

JULIANA CAMPOS BATISTA

**ESTUDO DE CASO:
PACIENTE E O DIREITO DE NÃO SABER**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC- CARATINGA

2013

JULIANA CAMPOS BATISTA

**ESTUDO DE CASO:
PACIENTE E DIREITO DE NÃO SABER**

Monografia apresentada a banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Rodolfo de Assis Ferreira.

FIC – CARATINGA

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me proporcionado a concretização de mais um sonho. A realização deste sonho só foi possível porque tive ao meu lado pessoas dotadas de paciência e compreensão que tornaram possível mais esta conquista. Tudo que nos chega é permissão de nossa divindade!

Agradeço aos meus pais Luiz Batista do Nascimento e Marilene de Campos Batista, por darem a oportunidade de viver e conhecer as maravilhas desse mundo. Obrigada pelo alicerce da infância, da qual tenho boas recordações.

Agradeço aos meus irmãos, Janete Campos Batista e Jonilson Batista Campos, por todo amor, carinho, dedicação. Por nunca terem me virado as costas, por sempre fazerem o melhor por mim, buscando assim que eu alcançasse um sucesso profissional e pessoal. Agradeço pelo respeito, compreensão e amizade. Dois seres humanos incríveis em todos os sentidos, mas principalmente com um coração maior que o mundo. Amo vocês.

Agradeço novamente aos meus irmãos, por me darem sobrinhos lindos dos quais me orgulho muito, Ana Laura, Emilio Neto, Maria Luiza, Isabella, Letícia e Rahiane.

Agradeço a todos meus familiares que direta ou indiretamente contribuíram para esse sonho.

Agradeço ao Mayquel, meu grande companheiro, por toda força durante esse período difícil, meu grande incentivo nos momentos de desânimo. Amo você. Agradeço a Ângela minha sogra e toda família Silveira por me receberem com tanto carinho me deixando ser parte da família e me darem tanto amor.

Agradeço aos meus amigos, inúmeros graças a Deus, mas todos de forma especial têm um lugar reservado no meu coração e fazem parte desse sonho.

Agradeço ao meu professor orientador Rodolfo de Assis Ferreira por ter guiado meus estudos pelas sendas da prudência e da argúcia, quando meus humildes conhecimentos não puderam fazê-lo. A todos os professores o meu sincero agradecimento, vocês foram essenciais para conclusão desse sonho.

Dedico este trabalho aos meus pais, irmãos, familiares, e amigos que de muitas formas me incentivaram e ajudaram para que fosse possível a concretização deste trabalho.

“Os direitos nascem para serem exercidos e não apenas conservados no plano das abstrações”.

(Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias).

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o alcance da proteção conferida à privacidade e à intimidade, notadamente na obrigação de reparar os danos, tendo por base a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.195.995, de modo a identificar se o direito de não saber é inerente à intimidade. Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória e pautada na revisão bibliográfica, quando se buscam substratos para comprovar a hipótese de que o direito de não saber é inerente à proteção jurídica conferida à privacidade e à intimidade, devendo-se adotar uma concepção ampliada, defendida pela Ministra Nancy Andrighi, pois não se pode aceitar que um erro do hospital, que trouxe à baila informação não solicitada na realização de exames laboratoriais, seja ignorado, afastando-se a obrigação de reparar os danos suportados pelo paciente. Num primeiro momento busca-se compreender o instituto da responsabilidade civil para, em seguida, analisar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade e à intimidade. Em seguida é analisa-se o direito à saúde e, ao final, o Recurso Especial nº 1.195.995 e as críticas tecidas por Caitlin Mulholland à decisão. Concluiu-se que não foi acertada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a obrigação do hospital de reparar os danos suportados pelo paciente que teve seu direito de não saber ignorado, já que este é inerente ao direito à privacidade e à intimidade.

Palavras chave: Responsabilidade civil – Privacidade – Direito de não saber.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the scope of protection afforded to privacy and intimacy, notably the obligation to repair the damage, based on the decision of the Special Appeal n^o. 1.195.995, in order to identify the right not to know is inherent to intimacy. Therefore, we adopt a search and exploratory guided the literature review when seeking substrates to prove the hypothesis that the right not to know is inherent in the legal protection afforded to privacy and intimacy, and one should adopt a conception expanded, supported by Minister Nancy Andrichi, because you cannot accept that a mistake of the hospital, which brought up unsolicited information on laboratory tests, is ignored, away from the obligation to repair the damage incurred by the patient. At first try to understand the institution of civil liability to then examine the principle of human dignity and the right to privacy and intimacy. Then it analyzes the right to health and, eventually, the Special Appeal n^o. 1.195.995 and criticisms by Caitlin Mulholland decision. It was concluded that it was not the right decision of the Superior Court, in dismissing the hospital's obligation to repair the damage incurred by the patient who had his right not to know ignored, since it is inherent in the right to privacy and intimacy.

Key words: Liability - Privacy - Right not to know.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Elementos da responsabilidade civil	12
1.3 Das espécies de responsabilidade civil	17
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE	20
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.1 Do direito à privacidade e à intimidade	26
3 DO DIREITO À SAÚDE	31
3.1 Conceito de saúde	31
3.2 O direito à saúde e a sua constitucionalização	33
4 O DIREITO DE NÃO SABER E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.195.995/SP	38
4.1 Compreendendo o caso “Fernando Villas Boas”	38
4.2 Dos fundamentos do voto da Ministra Nancy Andrighi	42
4.3 Dos fundamentos do voto do Ministro Massami Uyeda	44
4.4 Do voto do Ministro Sidnei Beneti.....	46
4.5 Do voto dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina ...	47
4.6 Das críticas tecidas por Caitlin Mulholland ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República de 1988, houve uma mudança paradigmática no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais, principalmente pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Some-se a esse cenário a consagração expressa da tutela do direito à privacidade e à intimidade, assegurando a possibilidade de reparação pelos danos materiais e/ou morais, reparação esta regulamentada pelo Código Civil de 2002, que assegura a reparação civil.

Isso se deve porque os direitos da personalidade, no ordenamento jurídico pátrio, receberam do legislador proteção especial, sendo assegurados, repita-se, o direito à reparação civil quando presentes os elementos caracterizadores, a exemplo do ato ilícito, o dano e do nexo de causalidade.

Acontece que a proteção aos direitos fundamentais, notadamente o direito à privacidade e à intimidade, não são direitos absolutos, e em determinadas situações, quando há colisão de direitos, podem ser mitigados.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que buscando analisar o direito à reparação civil pela afronta ao direito à privacidade e à intimidade, abordando decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.195.995, traça considerações acerca do alcance da proteção conferida à intimidade.

Anote-se que no Recurso Especial supracitado foi levada a apreciação do Superior Tribunal de Justiça situação em que o recorrente teve conhecimento da sua condição de portador do vírus HIV, em decorrência de um erro do hospital que, em inobservância aos pedidos médicos, equivocadamente realizou exame anti-HIV, e não anti-HCV.

Cumprе ressaltar que na referida decisão, que teve como voto vencido o da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a tese da proteção ao direito à privacidade restrita, ou seja, não alcançando o direito de não saber. Ou seja, muito embora tenha o hospital realizado exame diverso do solicitado, expondo o paciente à informação não solicitada e não desejada, não restou configurada a obrigação de reparar os danos morais e materiais suportados,

por não estar o direito de não saber alcançado pelo direito à intimidade, prevalecendo o direito à vida, já que o conhecimento da condição de soropositivo possibilitou tratamento adequado.

Acontece que os argumentos levantados pela Ministra Relatora, Nancy Andrighi, defensora da tese ampliada de proteção ao direito à privacidade, reconhecendo o direito de não saber como faceta do direito à privacidade e à intimidade, conduziu a críticas e porque não dizer a questionamentos acerca do alcance da proteção à intimidade.

Diante de tais considerações é que o presente estudo tem por objetivo analisar o alcance da proteção conferida à privacidade e à intimidade, notadamente na obrigação de reparação dos danos, tendo por base a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.195.995, de modo a identificar se o direito de não saber é inerente à intimidade.

Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória e pautada na revisão bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, jurisprudência, artigos, periódicos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa.

Assim, buscam-se substratos para comprovar a hipótese de que o direito de não saber é inerente à proteção jurídica conferida à privacidade e à intimidade, devendo-se adotar uma concepção ampliada, defendida pela Ministra Nancy Andrighi, pois não se pode aceitar que um erro do hospital, que trouxe à baila informação não solicitada na realização de exames laboratoriais, seja ignorado, afastando-se a obrigação de reparar os danos suportados pelo paciente.

Destarte, divide-se o presente estudo em quatro capítulos. No primeiro busca-se compreender o instituto da responsabilidade civil, analisando seu conceito, elementos e espécies.

No segundo capítulo, por sua vez, analisa-se os princípios da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, e o direito à privacidade e à intimidade.

No terceiro capítulo busca-se compreender o conceito de saúde e a proteção constitucional conferida a este direito social.

Por fim, no quarto capítulo, analisa-se o Recurso Especial nº 1.195.995, as peculiaridades do caso, os argumentos apresentados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e as críticas tecidas por Caitlin Mulholland à decisão.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito

Etimologicamente, a palavra responsabilidade deriva do latim, *respondere*, que significa responder, garantir, “designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo” (DINIZ, 2008, p. 39).

A real intenção da palavra é ligar as pessoas aos seus atos praticados, ou seja, a garantia de que para cada ato praticado em desacordo com as normas haverá uma consequência jurídica, “contendo, ainda, a raiz latina de *spodeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 46).

A esse respeito disserta Diniz:

Anote-se que a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2008, p. 40).

Cumprido ressaltar, ainda, que o Código Civil, em seu art. 927, assevera que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, ao passo que o art. 186, do mesmo diploma legal, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Assim, conclui-se que a responsabilidade civil está diretamente ligada ao descumprimento de uma norma legal ou contratual, acarretando, àquele que descumpriu ou violou, tal norma a obrigação de reparar o dano causado.

Nesse sentido são os ensinamentos de Gonçalves, *in verbis*:

As fontes das obrigações previstas no novo Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a Lei). As obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a

de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. A violação do dever jurídico de não lesar outrem (*neminem laedere*), imposto a todos no art. 186, configura o ato ilícito civil, que gera a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2010, p. 11).

Portanto, a responsabilidade civil é resultado de tudo aquilo que não se comportou conforme a lei, ou seja, são as medidas que obrigam alguém a reparar um dano causado à terceiro, como leciona Stoco:

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito (STOCO, 2007, p. 133).

Conclui-se, desta forma, que não há responsabilidade sem prejuízo. Este prejuízo é o dano, um dos elementos indispensáveis à responsabilização do agente, motivo pelo qual se faz necessária, após essa breve análise conceitual, a abordar os elementos da responsabilidade civil.

1.2 Elementos da responsabilidade civil

Remetendo novamente ao art. 186 do Código Civil, conclui-se que três são os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo causado e nexo de causalidade.

O primeiro elemento é a ação ou conduta humana, que pode ser considerada o fato gerador da responsabilidade. Há a necessidade, porém, que esta conduta seja voluntária, ou seja, a voluntariedade da conduta é requisito necessário para a configuração da responsabilidade civil (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 73).

A conduta humana voluntária se classifica em positiva, traduzida pela prática de um comportamento ativo positivo, comissivo, e em negativa, traduzida na forma de uma atuação omissiva ou negativa. Estes são casos de responsabilidade civil por ato próprio, sendo que o Código Civil reconhece também espécies de responsabilidade civil indireta, a exemplo da responsabilidade por ato de terceiro,

por fato de animal e por fato da coisa, disciplinadas nos arts. 932, 936, 937 e 938 do Código Civil, respectivamente.

O segundo elemento é o dano. Isso se deve porque não há que se falar em responsabilização sem a existência de um prejuízo, pois sem a ocorrência do dano não há o que se indenizar e, conseqüentemente, não há responsabilidade.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 82), “dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Importante ressaltar que o dano não é prejuízo apenas de ordem patrimonial, mas também de valores morais que se vinculam ao indivíduo. O dano patrimonial ocorre quando o bem ou direito lesionado é economicamente apreciável pelo titular. Por outra monta, o dano moral é verificado quando atingir bens de natureza personalíssima da vítima, ou seja, quando causa lesão a direitos de natureza não pecuniária, como, por exemplo, o direito à vida, à integridade física e psíquica do ser humano, dentre outros bens jurídicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 81-91).

Logo, não há como negar que o dano serve para caracterizar a responsabilidade civil, já que sem a ocorrência de um prejuízo não há que se falar em indenização ou reparação. A responsabilidade civil existirá, somente se alguém causar algum dano ao bem jurídico alheio, que deverá ser reparado (DINIZ, 2008, p. 55).

Nesse sentido são os ensinamentos de Cavalieri Filho, *in verbis*:

O dano é sem dúvida o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento sem existência do dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] Conceitua-se, então o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra e sua imagem [...] vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 70).

Pode-se citar alguns tipos de danos comuns no mundo jurídico, a exemplo do dano moral, o material e o estético.

O dano moral causa uma agressão à dignidade de alguém. O seu resultado é expresso pela dor, pelo vexame, sofrimento ou humilhação, que causam angústia,

aflições e desequilíbrio no bem estar de quem sofre o dano. O dano moral atinge o sentimento íntimo e pessoal da dignidade da vítima.

O dano material, ou patrimonial, atinge os bens patrimoniais, sendo assim definidos como o conjunto de relações jurídicas que podem ser medidas em dinheiro. Este tipo de dano geralmente pode ser avaliado em unidades monetárias sendo que pode ser indenizados mediante restauração natural, reconstituição anterior à lesão, ou indenização pecuniária.

O dano estético, por sua vez, se caracteriza pela lesão à beleza física, à harmonia das formas de alguém.

Destarte, para que se tenha a responsabilidade configurada é necessária uma reação originada pelo descumprimento de um dever anteriormente existente. Ainda que se tenha a infração ao dever jurídico e também a existência de culpa ou dolo por parte do agente, não haverá indenização sem que haja a comprovação do prejuízo (GONÇALVES, 2009, p. 34)

Por sua vez, o dano moral consiste na lesão aos direitos personalíssimos, quando não for atingida a esfera patrimonial. Em outras palavras, pode-se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a vítima violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 55).

O terceiro requisito é o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a ação e o dano. Sem essa ligação entre a conduta praticada pelo agente e o prejuízo causado, não haverá a relação de causalidade, inexistindo assim o dever de indenizar (GONÇALVES, 2006, p. 33).

Na mesma esteira são os ensinamentos de Cavalieri Filho, que expõe:

[...] não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 66).

Anote-se que três são as teorias que buscam explicar o nexo casual: da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causalidade imediata e direta.

A teoria da equivalência das condições foi criada por Von Buri, a qual defendia que, havendo culpa do agente, todas as ações anteriores são equivalentes para o resultado do dano. Portanto, tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 86).

Percebe-se que em sua essência a teoria em comento preconiza que configurada a culpa, as condições para a ocorrência do dano são equivalente, sendo estas denominadas de causas. Logo, não se faz necessário determinar o encadeamento dos fatos e antecederam o evento danoso, ou seja, qual fato efetivamente provocou o prejuízo à vítima.

A segunda teoria, da causalidade adequada, foi defendida por Von Kries, na qual a causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado. Dessa forma, a causa deverá ser essencial para efetivar o resultado, como disserta Gonçalves:

Somente se considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-la. Ocorrendo certo dano, temos que concluir que o fato que originou era capaz de lhe causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstancia accidental, diz-se que a causa não era adequada (GONÇALVES, 2006, p. 332).

A terceira corrente, da causalidade imediata e direta, foi criada por Agostinho Alvin, e defende que a causa tem que provocar um efeito imediato e direto ao resultado da execução causadora do dano. A esse respeito disserta Cavalieri Filho:

A expressão efeito Direto e imediato não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 70).

Semelhante são os ensinamentos de Sampaio (2003, p. 87), para quem existem muitas dificuldades, na prática, em se identificar o nexos casual que consiga imputar determinado resultado à conduta do agente, sobretudo quando se tem a presença de diversos comportamentos que, de alguma maneira, contribuíram para atingir o resultado.

Nesta hipótese, ocorrem as concausas, as quais se subdividem em sucessivas e simultâneas. As sucessivas são mais difíceis de resolver, pois se

estabelece “uma cadeia de comportamentos e condições, e é imperioso destacar aquela que, efetivamente, pode ser erigida como causa dos danos suportados, permitindo, assim, imputar os seus atos à obrigação de indenizá-los” (SAMPAIO, 2003, p. 87- 88). Já as simultâneas, são mais fáceis de solucionar, pois “à medida que estabelece o art. 942, CC 2002 (art. 1518, CC 1916), a responsabilidade é solidária de todos aqueles que concorrem para o resultado danoso” (SAMPAIO, 2003, p. 88).

Anote-se, ainda, que sendo o nexo de causalidade outro pressuposto da responsabilidade civil, é necessário a sua prova para que exista a obrigação de indenizar.

Por fim, cumpre ressaltar que alguns estudiosos do tema apresentam um quarto elemento para a responsabilidade civil, qual seja, o elemento subjetivo, dolo ou culpa, elementos estes voluntários, embora no primeiro caso a conduta nasce ilícita pois a vontade do agente esta em concretizar um resultado antijurídico, ao passo que na culpa a conduta nasce lícita, desviando-se a partir dos atos do agente.

De acordo com Cavalieri Filho (2010, p. 50), no “dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado”.

Segundo Dias (2006, p. 133-134), a determinação do liame subjetivo da prática de um ato ilícito envolve duas projeções: “no dolo, se identifica a vontade direta de prejudicar, que configura a culpa no sentido amplo; e a negligência em relação ao direito alheio, que vem a ser culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico”.

Logo, para aqueles que defendem a necessária presença do elemento subjetivo para a caracterização da responsabilidade civil, para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar a existência do dolo ou da culpa *stricto sensu*, segundo a teoria subjetiva adotada pelo Código Civil de 2002 como regra, já que a responsabilização objetiva é exceção. Entretanto, como essa prova se torna difícil de ser conseguida, o direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco (GONÇALVES, 2009, p. 34).

1.3 Das espécies de responsabilidade civil

Como já apontado alhures, o Código Civil de 2002, a exemplo do Código Civil de 1916, adotou, como regra, nos arts. 186 e 927, *caput*, a responsabilidade subjetiva. E, de forma excepcional, no parágrafo único do art. 927, consagra a responsabilização objetiva.

Assim dispõem os artigos em comento:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Cumprido ressaltar que a diferença entre a responsabilização subjetiva e a objetiva é a Teoria que as norteiam. A primeira funda-se na Teoria da Culpa, ao passo que a segunda funda-se na Teoria do Risco.

Segundo Diniz (2008, p. 128), a responsabilidade civil subjetiva exige, para a sua caracterização, que a conduta tenha sido culposa ou dolosa. Logo, é imprescindível que a vítima prove o elemento subjetivo.

Já na responsabilidade objetiva não é relevante a existência de culpa ou dolo na conduta do ofensor, pois esta modalidade se funda na Teoria do Risco, sendo necessário provar apenas o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano causado para que surja o dever de reparar o dano.

A responsabilidade subjetiva também recebe a denominação de responsabilidade aquiliana, pois a *Lex Aquilia* foi o primeiro código a inserir o elemento da culpa como pressuposto para responsabilizar o causador do dano.

Anote-se que a responsabilidade civil subjetiva, ou culposa, é aquela que determina a obrigação de reparar os danos causados por ações ou omissões, dolosas ou culposas, que violam direitos alheios.

Segundo Noronha (2010, p. 508), é ela que constitui o regime-regra da responsabilidade civil, como está claro no art. 927, *caput*, do Código Civil.

Outro ponto importante apresentado por Noronha (2010, p. 508) é que o ordenamento civil brasileiro adota como regra geral a responsabilidade civil subjetiva e, com exceção, a responsabilidade objetiva.

Segundo Nader (2009, p. 29-30), a Teoria do Risco foi adotada por que a responsabilidade subjetiva não atende plenamente o desejo de justiça nas relações sociais. Acrescenta o autor que os danos causados pela atividade que implicam riscos às pessoas ficariam sem qualquer reparação, tendo em vista a dificuldade da vítima em provar a culpa do ofensor nesses casos. Logo, a necessidade da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, veio como forma de proteção à determinadas pessoas.

Deste modo, em relação à responsabilidade objetiva, Venosa (2007, p. 14) explica que ela tem como princípio a Teoria do Risco, que nasceu em razão dos riscos desenvolvidos pelo “exercício de determinadas atividades, ou seja, a pessoa responde objetivamente por explorar uma atividade que pode vir a causar dano a outras pessoas”. E o autor acrescenta:

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela (VENOSA, 2007, p. 14).

Noronha (2010, p. 509) cita três tipos de “riscos de atividade” que fazem parte da responsabilidade objetiva: o risco de empresa, o risco administrativo e o risco-perigo. E acrescenta o autor que o exercício de uma atividade econômica, “organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo”.

Factualmente, no âmbito do risco administrativo, alerta que a pessoa jurídica pública deve indenizar o particular que foi prejudicado para beneficiar a coletividade e, quanto ao risco-perigo, afirma que atualmente é uma complementação do risco de empresa e risco administrativo (NORONHA, 2010, p. 509).

Cumpra destacar, ainda, exemplos dos três “riscos de atividade” citados acima, e que são sintetizados pelo autor nos seguintes termos:

Um exemplo típico de risco de empresa é a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, prevista no art. 931 do Código Civil e especialmente regulada, no que diz respeito às relações de consumo, pelos arts. 12 e s. do Código de Defesa do Consumidor. Exemplo de risco administrativo é a responsabilidade civil pública (da União, Estados, Municípios, suas autarquias e fundações e ainda da entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos), prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e também referida no art. 43 do Código Civil. Exemplo de risco perigo é a responsabilidade por acidentes de trânsito, essencialmente de criação jurisprudencial, mas fundada também no velho Decreto Legislativo n. 2.681, de 07-12-1912, relativo às estradas de ferro (NORONHA, 2010, p. 510).

Não obstante as diversas subclassificações que os doutrinadores realizam sobre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, é importante perceber que a diferença entre ambas está na presença da conduta culposa na primeira, e no exercício de uma atividade de risco na segunda.

Por derradeiro cumpre destacar que a responsabilidade subjetiva e a objetiva se completam no ordenamento jurídico, pois contribuem para a distribuição de justiça nas relações sociais. Esse é o entendimento de Nader (2009, p. 32), ao explicar que “a teoria do risco favorece o equilíbrio social, a equidade nas relações”, ou seja, “não visa excluir a culpa como critério básico da responsabilidade civil; cumpre uma função de justiça para a qual a teoria subjetiva se mostra impotente”.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Historicamente, a partir do cristianismo, tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade (PRADO, 2002, p. 114).

Surge com o cristianismo o conceito de pessoa: o homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação pública ou jurídica.

O reconhecimento do valor do homem como homem, implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Observa-se então “um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre liberdade e autoridade” (PRADO, 2002, p. 114).

Da concepção jusnaturalista - que vivenciava seu apogeu justamente no século XVIII -, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão – somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2009, p. 40).

Logo, a concepção jusnaturalista consagrou a dignidade humana, partindo da ideia de que os direitos do indivíduo devem ser respeitados e reconhecidos por todos, bem como pelo Estado.

Mais tarde, opondo-se à metafísica do pensamento jusnaturalista (os princípios ocupavam uma função meramente informativa) e instituindo-se a fase positivista, os princípios passaram a ser concebidos como fontes do Direito, sendo utilizados apenas na ausência da lei, como forma de suprir as lacunas do ordenamento e resolução dos conflitos de normas (BOBBIO, 1995, p. 19-20).

Nessa fase, os princípios ocuparam posição secundária e de subsidiariedade à lei, não podendo sobrepor-lhe, tampouco proceder-lhe. Atuavam somente como fonte supletiva no caso de ausência da lei e como forma de integração do direito, ou seja, não dispunham de autonomia normativa (BOBBIO, 1995, p. 19-20).

Na era Pós-positivista, na fase em que hoje ainda se experimentam, os princípios representam tema que centraliza as discussões no âmbito da teoria e da filosofia do direito, refletindo, na esfera do Direito Constitucional. Segundo Farias (2000, p. 54), “a moderna teoria constitucional descobriu que os princípios (notadamente aqueles com respaldo na Lei Maior) formam o ‘coração das constituições contemporâneas’ e, portanto, são instrumentos valiosos para uma adequada interpretação constitucional”.

Para Dworkin (1997), o positivismo é extremamente normativo, uma vez que identifica somente as normas, deixando à margem, as diretrizes (fazem referência aos objetivos sociais a serem alcançados) e os princípios (estes se referem a justiça e à equidade). Será o conteúdo material, o determinador da aplicação de um princípio em uma situação particular/específica.

A esse respeito observa Mello (2002, p. 808) observa:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce de disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, a “Constituição Cidadã”, como ficou conhecida, foi a primeira Constituição a reconhecer de forma expressa em seu texto, o princípio da dignidade humana. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Reconhecendo a existência da dignidade da pessoa humana e sua eminência, a Constituição transformou-a em um valor supremo da ordem jurídica, ao declará-la como um dos fundamentos.

Além disso, a Constituição de 1988, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana.

Observe-se que concebido como fundamento do Estado, o princípio da dignidade humana não é unicamente uma disposição legal a ser respeitada e, sim, uma imposição normativa, o que significa dizer que todas as ações estatais, que de alguma forma incorrerem em violação a esse princípio não são legítimas porque contrárias aos próprios valores que a Constituição pretende concretizar.

Significa dizer, em outras palavras, que a consecução dos Direitos fundamentais só é possível num Estado Democrático de Direito. Dessa forma, não se pode falar em qualquer outro Direito e garantia constitucional sem aludir à dignidade humana, razão pela qual é denominado princípio unificador (PELEGRINI, 2004, p. 12).

Esse princípio constitui um atributo intrínseco de todo indivíduo, ainda que tenha cometido qualquer ação que não seja dotada de dignidade, pois “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidades e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, conforme o exposto no art. 1º da Declaração Universal da ONU de 1948 (ONU, 1948).

Na mesma esteira se encontram os ensinamentos de Farias (2000, p. 63), que destaca:

[...] o respeito da dignidade humana constitui-se em um dos elementos imprescindíveis para a legitimação da atuação do estado brasileiro. Qualquer ação do Poder Público e seus órgãos não poderão jamais, sob pena de ser acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade humana.

Silva (1996, p. 39) destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se como referencial ao conteúdo de todos os direitos fundamentais. Referindo-se aos doutrinadores José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, o constitucionalista brasileiro acentua:

O conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-

a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-los para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art.270), a ordem social visará a realização da justiça social (art.193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.250) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (CANOTILHO; MOREIRA *apud* SILVA, 1996, p. 39).

Observa-se que, além de um compromisso jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana tem responsabilidade no campo ético, moral e político de respeitar e garantir condições básicas de existência humana, pois nenhum Estado pode pretender assegurar a dignidade ao ser humano sem a implementação eficaz de condições mínimas de sobrevivência.

No entender de Canotilho, como se extrai da lição supra, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio estruturalmente aberto, onde o conteúdo a ele atribuído é dado pelos operadores do direito no momento de sua interpretação e aplicação ao caso concreto.

Farias (2000, p. 63) define como uma categoria axiológica aberta, sendo inadequada conceituá-la de forma fixista. Exige-se dos operadores jurídicos a compreensão de que o princípio da dignidade humana constitui fundamento autônomo à solução de conflitos.

Nesse sentido, Alves (2001, p. 135) ressalta que o princípio da dignidade humana,

[...] como tantos outros princípios fundamentais inscritos na Constituição, não é apenas ‘fonte de solução jurídica enquanto elemento de interpretação e integração das normas’. Entendemos que é preciso admitir que os princípios constitucionais, como o que consagra a dignidade da pessoa humana, podem servir de fonte autônoma de solução jurídica – ‘ou como juízos concretos do dever ser’, na conhecida expressão de Alexy – para determinar casos, onde, apesar da ausência de regras específicas, se depare com uma situação concreta submetida à decisão judicial que deva ser regulada de modo a salvaguardar a proeminência dos valores existenciais da pessoa humana.

A esse respeito assevera Sarlet (2002, p. 112):

[...] o princípio da dignidade humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. [...] a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incumbe aos órgãos estatais,

especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio.

Com efeito, a consagração do princípio da dignidade humana, como valor e fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, traduz-se na obrigação não só jurídica, mas também no compromisso ético, moral e político de respeitar e garantir condições mínimas de existência humana, visto que nenhum Estado pode pretender assegurar dignidade ao ser humano sem a implementação eficaz de condições mínimas de sobrevivência.

É importante ressaltar a importância da atividade judicante na construção do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, porquanto o juiz não só protege a dignidade das pessoas mediante aplicação da lei, mas importa também a sua participação nos casos em que há ausência da lei reguladora, quando, então, possivelmente, irá valer-se de princípios, dando a esses o conteúdo resultante da sua interpretação ao caso concreto.

A dignidade é qualidade intrínseca do indivíduo, sendo irrenunciável e protegida pelo ordenamento jurídico. Além dessas qualidades, esse princípio merece profundo respeito da sociedade e do Estado, devendo ser garantido e protegido até o último dia da vida do ser humano, que tem o direito de possuir uma morte digna.

Para Moraes (2002, p. 5), a dignidade da pessoa humana representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira o ordenamento jurídico dos Estados de Direito, traduzindo-se, inclusive, como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

De forma mais ampla, pode-se afirmar que a consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana, no rol dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, constitui-se importante decisão do Legislador constituinte a respeito do sentido, finalidade e justificação do Estado.

Sarlet (2002, p. 112) completa afirmando que a pessoa passa a ser o fim a que se destina o exercício do poder estatal, e nunca um meio para que o Estado alcance seus objetivos. Significa dizer que o exercício do poder somente será legítimo caso se pautar pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser uma condição para o próprio exercício da democracia.

Para Kant (2003, p. 74), concepção de dignidade prevalece até os dias atuais impregnada no pensamento filosófico-constitucional. O homem é concebido como

sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. Assim, mais do que respeitar um dever, tem o homem que se tornar um ser moral.

Anote-se, ainda, que Kant (2003, p. 74) então elaborou o seguinte imperativo categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas querer que ela se torne uma lei universal”. Dessa fórmula o doutrinador conclui que “o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades” (KANT, 2003, p. 74).

A Declaração Universal dos Direitos humanos proclama, em seu preâmbulo, que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e, em seu art. 1º, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Saber em que consiste essa dignidade, e em que se funda, é de inegável importância, a fim de que tais afirmações não pareçam mero jogo de palavras, ou discurso vazio de sentido prático.

Para descobrirmos a dignidade da pessoa humana não basta reconhecer no homem atributos só encontráveis nele [...]. Se o fizermos, estaremos situando o homem no plano da animalidade e retirando-o do plano da personalidade.

Cumpra, pois, avançar para além das explicações puramente naturalistas, que situam esses atributos na corporalidade do homem, se se quiser construir uma sociedade que [...] veja nele um ser que transcende de sua animalidade para os planos superiores do espírito para ser pessoa. Só assim, compreenderemos o sentido de sua dignidade, que, sendo-lhe inerente, é inalienável, inviolável (OLIVEIRA, 2000, p. 11).

O princípio fundamental da dignidade humana, enquanto expressão positiva do valor fonte do ordenamento constitucional brasileiro acaba por funcionar como um operador deôntico especial, pois, mesmo quando não esteja diretamente envolvido na solução jurídica do caso concreto, o valor que ele traduz será chamado a conformar, orientar e limitar a opção realizada.

Nesse sentido, surge o entendimento de Silva (1996, p. 39), advogando que a dignidade da pessoa constitui bem mais do que princípio jurídico, já que se cuida de valor supremo e fundante de toda ordem jurídica, social e política, base de toda a vida nacional.

Logo, constitui a dignidade um valor universal: “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada” (SARLET, 2002, p. 60).

A dignidade da pessoa humana se apresenta como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos sejam discutidos sob a ótica de seu conteúdo protetivo (SARLET, 2002, p.60).

Diante do exposto, a dignidade possui dois pilares importantes, tais como: igualdade entre os seres humanos e a liberdade, permitindo ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais.

2.1 Do direito à privacidade e à intimidade

Superada a breve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, sem o escopo de esgotar sua análise, dada a sua complexidade, faz-se necessário ressaltar que os direitos da personalidade são indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas do ser humano.

Nesse cenário encontram-se os direitos à privacidade e à intimidade, que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, e como tal são tutelados pelo direito, a exemplo do Direito Constitucional e do Direito Civil, que prevê, por exemplo, a possibilidade de reparação dos danos suportados por aquele que vê sua privacidade e intimidade violados, sejam tais danos de ordem moral ou material.

Anote-se, inicialmente, que a personalidade é apenas uma aptidão para exercer direitos e contrair obrigações, como salienta Diniz (1989, p. 83):

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Logo, os direitos da personalidade podem ser classificados em direito à intimidade e à privacidade.

Fato é que o direito à privacidade está intrinsecamente relacionado ao direito à intimidade. Logo, o direito à intimidade se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos pessoais, familiares e negociais, como preleciona Bittar (2006, p. 111):

Esse direito vem assumindo, paulatinamente, maior relevo, com a contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos, sociais, negociais ou de lazer.

Em geral, as pessoas não desejam que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em respeito à pessoa, devem ser preservados a sua vida privada, o seu lar, a sua família e a sua correspondência, sendo todos estes elementos invioláveis.

Segundo Bittar (2006, p. 111-112), no campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências; informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais; memórias; diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa, ou conjugal; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.

Quando a pessoa é notória e o exercício de sua atividade público, não está protegida da curiosidade pública a revelação de fatos de interesse público, independentemente de sua anuência. Entende-se que, nesse caso, a notoriedade da pessoa reduz espontaneamente os limites de sua privacidade, e podem ser citados como exemplo os políticos, atletas, artistas e outras figuras públicas (BITTAR, 2006).

Mas, segundo Bittar (2006, p. 112), “o limite da confidencialidade persiste preservado. Assim, sobre fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta ao interessado”.

A Constituição da República de 1988 assegura a inviolabilidade da vida privada e da intimidade e as agressões à intimidade podem ser punidas penal e civilmente. A legislação que determina as punições é capítulo dos delitos contra a inviolabilidade de domicílio, previsto no Código Penal: violação de domicílio e de

correspondência, sonegação ou destruição de correspondência, violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, e a violação de correspondência comercial.

A esfera civil também é pautada pelo princípio de preservação da intimidade, devendo ser resguardados o respeito à intimidade no plano da legislação sobre comunicações e outras. As ações passíveis de sanção são: indiscrições injustificadas; utilização abusiva na comunicação privada; divulgação abusiva na comunicação ao público; espionagem e revelação de dados pessoais e de confidências, dentre outras ações.

Da mesma forma, é passível de punição a investigação abusiva da vida alheia, e a divulgação indevida de informação sobre a sua privacidade, através de formas e de meios mais diversos (veículos de comunicação em geral). Mesmo quando se trata de pessoa notória, não é permitida a revelação de hábitos privados, como os usos íntimos, a escolha de adereços, os costumes no lar e outras tantas invasões indevidas.

O direito à intimidade sofre limitações para atender aos interesses da coletividade, dada a predominância do interesse coletivo sobre o particular. Assim, o direito à intimidade pode ser violado para atender a diversas exigências, a saber:

[...] exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial, inclusive com o uso de aparatos tecnológicos de detecção de fatos; exigências de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas, ou centros, públicos ou privados, de dados, de interesse negociais, e de agências de divulgação comercial (de elementos de cunho patrimonial); exigências de saúde pública e de caráter médico-profissional e outras (BITTAR, 2006, p. 115).

Excluídas estas exceções, não podem ser revelados os dados pessoais de determinado indivíduo a outrem, pelo sistema oficial, ou entre particulares, nem ser cambiadas informações, ou divulgados fatos de ordem reservada da pessoa.

No que toca o direito à privacidade, ou princípio da preservação da privacidade, cumpre observar, inicialmente, que se relaciona diretamente ao princípio da intimidade, e são inclusive tratados como sinônimos pela maioria dos dicionários.

Isso se deve porque o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é a

esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um, imposta na medida em que a intimidade se for restringindo (BITTAR, 2006, p. 115).

Logo, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados.

Isso se deve porque o direito à privacidade muitas vezes se confunde com o direito à intimidade e até hoje não foi possível estabelecer uma diferenciação consistente entre ambos. Privacidade e intimidade atendem ao “direito de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos” (JABUR, 2000, p. 259).

O direito à intimidade é sucessivo ao direito ao segredo. O primeiro diz respeito à própria pessoa, cujo conjunto de fatos ou aspectos seus não deseja revelar, enquanto o segundo corresponde à não violação de confidência feita por terceiro a si (JABUR, 2000, p. 261).

Enfim, a intimidade é direito personalíssimo que confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo particular, próprio e não admitir a intromissão alheia, representada pela curiosidade de adentrar em um universo limitado ao convívio de familiares e pessoas próximas (JABUR, 2000, p. 261).

Contudo, como já apontado alhures, o direito à intimidade e à privacidade não são, na prática, absoluto, encontrando suas fronteiras em outros direitos ou bens constitucionais. Essa limitação opera-se por duas formas básicas: por atuação legislativa ou por intervenção jurisdicional.

Sampaio (1998, p. 383) assevera que nenhuma medida restritiva da intimidade poderá ser adotada sem ter uma base legal (princípio da legalidade) e essa lei deverá ter por fundamento uma disposição constitucional, enunciadora de outro direito ou bem protegido. Assim, a restrição pode ser feita: a) diretamente, através de uma lei que incida imediatamente sobre o âmbito de proteção do direito à intimidade, desde que haja autorização constitucional expressa nesse sentido; b) indiretamente, a partir da conformação ou concretização de outro direito, de uma competência ou bem constitucional.

Assim, em princípio, pode haver a permissão legislativa de quebra de sigilo bancário, em nome da "segurança" (art. 144) e da "moralidade pública" (art. 37, *caput*), do exercício das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, inciso VI) e da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, pelo Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71), todos da Constituição da República de 1988.

Segundo Canotilho (1995, p. 660-661), essa autorização deve obedecer todavia a uma série de exigências, em geral, consagradas pelo Direito Comparado: tratar-se de lei em sentido estrito, clara e precisa em suas disposições; haver adequação, necessidade e proporcionalidade da medida não apenas em abstrato, para validade constitucional da lei, mas também em concreto, na sua execução (princípio da proibição do excesso) e haver garantia do núcleo essencial do direito à intimidade.

Sampaio (1998, p. 384) destaca dois momentos de atuação restritiva dos órgãos jurisdicionais: "na autorização de medidas derogatórias de aspectos do direito à intimidade e na solução de conflitos entre esse direito e outro bem, interesse ou direito constitucionais, com prejuízo daquele".

Logo, a autorização de medidas derogatórias decorre da própria natureza jurisdicional. Ela está inserida no âmbito de uma autorização legislativa que em sua aplicação dependa de um juízo de ponderação prévio à sua concretização.

Anote-se, por fim, que na solução de conflitos entre direitos fundamentais apenas, envolvendo pretensões diretamente fundadas na Constituição, mesmo não havendo lei em sentido formal a disciplinar o assunto, o juiz deve realizar um prudente balanceamento dos direitos em conflito.

3 DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde vem elencado na Constituição da República de 1988 no Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, que em seu art. 6º determina: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Acontece que nem sempre foi o tema tratado de forma expressa na Constituição, reconhecido como um direito fundamental e social, motivo pelo qual se faz imprescindível à compreensão do problema de pesquisa uma análise do conceito de saúde para, em seguida, abordar a constitucionalização do direito à saúde.

3.1 Conceito de saúde

Atualmente pode-se tratar o conceito de saúde da pessoa não só o equilíbrio somatopsíquico, definido pelos romanos sob o aforisma *mens sana in corpore sano*, e muito menos a ausência de doença. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define o conceito de saúde, como ressalta Oliveira (2002, p. 210), como “o estado completo bem-estar física, psíquico e social”.

Oliveira (2002, p. 210) afirma que "significa dizer que se reconhece sadia e saudável não apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de higidez física e mental, mas aquela que se acha integrada na convivência social, como elemento participante e respectivo dos benefícios da vida comunitária". E mais adiante o autor acrescenta:

[...] tem sido constante e natural à preocupação histórica dos povos a busca de um ideal de saúde, para o fortalecimento do grupo e até mesmo por instinto de preservação da espécie humana, tantas vezes ameaçada por lutas fratricidas, guerras de conquista e epidemias de caráter destrutivo (OLIVEIRA, 2002, p.210).

Ainda, de acordo com Oliveira (2002, p. 211), “através de relatos bíblicos, os judeus se cuidavam com a circuncisão dos infantes, que, ao lado de preceito religioso, apresenta indisfarçável preocupação higiênica e preventiva”, demonstrando que a preocupação com o bem estar remete aos primórdios da humanidade.

Já com os povos gregos, e em decorrência das práticas desportivas, o conceito de saúde certamente se ligava à ideia de equilíbrio orgânico, pelos elementos “força” e “beleza”, visando a harmonia entre o corpo e alma, conforme os conhecimentos científicos da época e a notória atuação empírica de Hipócrates (o “pai da medicina”) (OLIVEIRA, 2002, p.211).

Na Idade Média renasceu, com mais força, a noção de “prevenção”, que se tomou forma, e passou a se chamar de “Estado do bem-estar social”, para garantir o tratamento igualitário e as condições de existência entre as pessoas que viviam em sociedade (OLIVEIRA, 2002, p. 211).

Com o nascimento da Organização das Nações Unidas – ONU, no ano de 1946, a OMS passou a ter influências positivas nas legislações próprias de cada Estado. Contudo, o conceito de saúde foi sofrendo alterações ao longo dos tempos, buscando sempre adequar aos anseios de cada povo, em cada momento histórico, como ressalta Oliveira:

Atualmente temos como conceito de saúde, “a definição puramente somato-psíquica para fundamentar-se em um objetivo de “qualidade de vida” que depende de todo um conjunto de direitos inerentes às pessoas humanas e ao ambiente em que se situam”. Há um bloco sistêmico de condições a preservar para que se alcance o bem-estar individual e social (OLIVEIRA, 2002, p. 211).

Com esses parâmetros, conclui Schwartz que a saúde pode ser conceituada como:

[...] um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

Através desse conceito percebe-se que sempre existiu uma preocupação em se priorizar a saúde não apenas sobre o prisma de se curar uma doença quando certa pessoa já está infectada, mas sim, e o mais importante, é que existam programas de prevenção.

Por fim, é importante ressaltar que o direito à saúde está reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito fundamental, bem essencial, que merece uma maior proteção jurídica, o que implica dizer que a atual ordem jurídica apresentou um novo pensar na área da saúde, colocando-a como condição para que todos os cidadãos possam ter uma vida digna e produtiva.

3.2 O direito à saúde e a sua constitucionalização

Nos textos mais antigos de declaração de direitos, como no *Bill os Rights*, assinado por Guilherme de Orange – Rei Guilherme III, logo após a Revolução na Inglaterra, e estatutos semelhantes, nada se encontra com respeito à proteção sanitária, já que as preocupações da época cingiam-se ao plano político das limitações de poder do soberano (OLIVEIRA, 2002, p. 212).

A mesma situação se vislumbra na Declaração de Direitos da Revolução Francesa, não obstante esta tenha por escopo a consagração dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, em contraponto ao regime absolutista que veio a ruir com a Tomada da Bastilha (OLIVEIRA, 2002, p.213).

Com o advento, no ano de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, se assume uma posição solene em favor do direito à saúde, conforme consta do seu art. 25, que assim dispõe:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948).

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, trata do direito à saúde, apontando mecanismos para assegurar seu pleno exercício (OLIVEIRA, 2002, p.212).

Para que o Pacto supracitado alcance a proteção integral à saúde das pessoas, estabelece a obrigação dos Estados adotarem medidas que se façam necessárias para garantir a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio das crianças; a melhoria de todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra tais doenças; e, ainda, a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (OLIVEIRA, 2002, p. 213).

No mesmo sentido de proteção à saúde encontra-se a proclamação contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, adotado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil no ano de 1992.

Embora o Brasil adote a Declaração Universal e dos Pactos citados, é de se lamentar o tempo que se levou para que fossem tomadas as providências legislativas internas que assegurassem os direitos declarados como dignos de proteção.

É de se ressaltar que a omissão se decorreu do inadmissível retardamento da ratificação do *Pacto de San José da Costa Rica* no âmbito interno, somente ocorrida no ano de 1992, como apontado alhures.

Contudo, diante da demora legislativa, foi surgindo a movimentação na esfera jurídico-social a implantação de um sistema de reforma sanitária, no que merece especial destaque o trabalho desenvolvido desde 1980, por Sueli Gandolfi Dallari Bucci (*apud* OLIVEIRA, 2002, p. 57-63), a sustentar que a saúde constitui direito fundamental do homem, demandando providências legais e administrativas para assegurar a sua efetiva proteção nos planos preventivo e de sanção das moléstias que põem em risco não apenas a higidez individual, mas a própria segurança da coletividade afetada.

Para Oliveira (2002, p. 213) a “consequência natural do mais relevante dos direitos humanos, que é o direito à vida, situa-se em plano de igual importância o direito à saúde, nos seus aspectos individual e social”. E, mais adiante, acrescenta o autor que “em ligeiro retrospecto legislativo, no que concerne especificamente ao

direito à saúde, verifica-se inexistência de disposições próprias no texto das Constituições brasileiras de 1824 e de 1891” (OLIVEIRA, 2002, p. 214).

Assim, na Constituição de 1934 já se encontrava prevista a ideia de um fundo social, surgindo indicações da preocupação sanitária, com a previsão de competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para adoção de “medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade dos infantes; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis” (BRASIL, 1934).

Nas Constituições seguintes, principalmente a de 1934 e 1946, o disposto acima não foi reproduzido, embora o elenco de direitos individuais do art. 141 dispunha acerca da “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”, e normas de cunho protetivo ao trabalhador, no seu art. 157, com menção a higiene e segurança do trabalho (inciso VIII), assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante (inciso XIV) (BRASIL, 1946).

Nas normas institucionais impingidas por governo de força no ano de 1967, e que integram a Constituição do mesmo ano, encontra-se referência no art. 8º, XIV, em que se delegava à União competência para “estabelecer planos nacionais de educação e saúde” (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

Com o passar dos tempos cada vez mais aumentou a preocupação da saúde das pessoas, sendo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CRFB/88, elencou como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”, em seu art. 1º, III (BRASIL, 1988).

Outrossim, elenca os direitos e garantias fundamentais a partir da “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, *caput*), sem prejuízo dos direitos sociais, neles incluído o direito à saúde (art. 6º), cujos lineamentos constam de outras disposições em título próprio (OLIVEIRA, 2002, p.215).

Em suma, nas Constituições anteriores, a proteção da saúde só aparecia incidentalmente, ou em capítulo referente aos trabalhadores. Acerca desta constatação assim disserta Dallari:

[...] embora se diga que existe o direito à higiene e segurança do trabalho e à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, o conjunto dos dispositivos torna muito precários esses direitos. Conclui-se, válida para o contexto legislativo anterior a 1988: “Por tudo isso, não se pode dizer que o direito à proteção da saúde esteja assegurado às pessoas na Constituição brasileira” (DALLARI, 1982, p. 57-58).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde, como direito social do trabalhador, constitui necessário reflexo da proteção à vida das pessoas, no sentido de sua preservação para uma existência digna. Faz parte dos direitos sociais, em complemento aos direitos individuais, com igual respaldo constitucional de garantias por parte do Estado (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

Na mesma linha de proteção encontram-se os arts. 194 e seguintes, da Constituição, que ao tratar da seguridade social, determinam que esta “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Não se trata apenas de plano de intenções, mas impõe ao Estado a efetiva proteção às pessoas, reconhecendo que possuem direito público subjetivo à saúde e que o Estado tem a obrigação de garantir sua efetividade.

No mesmo sentido a Constituição de 1988, em seu art. 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988).

No tocante ao capítulo que trata da família, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reforça a preocupação com a questão sanitária ao dispor que “o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente” (BRASIL, 1988).

Os cuidados aos filhos se repetem com relação aos pais, que haverão de ser amparados “na velhice, carência ou enfermidade”. O dever assistencial, que não é só a obrigação do Estado, mas da família e da sociedade, tem o objetivo de assegurar às pessoas idosas “sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”, nos termos do art. 229 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Portanto, consagra nos dispositivos explícitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito humano à saúde, devendo o Estado dar efetividade e esse direito em todos os seus planos, seja com medidas de cunho preventivo, seja em medidas de recuperação da pessoa agravadas em suas condições físicas ou psíquicas indispensáveis a uma existência digna (OLIVEIRA, 2002, p. 216).

Além disso, é de se destacar a preocupação com o meio ambiente naturalmente sadio para as futuras gerações, pois pela tutela do meio ambiente

atinge-se, de forma indireta o bem-estar e a saúde da população, pela melhor qualidade de vida que se lhe propicia (OLIVEIRA, 2002, p. 216).

Importante salientar esse aspecto de íntima relação entre o meio ambiente e saúde pública, conforme defende Gomes, ao afirmar que:

A batalha se trava em várias frentes – curar as doenças, assim como a prevenção e educação em saúde. Saneamento básico, moradia e alimentação, por exemplo, previnem uma infinidade de doenças. Por outro lado, hábitos higiênicos, harmoniosa relação trabalho-lazer, ambiente tranquilo, relações afetivas estáveis e gratificantes, estabilidade profissional e do país – eis outras variáveis não menos importantes para a manutenção da saúde (GOMES *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 93).

A “saúde pública”, que em verdade resulta da somatória da “saúde individual” de cada um dos membros da sociedade, está forçosamente ligada a comportamentos de cunho preventivo, exigindo uma estratégia em que se estudem as causas de surgimento das moléstias, especialmente aquelas de cunho endêmico (OLIVEIRA, 2002, p. 217).

Assim, assentados os objetivos a atingir para evitar a eclosão dos males, e estabelecidos os efetivos meios de ação, mediante recursos financeiros destinados a esse propósito, sem prejuízo do equipamento estrutural indispensável para sua execução, compreendendo instalações e material humano habilitado ao seu desempenho, restarão atendidos os fins preventivos da saúde (OLIVEIRA, 2002, p. 217).

4 O DIREITO DE NÃO SABER E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.195.995/SP

4.1 Compreendendo o caso “Fernando Villas Boas”

Para compreender a problemática levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça e que culminou no julgamento do Recurso Especial nº 1.195.995, no qual se discutiu a violação (ou não) do direito à intimidade e a consequente obrigação de reparar os danos morais e materiais suportados pelo recorrente, mister se faz uma análise do caso.

A ação de indenização por danos morais e materiais foi proposta pelo Sr. Fernando Villas Boas em face da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, e tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Catanduva, sob o nº 132.01.2008.004299-9/000000-000.

O autor, inconformado com a decisão prolatada em primeira instância, que julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial, consubstanciado na reparação por danos morais, correspondente ao tratamento psicológico no valor de R\$ 2.500,00 (Dois mil e quinhentos reais) mensais, sem prejuízo da condenação por danos morais, nos valor de R\$ 200.000,00 (Duzentos mil reais), recorreu, em regime de apelação, para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pleiteando a reforma total da sentença.

Argumentou o apelante, em apertada síntese, que se fazia necessária a reforma da decisão, pois a conduta do apelante, ou seja, da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, seria culposa, pois teria realizado exame clínico de anti HIV, exame esse não solicitado pelo médico do apelante.

Isso se deve porque o médico solicitou fossem realizados os seguintes exames: hemograma, creatinina, glicemia jejum, glicemia pós prandial, Hb glicosilada, Ácido Úrico, colesterol total e frações, triglicérides, gama GT, Glicoproteína Ácida, T4 livre, TSH, anti HCV e HBSAG. Contudo, o apelado teria realizado não o exame “anti HCV”, mas sim o anti HIV.

Com o resultado positivo nesse último exame, o apelante descobriu-se portador do vírus HIV, o que teria, em sua argumentação apresentada na apelação

cível, violado sua intimidade, com a negligência do laboratório ao trocar a letra “c” por “i”, o que resultou em danos de natureza moral e material.

Diante de tal fato o recorrente sofreu, ainda segundo argumentação apresentada na peça de apelação cível, danos de natureza moral e material, devendo a violação dos seus direitos ser reparada, por causar perturbação de ordem psíquica pelo conhecimento de sua grave moléstia.

Recebido o recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com efeito devolutivo e suspensivo, não logrou êxito o apelante, e assim restou ementada a decisão em segunda instância:

EMENTA — APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS — Demanda ajuizada em face de laboratório de análises clínicas - Exame realizado para pesquisa de anticorpos (HIV) – Resultado positivo - Solicitação médica de exame de sangue anti HCV - Embora objetiva a responsabilidade do laboratório, não há como reconhecer sua culpa, pela ausência denexo causai - Inexistência de comunicação falsa de doença - De rigor a improcedência da ação - Sentença mantida - Recurso desprovido (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 603.709-4/7-00, Relator Desembargador Salles Rossi, Oitava Câmara de Direito Privado, julg. 10/12/2008).

O não provimento do recurso se deu, conforme se extrai da fundamentação, pelo não reconhecimento da violação ao direito à intimidade do apelante, pois muito embora tenha tomado ciência de sua condição de portador do vírus HIV, tal divulgação não foi leviana, muito menos inverídica, e não se deu a terceiros, mas tão somente ao paciente.

O Desembargador Sales Rossi, relator da apelação em comento, ressaltou que apesar de ter sido realizado exame diverso do solicitado, o apelante já era portador da moléstia, circunstância esta que lhe seria revelada cedo ou tarde, tão logo os sintomas da debilidade lhe afligissem. E o Desembargador acrescentou:

É bem verdade que a mera possibilidade de alguém ser portador do vírus HIV ou qualquer outra grave enfermidade, à evidência, acarreta sofrimento, cuja situação que se motiva ajuda psicológica a suportar esse infortúnio, por outro lado, aqui, no presente caso, não justifica o ressarcimento material pelo dispêndio que teve com o apoio profissional que buscou. Cediço que o prévio conhecimento auxiliará melhor o paciente na procura de tratamento mais adequado, com maior qualidade de vida. Nesse ponto, considero que lhe fora prestada assistência até mesmo favoravelmente. Entretanto, inexistenexo causai a amparar o pleito indenizatório formulado a título de danos morais e materiais, pois o apelado não lhe transmitiu, por qualquer meio, direto ou indireto, o surgimento em seu físico dessa doença. Diga-se apenas por hipótese, que se reparação fosse devida restringir-se-ia ao

custeio do exame clínico equivocadamente solicitado e não, pela ciência verídica de enfermidade revelada pela sua troca (SÃO PAULO, 2008).

Percebe-se que o órgão julgador não reconheceu a existência do nexo causal entre a conduta do Hospital recorrido e dos danos sofridos pelo apelante. Em outras palavras implica dizer que não há, entre o sofrimento suportado pelo apelante, e o erro do hospital em realizar exame diverso do solicitado, com a revelação da moléstia, nexo de causalidade, já que o sofrimento, repita-se, decorreu da descoberta de ser portador do vírus HIV, e não da realização equivocada do teste anti HIV.

Ressaltou o órgão julgador, ainda, que para a reparação do dano se faz necessária a prova inequívoca do abalo moral, com o descrédito da vítima em seu meio social, o que não ocorreu no caso em comento, pois a conduta do hospital em nada contribuiu para o suposto prejuízo, não fazendo jus o apelante a qualquer espécie de reparação.

Por derradeiro, o Relator frisou que a finalidade do instituto da reparação civil, como se extrai do art. 186 do Código Civil, é restabelecer a situação jurídica que, por culpa do agente, causou danos a outrem, nunca enriquecer, sob pena de se determinar a reparação de um dano que não existiu.

Inconformado com a decisão proferida em sede de apelação, foi a questão levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1.195.995, alegando afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil; afronta ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor c/c art. 927 e 931, ambos do Código Civil, por supostamente tratar-se de responsabilidade objetiva do hospital, sem prejuízo de ter a recorrida realizado exame não solicitado pelo médico do recorrente, o que teria culminado na violação do direito à intimidade.

Em juízo prévio de admissibilidade, foi o mesmo inadmitido. Contudo, com a interposição do agravo de instrumento nº 1.233.523/SP, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, deu provimento, determinando a subida do recurso especial que, julgado pela Terceira Turma, embora com voto vencido da relatora, foi improvido. Assim encontra-se a decisão:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV NÃO SOLICITADO, POR MEIO DO QUAL O PACIENTE OBTVEVE A INFORMAÇÃO DE SER SOROPOSITIVO - VIOLAÇÃO AO DIREITO À

INTIMIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - INFORMAÇÃO CORRETA E SIGILOSA SOBRE SEU ESTADO DE SAÚDE - FATO QUE PROPORCIONA AO PACIENTE A PROTEÇÃO A UM DIREITO MAIOR, SOB O ENFOQUE INDIVIDUAL E PÚBLICO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico;

II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável;

III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior;

IV - Não se afigura permitido, tão-pouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário;

V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade;

VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais;

VII - Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame anti HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data *maxima venia*, não se afigura escorreito;

VII - Recurso Especial improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.195.995, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 22/03/2011).

Percebe-se que a questão, ao ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, encontrou terreno fértil para divergência, sendo imprescindível, à

compreensão do problema de pesquisa, tecer considerações acerca dos votos, notadamente no que diz respeito à responsabilidade civil pela suposta afronta ao direito à intimidade do recorrente.

4.2 Dos fundamentos do voto da Ministra Nancy Andrighi

Relatora do Recurso Especial nº 1.195.995, a Ministra Nancy Andrighi trouxe à baila várias questões para fundamentar seu voto pela procedência da ação, e a consequente reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou sentença de primeiro grau.

Inicialmente a Ministra ressaltou os pontos a serem apreciados, quais sejam: saber se houve negativa da prestação jurisdicional do Tribunal de Justiça de São Paulo; averiguar a natureza da responsabilidade civil do hospital que realizou o exame anti HIV; e, por fim, se o recorrido deveria ou não ser condenado a reparar os danos de natureza material e moral.

Interessa ao presente estudo analisar os argumentos da Ministra no tocante a natureza objetiva da responsabilidade civil do hospital e da existência (ou não) da obrigação de reparar os danos sofridos pela realização de exame diverso do solicitado pelo médico do recorrente.

Como já apontado ao analisar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador ressaltou a importância de se analisar a responsabilidade civil a luz do art. 186 do Código Civil, ou seja, invocou a responsabilização civil de natureza subjetiva.

Acerca do tema a Ministra Relatora ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2008, ao julgar o Recurso Especial nº 908.359/SC, firmou entendimento nos seguintes termos:

[...] i) a responsabilidade é objetiva, quando o médico atua no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, ou seja, submetido às ordens da sociedade hospitalar. Assim, o hospital deve responder objetivamente pelos atos dos seus prepostos; e
ii) por outro lado, a responsabilidade é subjetiva, quando se trata de erro cometido exclusivamente por falha de médico não subordinado ao nosocômio. Nessa hipótese, considerou-se que não há conduta culposa do hospital (BRASIL, 2011).

Em suma, vê-se que será sempre objetiva a responsabilidade do médico que possui vínculo empregatício com o hospital, ao passo que será subjetiva a responsabilidade do médico sem tal vínculo, exceção esta consagrada no Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos profissionais liberais.

Reconheceu a Ministra Relatora que, no caso em comento, como os pedidos de exames se deram com a requisição de exames no hospital recorrido, por ato de preposto, realizou exames diversos dos solicitados, trata-se de situação que enseja o reconhecimento da responsabilidade civil de natureza objetiva, a teor dos arts. 932, II e 933 do Código Civil de 2002.

Superada a análise da modalidade de responsabilidade civil, adentrou a Ministra Relatora na problemática da violação do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor c/c art. 927, parágrafo único, e 931, ambos do Código Civil de 2002.¹

A Ministra Relatora iniciou ressaltando ser fato incontroverso o erro do laboratório que realizou exame “anti HIV” e não “anti HCV”, como solicitado pelo médico, sendo tal ato negligente.

Acrescenta que muito embora o acórdão recorrido tenha ressaltado que os resultados dos exames o resultado do exame é verídico, não foi apresentado a terceiros, que o prévio conhecimento da moléstia é medida benéfica à saúde do recorrente e que, entre a conduta e o dano inexistente nexos causal, o recorrente invocou a violação ao direito à intimidade.

¹ Art. 14, do CDC - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

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

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Art. 927, do CC - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[...]

Art. 931, do CC - Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (BRASIL, 2002).

Nesse ponto a Relatora ressaltou que dois são os modos de se configurar a agressão à intimidade: a primeira é a investigação abusiva da vida alheia, e a segunda é a divulgação de informações. E acrescenta que houve, no caso em tela, a violação do direito à intimidade pela realização de exame não autorizado, o que se apresenta como forma de investigação abusiva da vida alheia, ainda que não tenha sido o resultado divulgado a terceiros.

Acrescenta a Ministra Relatora que muito embora o conhecimento prévio da doença possa proporcionar melhores condições de tratamento, isso não retira da conduta do hospital a sua ilicitude, permitindo a realização de exames diversos do solicitado, já que a intimidade abrange também o livre arbítrio, permitindo que o indivíduo venha, inclusive, a esconder suas fraquezas. Logo, concluiu pela violação do direito à intimidade, devendo ser o recorrente compensado pelos danos sofridos, reconhecendo, por conseguinte, o nexo de causalidade.

Assim, concluiu a Ministra Relatora que deveria ser provido em parte o recurso especial, julgando procedente o pedido de compensação por danos morais, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), devidamente corrigidos. Logo, não reconheceu o direito à indenização por danos materiais.

Apesar da conclusão a que chegou a Ministra Relatora, fato é que seu voto foi vencido, motivo pelo qual se faz necessário analisar, ainda, que sucintamente, os argumentos apresentados pelos demais Ministros, que divergindo da Relatora concluíram pelo não provimento do recurso especial.

4.3 Dos fundamentos do voto do Ministro Massami Uyeda

Inicialmente é importante esclarecer que após a apresentação do relatório e voto da Ministra Relatora, Nancy Andrichi, o Ministro Massami Uyeda solicitou vista dos autos, para analisá-los melhor, o que levou a apresentação do voto de vista, discordando dos fundamentos e argumentação apresentada pela Relatora.

Anote-se que o Ministro Massami Uyeda analisou os mesmos pontos controvertidos apresentados pela Ministra Relatora, concluindo pela inexistência de ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Penal, já que o Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, ao julgar o recurso de apelação, o fez de forma fundamentada.

No tocante a obrigação de indenizar pelos danos morais e materiais alegados pelo recorrente, muito embora tenha entendido tratar-se de modalidade de responsabilidade civil objetivou, posicionou-se o Ministro Massami Uyeda pela inexistência de nexos causal entre a conduta do hospital, apesar de ter este realizado exame laboratorial diverso do pleiteado pelo médico.

Tal conclusão derivou da análise da existência (ou não) de violação à intimidade do recorrente pela realização de exame não solicitado e, conseqüentemente, pela inexistência de tal violação, entendeu não ter ocorrido abalo psíquico.

Ao fundamentar o seu voto, o Ministro trouxe à baila o conceito de direito à intimidade, concebido como direito personalíssimo, consubstanciado na possibilidade de viver de modo particular, sem ingerência ou intromissão alheia. Contudo, ressaltou não ser tal direito intangível e absoluto, e acrescentou que “em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público” (BRASIL, 2011).

Assim, concluiu o Ministro, divergindo da Relatora, que o direito individual de não saber sucumbe ao direito à vida, ao direito à vida com saúde, ao direito à vida mais longa e saudável, o que se tornou possível com a informação, ainda, que involuntária, de ser portador do vírus HIV. Nesse particular pontuou:

[...] mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, na compreensão deste Ministro, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior. Notadamente, no caso dos autos, o paciente, o Sr. Fernando Villas Boas, em atenção à prescrição de seu médico, procurou os serviços médicos e laboratoriais oferecidos pelo Hospital com o desígnio mediato, comum a todos àqueles que se submetem a qualquer exame médico, de preservar sua saúde. Nesse contexto, não se afigura permitido, tão-pouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário (BRASIL, 2008).

Diante de tais ponderações, concluiu pela inexistência de afronta ao direito à intimidade, apesar do erro material do hospital de realizar exame anti HIV e não anti HCV, como solicitado pelo autor, muito embora tal discussão, no entender do Ministro, é irrelevante, por adentrar no elemento subjetivo, dispensável quando se trata de responsabilidade civil objetiva.

Não obstante o reconhecimento da natureza objetiva da responsabilidade civil, a conduta do hospital, na visão do Ministro, não se apresentou abusiva da vida alheia, já que ao informar ao paciente seu estado de saúde, observando o sigilo, não imiscuiu na intimidade do recorrente.

Ao final de seu voto, o Ministro observou, ainda, que o interesse público suplanta, excepcionalmente, o direito à intimidade, ainda que este seja imprescindível à preservação da dignidade humana. Em outras palavras implica dizer eu pode haver o sacrifício do direito à intimidade para a preservação de um bem maior, no caso em tela a informação de ser o recorrente soropositivo, o que tornou possível inclusive o tratamento eficaz pelo conhecimento da doença, principalmente em um país que vem apresentando inúmeras campanhas de saúde pública para a prevenção e tratamento da AIDS.

Destarte, e considerando os argumentos supra, o Ministro Massami Uyeda, divergindo da Relatora, como já apontado, negou provimento ao recurso especial.

Por fim, cumpre apenas ressaltar que sendo o Ministro Massami Uyeda o Relator para o acórdão, o seu relatório e voto trouxeram, ao final, as mesmas justificativas supra.

4.4 Do voto do Ministro Sidnei Beneti

Assim como o Ministro Massami Uyeda, o Ministro Sidnei Beneti também pleiteou vista dos autos para análise após a apresentação do voto da Relatora.

Em seu voto o Ministro Sidnei Beneti, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Massami Uyeda, entendeu que apesar do erro material do hospital na realização de exame diverso do solicitado, não ocorreu dano moral passível de indenização, a um porque inexistiu divulgação do resultado a outrem, o que seria capaz de causar repercussão negativa; a dois porque o resultado positivou

acabou por beneficiar o recorrente, que tomou ciência de sua condição de portador do vírus HIV e, assim, dar início a tratamento médico; a três, porque entende que é dever do hospital, ao tomar conhecimento de resultado positivo de alguma enfermidade, de informar o paciente, principalmente se tal informação lhe permitiria tratar-se para salvar a própria vida (BRASIL, 2008).

Percebe-se, portanto, que os fundamentos do Ministro Massami Uyeda foram acolhidos *in totum* pelo Ministro Sidnei Beneti, que não visualizou, como fez a Relatora Ministra Nancy Andrichi, a violação à intimidade, e muito menos o direito de não saber como arraigado ao direito à intimidade.

4.5 Do voto dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhou integralmente a divergência, acrescentando tão somente que “trata-se de uma doença contagiosa e, nesse caso, além do aspecto do benefício do próprio paciente no tratamento precoce, há o benefício de terceiros, porque ele pode evitar a propagação dessa doença a outras pessoas” (BRASIL, 2008).

Logo, evidencia-se que não visualizou dano moral, responsabilidade civil do hospital, por entender inexistente violação ao direito à intimidade, não compreendendo o direito de não saber como uma das suas facetas.

No mesmo sentido se posicionou o Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, convocado, que ressaltou serem pertinentes as ponderações da Relatora, mas seguiu a divergência instaurada pelo Ministro Massami por visualizar um conflito entre dois princípios, quais sejam: a vida e a intimidade.

E, no caso entenda, por acompanhar, repita-se, o voto do Ministro Massami Uyeda, posicionou-se pela prevalência ao direito à vida em detrimento ao direito à intimidade.

Em suma, considerando os votos dos quatro Ministros que divergiram da Relatora, que no caso em tela não houve violação à intimidade do recorrente, e inexistindo tal violação, apesar do reconhecimento do erro do hospital, não há o que

se falar em obrigação de reparação civil, muito embora seja esta de natureza objetiva.

O que não restou configurado, no entender dos Ministros, exceto a Relatora, é a inexistência do nexos causal entre a conduta do hospital, que realizou exame diverso do solicitado, e o abalo psíquico suportado pelo recorrente, que não resultou do equívoco do hospital, mas sim de saber ser portador do vírus HIV.

Por fim, importante anotar que foi a questão levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu a repercussão geral, não admitindo, por conseguinte, o recurso extraordinário interposto pelo recorrente, tendo a decisão do Superior Tribunal de Justiça transitado em julgado.

4.6 Das críticas tecidas por Caitlin Mulholland ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Viu-se da análise do caso, desde o seu julgamento em primeira instância até o julgamento do recurso especial, os fundamentos apresentados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que muito embora a Ministra Relatora, Nancy Andrighi tenha reconhecido a violação a intimidade do recorrente e, conseqüentemente, o dever do hospital de reparar os danos morais, os demais Ministros não reconheceram o direito de não saber como um das facetas do direito à intimidade. Logo, afastaram o nexos causal entre a conduta do hospital e o abalo sofrido pelo recorrente, não havendo o que se falar em responsabilidade civil do hospital.

Acontece que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é alvo de severas críticas da autora Caitlin Mulholland, que em artigo publicado no ano de 2012 defende a tese encapada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi de que o direito de não saber decorre do direito à intimidade. E, por ter o paciente sido vítima de uma conduta negligente do hospital, que realizou exame diverso do solicitado, restou configurada a obrigação de reparar os danos decorrentes do abalo psíquico suportado pelo recorrente.

Isso se deve, segundo Mulholland (2012), ao fato de ser o direito à privacidade, mais precisamente à intimidade, consagrado no ordenamento jurídico como intangível, consubstanciado na proteção à esfera privada ou íntima do

indivíduo, que deve ser protegido de ingerências externas. Logo, qualquer invasão não solicitada afronta o direito à intimidade, ainda que tal informação não seja levada ao conhecimento de terceiros.

Contudo, reconhece a autora que houve, ao longo dos tempos, grande evolução no direito à privacidade, antes concebido como o direito de ser deixado só, mas atualmente visto como o “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter excepcional” (MULHOLLAND, 2012).

Percebe-se, dos ensinamentos a autora, que houve uma ampliação no conceito de privacidade, embora esta busque a não violação da intimidade do indivíduos, concluindo pela existência de três concepções sobre o direito à privacidade, nos seguintes termos:

[...] (i) o direito de ser deixado só, (ii) o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e (iii) o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, soma-se um novo entendimento, o de que a pessoa titular de determinado dado relacionado a sua condição existencial tem o direito de não conhecê-lo. Essa seria a esfera de proteção mais estrita da privacidade, porquanto protege o direito de uma pessoa de não saber como consequência da tutela ampliada de dados sensíveis “destinados para dentro”. Assim, “a privacidade deve ser considerada também como o “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (S. Rodotà), reconhecendo-se às pessoas “auto-determinação informativa” e a realização plena de sua liberdade existencial (MULHOLLAND, 2012).

Da lição supra extrai-se que, para a autora, o direito de não saber algo sobre si integra o direito à intimidade, pois o “poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa [...] manifesta-se também com poder negativo, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada” (MULHOLLAND, 2012).

Assim, Mulholland (2012), diante da análise do Recurso Especial nº 1.195.995/SP, concluiu que a Ministra Nancy Andrichi defende uma tese ampliada do direito de privacidade, ao passo que os demais Ministros, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Massami Uyeda, são defensores de uma TSE mais restrita do direito à privacidade, para a qual não há violação à intimidade quando alguém é informado de algo, ainda que não queira saber.

Outra questão que se extrai do artigo de Mulholland (2012) é acerca da responsabilidade civil e a natureza objetiva ou subjetiva. Nesse íterim, porém, não

houve divergência no entendimento dos Ministros, que reconheceram como objetiva a responsabilidade civil do hospital, por terem os exames sido realizados por preposto.

Contudo, adentra numa discussão não levantada nos votos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, ao defender que o simples fato de ter sido o serviço prestado pelo laboratório/hospital defeituoso, e dada a natureza objetiva da responsabilidade civil, restaria configurada a obrigação de indenizar, sem que o elemento culpa tenha que ser analisado. Logo, bastaria que o recorrente provasse que o serviço prestado pelo laboratório/hospital foi defeituoso para ver reparado o abalo sofrido.

Mulholland (2012) também se propôs a analisar o nexo de causalidade, ou seja, se há ligação entre a “causa e efeito que importe em identificar que o dano causado – violação da intimidade por divulgação de informação não requerida – liga-se juridicamente à atividade desenvolvida pelo fornecedor do serviço”. E acrescenta:

Ainda que a informação divulgada seja verdadeira, a sua notícia ao paciente não foi requisitada, isto é, não foi querida nem pelo paciente, nem pelo seu médico que, tendo a oportunidade de requisitar o exame, não o fez. E, de acordo com a Ministra Nancy Andrighi, “não prospera o fundamento do acórdão recorrido de que não há nexo causal entre conduta e dano, pois esse decorre da violação do direito à intimidade do recorrente e não da existência da doença” (MULHOLLAND, 2012).

E mais adiante a autora conclui:

O abalo psíquico ou dano moral decorrente da violação de direito à intimidade do paciente se deu de forma necessária por conta da conduta do laboratório. É claro que a informação é verídica, mas o dano, qual seja, o conhecimento de informação não requerida, se liga causalmente à conduta do laboratório. O dano não é a tristeza decorrente do conhecimento do paciente ser portador de vírus HIV. O dano se caracteriza pela violação de intimidade do paciente pela divulgação de informação não requerida. Não se está a discutir se o conhecimento da contaminação com vírus HIV gera dor ou sofrimento. Está a se afirmar que a divulgação de informação não requisitada gera a violação da intimidade da pessoa. A relação agora não é mais negativa, no sentido de impedir que outros acessem minhas informações, mas positiva, no sentido de não ter a pessoa a obrigação de ter o pleno conhecimento de sua situação de saúde (MULHOLLAND, 2012).

Diante de tais ponderações a autora conduz seu estudo para o reconhecimento do abalo psíquico, ou seja, a qualificação do dano moral, ressaltando que atualmente o Superior Tribunal de Justiça, na aferição dos danos

morais, se filia a primeira corrente, majoritária, que entende que o dano moral é “aquele que associa a violação ao direito da personalidade e um sentimento desfavorável, que venha a causar dor, tristeza, sofrimento e humilhação” (MULHOLLAND, 2012), ao contrário da corrente objetiva, para a qual basta a ofensa ao direito da personalidade, sendo imprescindível o sofrimento.

Nesse particular a autora critica o posicionamento majoritário, muito embora reconheça que a adoção da teoria objetiva poderia conduzir a banalização do dano moral e da reparação de danos de natureza extrapatrimonial (MULHOLLAND, 2012).

Ao final, trazendo as ponderações doutrinárias para a crítica ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.195.995, Mulholland (2012) assevera não ter sido acertada a decisão que afastou a responsabilidade civil do hospital na divulgação do resultado de exame diverso do solicitado, pois a divulgação da condição de portador do vírus HIV, quando não era essa a intenção do paciente, causou situações de angústia extrema, sendo meras falácias a alegação de que descobrir, ainda que involuntariamente uma moléstia, permite tratamento adequado. Isso se deve, no entender da autora, porque não se faz obrigatório o tratamento, nem pode ser o indivíduo compelido a tal, não sendo lícito ao laboratório informar condição não questionada pelo paciente, ainda que se trate de doença infectocontagiosa.

Assim, conclui a autora que o direito de não saber deve ser assegurado, configurando violação à privacidade a divulgação de resultados não solicitados, não havendo o que se falar em ponderação de interesse público e privado. E acrescenta:

Quanto ao argumento de que há o interesse público – isto é, do Estado – em ter o conhecimento de que determinada pessoa é portadora de determinado vírus e, portanto, potencial disseminadora de doença, devemos questionar qual interesse público é esse. O de preservar a coletividade? Ora, se assim o for, no momento em que adentramos qualquer hospital, seja ele público, seja ele privado, estaremos tacitamente autorizando o mesmo a realizar toda a sorte de exames, ainda que não requisitados, porque existe o interesse público em evitar que haja a contaminação da população. E nem se diga que o portador do vírus ao saber da doença pode prevenir que outros sejam por ele contaminados, na medida em que esta presunção não se sustenta tendo em vista que cada pessoa tem a capacidade de se proteger e proteger os outros que com ela se relacionem independentemente do conhecimento da doença. Não é o fato de ter tido conhecimento da doença que representa necessariamente o momento a partir do qual a pessoa atuará para preveni-la e cuidará de sua saúde (MULHOLLAND, 2012).

Ao final, Mulholland (2012) conclui ser acertado, ainda que vencido, o voto da Ministra Relatora Nancy Andrichi, pois a intimidade alcança também o livre arbítrio, de querer ou não saber algo acerca de sua privacidade, principalmente por ser lícito a todos esconder suas fraquezas. Logo, a divulgação de informação não requisitada vai de encontro ao direito à intimidade, fazendo jus a reparação dos danos morais.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo buscou-se compreender se o direito de não saber é uma das facetas do direito à privacidade e à intimidade, ou seja, se ao tomar conhecimento de informação não solicitada o paciente tem sua intimidade violada, fazendo jus à reparação civil dos danos sofridos.

Fato é que a questão é pouco debatida dentre os estudiosos do direito, sendo importante ressaltar a escassez de estudos específicos acerca do alcance do direito à privacidade e à intimidade, muito embora seja pacífico o entendimento de que a violação desses direitos da personalidade é passível de reparação.

Assim, o estudo ora apresentado partiu da análise do Recurso Especial nº 1.195.995, não provido pelo Superior Tribunal de Justiça, com voto vencido da Relatora, Ministra Nancy Andrighi.

Viu-se que a questão levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, e versa sobre discussão da obrigação do hospital, que realizou exame anti-HIV quando lhe foi solicitado o exame laboratorial anti-HCV, de reparar os danos sofridos pelo paciente, que tomou conhecimento da sua condição de portador do vírus HIV.

Restou claro que o Superior Tribunal de Justiça, ao acatar a tese da não obrigação de reparar os danos, por inexistir nexo de causalidade entre a conduta do hospital e os danos suportados pelo paciente, confirmando decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, não é isenta de críticas.

Anote-se que apesar de não reconhecer a obrigação de reparar os danos, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça foram unânimes ao reconhecer que a responsabilidade civil do hospital é objetiva, seja pela aplicação dos artigos do Código Civil que regulamentam o tema, por se tratar de preposto e por ter o médico vínculo empregatício com o hospital, seja pela aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, por haver falha na prestação de serviço, e por este diploma legal reconhecer, como regra, a responsabilidade civil objetiva.

Apesar de tal reconhecimento, com voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, o órgão julgador entendeu inexistir nexo de causalidade entre a conduta do hospital, apesar de reconhecer o erro na realização de exame não solicitado, e o dano suportado pelo paciente, que não seria decorrente do equívoco do hospital, mas sim da sua condição de soropositivo.

Acrescentaram os Ministros que nesse caso há um embate entre o direito à privacidade e à intimidade, e o direito à vida com saúde, com qualidade, e que a revelação da condição do paciente lhe permitiu, ainda que involuntariamente, a buscar tratamento adequado.

Não obstante os argumentos apresentados, e aqui filiando as críticas tecidas por Caitlin Mulholland, não parece acertada a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que adotou uma tese restrita da proteção jurídica à privacidade.

O que ocorreu no caso em comento é um total desrespeito à privacidade e à intimidade do paciente, que não buscou qualquer informação acerca de ser ou não portador do vírus HIV, e por conduta negligente do hospital, veio a ser sabedor de sua condição, situação esta que efetivamente lhe causou grande abalo.

Ora, não se pode aceitar que alguém venha a ser obrigado a conviver com informação que, como defende a Ministra Nancy Andrichi, bem como a autora Caitlin Mulholland, não está preparado para lidar.

Ademais, o fato de não ter sido a informação revelada a terceiros não é argumento capaz de afastar a obrigação do hospital de reparar os danos, responsabilidade esta de natureza objetiva, que prescinde da análise do elemento subjetivo, bastando o reconhecimento da conduta negligente do hospital, inquestionável no caso em tela, e do dano causado ao paciente, sendo o nexo causal entre aquela e este evidente, já que houve falha na prestação do serviço e pela violação flagrante à intimidade do paciente.

Outro ponto que merece especial atenção é o fato de que a ciência da moléstia, por si só, não configura certeza de tratamento médico, pois muitos indivíduos são sabedores da condição de portador do vírus HIV, e optam por não se submeter a tratamento médico ou adotar quaisquer medidas para evitar a proliferação da doença que é infectocontagiosa, embora tal conduta seja moralmente reprovável.

O que se pretende mostrar, nesse ponto, é que o simples fato de tomar ciência de ser portador do vírus HIV não significa que o paciente irá adotar medidas para tratamento, principalmente porque não buscou tal informação.

Logo, e considerando a divergência instaurada no julgamento do Recurso Especial nº 1.195.995, é que se defende uma interpretação ampla da proteção conferida pelo ordenamento jurídico à privacidade e intimidade, alcançando o direito de não saber.

Destarte, ao ver violada a sua intimidade, com a realização de exame laboratorial diverso daquele solicitado pelo médico, e por conseguinte autorizado pelo paciente, houve uma clara invasão em sua privacidade, consubstanciada na investigação abusiva de sua vida privada, violação esta que se efetivou pela conduta negligente do hospital, independente da divulgação do resultado a terceiros.

Tal conclusão decorre do fato de que o direito à intimidade e à privacidade alcança também o livre arbítrio do paciente, ou seja, o direito de querer ou não ter conhecimento de determinada informação, posto que é lícito a todos, como salientou a Ministra Nancy Andrighi, esconder suas fraquezas, já que nem todos estão preparados para lidar com informações como o fato de ser portador do vírus HIV.

Diante de todo o exposto, conclui-se que não foi acertada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.195.995, com voto vencido da Ministra Relatora Nancy Andrighi, por haver clara violação do direito à privacidade e à intimidade, consubstanciada na revelação de informação não solicitada pelo paciente, já que o direito de não saber, decorrente do livre arbítrio, integra o direito à privacidade, de não ver sua vida privada sofrer violação alheia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cléber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o enfoque social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos de personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense: Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.195.995**, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 22/03/2011.

_____. **Constituição da República Dos Estados Unidos Do Brasil** (De 16 De Julho De 1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 28 mai. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm. Acesso em: 28 mai. 2013.

_____. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil** (De 18 De Setembro De 1946). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 28 mai. 2013.

_____. **Lei nº 10.406, de 1º de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 mai. 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 mai. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 2 Ed. São Paulo: brasiliense, 1982.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1997.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

_____. **Direito das obrigações: parte especial**. Coleções Sinopses jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 6, Tomo II.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos sobre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade**. Civilistica.com. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 7.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Almir. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Responsabilidade do Estado pelo atendimento à saúde. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes (Org.). **Direito e Responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e Proclamada na Assembleia-Geral na sua Resolução 217, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 25 mai. 2013.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista BoniJuris**, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abr. 2004.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, v. 1.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. 1998. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 28 mai. 2013.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, **Apelação Cível nº 603.709-4/7-00**, Relator Desembargador Salles Rossi, Oitava Câmara de Direito Privado, julg. 10/12/2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 4.