiva está intimamente ligada à manutenção do jogo de expectativas recíprocas, a qual se desenvolve entre comportamentos e valores socialmente compartilhados.

CONFIANÇA E AUTONOMIA SUBSTANCIAL E O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE

A vontade é um 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 da vontade são elementos importantes para verificar se um negócio jurídico (e, por conseguinte, um contrato) é válido.²⁵³

A ausência de liberdade na manifestação da vontade ocasionada por coação ou por um estado de perigo, tanto quanto a falta de consciência do agente na declaração de vontade, que pode provir de erro, dolo ou lesão, são causas que podem invalidar o negócio jurídico. Em todos esses casos, a boa-fé objetiva atua como elemento fundamental para a verificação da validade da vontade. A boa-fé objetiva exerce uma função importante para a traçar os limites do agir autônomo, integrando à analítica jurídica componentes axiológicos que atuam

²⁵³ “[...] somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano da existência). Mesmo sem vontade [interna], o negócio existe, e apenas poderá acontecer de ser nulo ou anulável (plano da validade), ou de não produzir efeitos (plano de eficácia) – em que a vontade age principalmente através da interpretação). Assim, por exemplo, num negócio existente, se a declaração não tiver o requisito de provir de um processo volitivo, ou se esse processo volitivo não for regular, então, o negócio existente será nulo, ou anulável, ou até mesmo válido (dependendo das circunstâncias e dos diversos ordenamentos jurídicos), exatamente como ocorre, por exemplo com ilicitude de objeto [...]” (AZEVEDO, 2007, p. 83).

oferecendo um sentido jurídico ou antijurídico às condutas humanas.

A boa-fé objetiva foi responsável pela introdução de valores socialmente compartilhados na relação privada. Sua fonte é a própria relação estabelecida entre as pessoas concretamente consideradas. Ela não é tão somente uma norma que impõe respeito à obrigação, mas se encontra imbricada ao negócio jurídico, de tal modo que sua função primordial passa a ser a de assegurar uma base adequada para o exercício da autonomia privada. 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 (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 646).

O respeito à autonomia pressupõe uma relação de mútua cooperação, na qual os “deveres de lealdade” devem ser garantidos, tais como: o dever de prestar as informações de forma clara e adequada em todas as ocasiões; não omitir informações ou qualidades negativas; não falsear a verdade entre outros; prezar pela saúde física e psicológica da outra parte (incolumidade); bem como estabelece deveres específicos em cada situação particular, mas que guardam correlação com as orientações éticas de honestidade, cooperação, justiça e cuidado.

O princípio cláusula da boa-fé objetiva, portanto, permite uma compreensão das demandas para além do mero formalismo

legal, articulando a tridimensionalidade entre fatos, normas e valores. Por essa razão a autonomia, como bem observa Menezes Cordeiro (2007, p. 654), não pode estar adstrita apenas ao dogma formal de igualdade jurídica, necessitando de uma efetiva igualdade entre as partes, sobretudo quando existir uma situação de vulnerabilidade. Vulnerabilidade que pode ser proveniente de assimetrias informacionais, econômicas, ou qualquer outra situação que possa favorecer o abuso no exercício de um direito.

O respeito à autonomia e aos direitos do paciente estão frequentemente associados à discussão sobre o consentimento livre e esclarecido (ou consentimento informado), tanto no âmbito clínico como no de pesquisa. Essa discussão ganha destaque, sobretudo, pela mudança que se vem operando na concepção sobre a prática médica.

A relação médico-paciente, que tradicionalmente foi assentada numa perspectiva paternalista, em que os médicos se viam e agiam como verdadeiros juízes do melhor interesse dos pacientes (O'NEILL, 2005, p.2), tem sido progressivamente substituída, por uma luta no âmbito jurídico e político, pelo progressivo avanço no reconhecimento dos direitos dos pacientes.

James Childress e Tom L. Beauchamp²⁵⁴ apresentaram, no final da

²⁵⁴ Alguns motivos podem explicar o interesse da comunidade científica por esse trabalho. Primeiro, porque o modelo principialista apresentado pelos

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* (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2010, p. 56). Esse modelo, como os próprios autores explicam, por primazia, por ser capaz de abranger juízos da moralidade comum (idem, p. 55) e, também, por possuir a proximidade

autores dialoga diretamente com o Relatório Belmont de 1978, que estabeleceu as bases éticas para pesquisas com seres humanos em nível biomédico. Esse relatório ganhou grande destaque simbólico após vir à tona uma série de abusos praticados em pesquisas com seres humanos, sem qualquer consentimento e que flagrantemente atentavam contra a dignidade humana. O relatório Belmont, explica SPIELMAN: “was one of the first bioethics commission reports, and has been among the most successful in terms of policy influence” (2007, p. 74). O Relatório identifica três princípios básicos que dialogam com a 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, e como explica Beauchamp: “Muitos supõem que o Relatório Belmont forneceu o ponto de partida e a estrutura básica para os Princípios da Ética Biomédica. Eles presumiram erroneamente que Belmont precedeu e fundamentou os Princípios. As duas obras foram escritas simultaneamente, uma influenciando a outra. Houve reciprocidade na redação, e a influência correu bilateralmente. Muitas vezes, eu estava simultaneamente redigindo material sobre o mesmo princípio ou tópico para a Comissão Nacional, enquanto meu colega Childress, ao mesmo tempo, redigia o material para eu inspecionar. Eu costumava escrever partes do Relatório Belmont durante o dia na sede da Comissão Nacional na Westbard Avenue em Bethesda, depois ia para meu escritório na Universidade de Georgetown à noite para redigir partes dos capítulos para Childress revisar. Apesar de suas origens totalmente independentes, esses projetos cresceram e amadureceram juntos.” (BEAUCHAMP, 2010, p. 6-7, tradução nossa).

em relação à tradição médica, influenciou boa parte dos trabalhos posteriores do campo bioético.

Na apresentação de sua teoria, Childress e Beauchamp advertem que “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” (2010, p. 56).

A autonomia do paciente é um tema central da bioética, não só por causa da questão de se contrapor ao modelo paternalista da relação médico-paciente, mas igualmente porque, além de estar inserido na moralidade comum (idem, p. 137), as teorias éticas em geral sustentam que o agir moral pressupõe agentes autônomos.

A autonomia aparece, portanto, como tema de suma importância na bioética, por ser um valor que pretensamente expressa a necessidade de defesa de direitos ainda não consolidados de pacientes e por exigir uma reflexão ética para a classe médica.

Contudo, como sustentamos, a “autonomia real”, substantiva, pressupõe um agir leal de ambas as partes numa relação. A manifestação da vontade de uma das partes depende de que sua formação seja isenta de vícios, e tal fato tem uma implicação direta com o comportamento da outra parte. Por essa razão, a vontade das partes precisa ser avaliada

em função de valores que a ordem jurídica visa preservar: isonomia, igualdade, honestidade e lealdade. Valores que, com frequência, perdem sentido numa situação jurídica unilateral.

Por isso, autonomia não é só um valor para a bioética, mas também para o direito contratual, isto é, não é só um pressuposto de legitimidade (ética), mas uma condição de validade jurídica para a manifestação volitiva.²⁵⁵ No caso da relação médico-paciente, a boa-fé torna-se instrumento útil para estabelecer alguns parâmetros efetivos na aplicação do consentimento informado, tais como: para aferir a validade da declaração do paciente em um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido; para a análise jurídica de eventuais deveres ético-profissionais, como os de prestar informação adequada, em linguagem compreensível e em quantidade suficiente; para a verificação de que o consentimento foi obtido sem falseamento de percepção; etc.

Os deveres provenientes da boa-fé objetiva, como corolário da confiança necessária para a garantia de um consentimento autônomo, estão para além das convenções individuais; são deveres jurídicos suprarrogatórios e imperativos éticos

²⁵⁵ Assim explica Serpa Lopes: “Noções há de Moral que são imprescindíveis à normação de determinados institutos, nos quais a regra moral atua forte e diretamente. A noção de boa-fé, noção altamente ética, percorre todo o organismo do Direito, modificando e estabelecendo diferenças profundas entre o que está de boa-fé e o que se encontra de má-fé. No contrato, é uma noção vital para a sua interpretação[...]” (1989, p. 15).

necessários para a garantia do exercício de um direito de autodeterminação eficaz.

Como explica James S. Taylor, a visão tradicional desenvolvida na teoria bioética parte da ideia de que o fundamento ético do consentimento informado reside na ideia de autonomia,²⁵⁶ mas “[se] o fundamento ético da doutrina do consentimento informado é realmente a preocupação com a autonomia, então parece que um médico negligente não deveria ser moralmente culpado por sua omissão, porque a sua omissão não afeta [diretamente] a autonomia de seu paciente” (TAYLOR, 2009, p. 131, tradução nossa). Para J. S. Taylor, o consentimento informado não pode ser compreendido a partir de uma ausência de controles sobre o que o paciente decide, senão que deve corresponder a um dever positivo por parte dos profissionais, com o intuito de aumentar o “valor instrumental da autonomia” de seus pacientes. Dever este que compreende as condutas de não produzir falsas expectativas e de não omitir informações importantes para propiciar uma decisão substancialmente autônoma.

Embora seja plausível acreditar que *normalmente* uma pessoa respeitaria a autonomia de outra simplesmente ao não interferir com ela, também é plausível acreditar que os deveres dos profissionais prestadores de

²⁵⁶ “The view that concern for autonomy provides the ethical foundation for the doctrine of informed consent has come to be accepted as a truism within contemporary medical ethics” (TAYLOR, 2009, p. 130).

cuidados em saúde impõem que respeitem a autonomia de seus pacientes não apenas deixando de interferir sobre ela, mas trabalhando ativamente para aumentar o valor instrumental da sua autonomia naquilo que lhes pode ser moralmente exigido pela sua situação profissional (TAYLOR, 2009, p. 139, trad. nossa).

Onora O'Neill, por sua vez, argumenta que “as concepções de autonomia e confiança são compatíveis e mutuamente apoiantes” (2005, p. 17, tradução nossa). Ainda que não se adote uma teoria ética explicativa exclusivamente fundamentada na confiança, ignorar a mútua correlação existente entre o valor da confiança e o da autonomia pode acarretar uma carência desses valores na relação intersubjetiva.

A dificuldade de lidar com a ideia de confiança na relação entre médico e paciente reside no fato de que o paradigma hipocrático sempre esteve centrado nela. O paciente recorria a um determinado médico apoiado, sobretudo, na sua reputação. Essa ação era orientada pela tradição, ao passo que a confiança que o paciente depositava no profissional podia também ser entendida como uma falta de opção de se recorrer a outros profissionais. Além disso, a relação era marcada por uma assimetria de conhecimento e de poder. Fato que institucionalizava as possibilidades de abuso por parte do profissional (O'NEILL, 2005, p. 17).

Por isso, explica O'Neill, a relação médico-paciente tradicional pode ter se desenvolvido em torno de uma certa noção de confiança, mas não de uma confiança razoável (*reasonable trust*). Na relação tradicional, a confiança dos pacientes em seus médicos se equiparava àquela que os filhos depositam em seus pais, uma “confiança cega”. Já a confiança razoável somente é alcançada quando os pacientes se encontram em pé de igualdade com os profissionais, e isso significa ser mais bem informados e menos dependentes. A correção das situações de vulnerabilidade contextuais é um dever ético necessário para o exercício da verdadeira autonomia, do mesmo modo que a autonomia é condição prévia para confiança (O'NEILL, 2005, p. 17-18).

Estas considerações estão no pano de fundo das discussões que pretendem estabelecer novas bases para a relação médico-paciente, em que os pacientes devem ser tratados com respeito, e os tratamentos realizados devem ser consentidos após uma compreensão adequada de seu estado clínico e dos prognósticos do ato médico a ser realizado. Nesse sentido, a satisfação do paciente é um importante indicador da adequação das práticas e da qualidade do profissional, pois dividir riscos clínicos é uma medida de respeito ao direito de autodeterminação, além de aliviar a carga depositada nas expectativas que podem ser frustradas por intercorrências médicas.

A confiança já não se constrói como no tempo que em que predominava o paradigma hipocrático de medicina. O desafio colocado atualmente para o profissional de saúde é conquistá-la com franqueza acerca de riscos e desafios que sua prática acarreta. Ninguém espera de um profissional a garantia absoluta de sucesso, mas subestimar os riscos, além de ser uma má-prática profissional, acarreta a responsabilização jurídica pela violação da boa-fé esperada na relação contratual.

O prestígio do profissional depende em muito de seu empenho não só no respeito passivo à autonomia, mas nas práticas que possam potencializar as decisões autônomas de seus pacientes. Por esta razão, não há como deixar de considerar o valor que a confiança possui para a relação entre médicos e pacientes, especialmente como instrumento jurídico de proteção da autonomia.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico** – existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2007.
- 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.
- BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. 2a. ed. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L. **Standing on principles**. New York: Oxford University Press, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- 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.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. 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.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato** – novos paradigmas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- O’NEILL, Onora. **Autonomy and trust in bioethics**. Nova Iorque: Cambridge, 2005.
- OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- SPIELMAN, Bethany. **Bioethics in law**. New Jersey: Humana Press, 2007.

TAYLOR, James Stacey. **Practical autonomy and bioethics**. Nova Iorque-London: Routledge, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Código civil interpretado** – conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.