RESPONSABILIDADE CIVIL E A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE: OS LIMITES DO DIREITO DE NÃO SABER SOB A ÓTICA DO DIREITO À INTIMIDADE A PARTIR DO RESP. 1.195.995/SP

CIVIL LIABILITY AND THE PATIENT'S PRIVATE AUTONOMY: THE LIMITS OF THE RIGHT NOT TO KNOW FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO INTIMACY FROM RESP. 1.195.995/SP

Thaís Santana ⁱ

RESUMO: O presente artigo possui a finalidade de promover um raciocínio crítico acerca da autonomia privada do paciente e da efetivação do direito de não saber a partir do direito à intimidade, analisando a responsabilidade civil. Para tanto, serão abordados aspectos da vida privada e a sua relação com o direito à intimidade, de modo a evidenciar os limites e possibilidades da autonomia privada, especificamente na esfera da saúde. Essa temática não possui entendimento pacífico pela doutrina e pela jurisprudência, sendo divergentes as compreensões acerca da divulgação de informação não requisitada pelo paciente, uma vez que, muitas vezes, este não está preparado para lidar com o recebimento de informações relacionadas à sua esfera privada. Busca-se, com esse artigo, evidenciar os argumentos sobre esses entendimentos de modo que se possa compreender um pouco mais sobre o direito de não saber. Além disso, busca-se salientar o indivíduo como ser autônomo e que possui livre escolha na sua vida privada, de modo que se possa falar na efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The purpose of this article is to promote critical thinking about the patient's private autonomy and the realization of the right not to know based on the right to intimacy, analyzing the civil responsibility. Therefore, aspects of private life and its relationship with said right will be addressed, in order to highlight the limits and possibilities of private autonomy, specifically in health. This theme does not have a peaceful understanding by the doctrine and by jurisprudence, with diverging understandings about the disclosure of information not requested by the patient, as they are often not prepared to deal with the receipt of information related to their private sphere. This article seeks to highlight the arguments about these understandings so that it is possible to understand a little more about the right not to know. In addition, it seeks to highlight the individual as an autonomous being who has free choice in his private life, so that one can speak about the effectiveness of the principle of dignity of the human person.

Palavras-chave: Autonomia privada do paciente. Direito de não saber. Direito à intimidade.

Abstract: Patient's private autonomy. Right not to know. Right to intimacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A vida privada e o direito à intimidade. 3. Os pressupostos e limites da Autonomia. 4. A Autonomia Privada do paciente. 5. O dever de informação e o direito de não saber. 6. Análise Jurisprudencial: Recurso Especial 1.195.995/SP. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito de não saber está estritamente interligado à autonomia conferida ao indivíduo, haja vista o direito fundamental à intimidade relacionada a sua vida privada. Nesse sentido, estando apto a

ⁱ Advogada. Bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pesquisadora do grupo de estudos Precedentes e Ética Constitucional. E-mail: alcione.thais@hotmail.com / ORCID <http://orcid.org/0000-0002-1315-9235>

tomar decisões, o indivíduo possui o direito de exercer o seu livre arbítrio e optar por uma escolha, dentre várias possíveis.

Na esfera da saúde, especificamente, o paciente pode optar se deseja ou não receber informações sobre o seu quadro clínico, o que pode gerar conflito com o dever de informação atribuído aos profissionais da saúde. Além disso, também há o questionamento sobre a aplicabilidade ou não da responsabilidade civil nos casos em que os profissionais da saúde revelam aos pacientes informações que aqueles não desejam receber.

Ressalta-se que, geralmente, o paciente possui o direito de ter acesso a todas as informações que dizem respeito ao seu quadro de saúde. Contudo, esse pode exercer o seu direito de não ter acesso às informações que dizem respeito à sua saúde, haja vista o seu direito à intimidade. Há, portanto, divergentes posicionamentos sobre essa temática, de modo a evidenciar os limites e possibilidades acerca do direito de não saber a partir da perspectiva do direito à intimidade do indivíduo, uma vez que, dependendo do caso, ter acesso a tais informações pode gerar dor e sofrimento ao paciente.

De modo a exemplificar essa premissa, será abordado, ao longo do texto, um julgamento de um recurso especial que salienta posicionamentos divergentes dos magistrados acerca do direito de não saber haja vista o direito à intimidade de um paciente e o seu estado de saúde, implicando em pontos de vistas diferentes sobre a possibilidade ou não de aplicação do instituto da responsabilidade civil nesse contexto. Nesse sentido, estando o paciente apto a exercer o seu poder de escolha, pode decidir se deseja ou não ser informado sobre a sua saúde, de modo a exercer o seu direito à intimidade, implicando na promoção da dignidade, que é subjetiva e construída a partir da singularidade de cada indivíduo em razão de suas crenças e valores. Contudo, em algumas situações, se faz necessário compreender se existem limites para a liberdade de escolha tendo em vista os interesses da coletividade, por exemplo.

Diante desses posicionamentos divergentes, o presente texto tecerá comentários críticos ao ideal de que autonomia privada do paciente é fundamental para que se consiga estabelecer parâmetros para uma determinada tomada de decisão.

2. A VIDA PRIVADA E O DIREITO À INTIMIDADE

Antes de abordar a temática da autonomia privada, bem como o direito à intimidade, se faz necessário distinguir alguns conceitos, quais sejam, vida privada, intimidade e privacidade. A vida privada é o gênero onde é possível verificar a individualidade do sujeito, envolvendo a preservação de seus aspectos particulares em face da sociedade, do Estado e, até mesmo, outros particulares, conforme lecionam Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá¹.

Já a privacidade pode ser compreendida como o espaço da vida privada de determinado indivíduo, que é compartilhado. Esse compartilhamento pode ser percebido, por exemplo, nas diversas

¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 95.

personalidades públicas que publicam momentos da vida familiar ou social com seus seguidores, atualmente chamados de influenciadores digitais.

A intimidade, por sua vez, é percebida como uma espécie da vida privada, sendo compreendida como forma de autoconhecimento, isto é, como modo de relação da pessoa com o seu próprio eu. Nesse sentido, de forma sintática, pode-se dizer que a privacidade designa o compartilhamento da vida privada, ao passo que a intimidade é o recolhimento feito pelo indivíduo, de modo a não divulgar a sua vida privada, a partir da sua escolha e de seu livre arbítrio.

A proteção da vida privada possui positivação constitucional no art. 5º, inciso X, da Constituição da República. No âmbito infraconstitucional, por sua vez, está positivada no art. 21 do Código Civil, que ressalta a inviolabilidade da vida privada. Conforme o entendimento de Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, o exercício do direito da personalidade, tendo em vista a vida privada, se constitui a partir de duas formas, a saber, um exercício positivo e um exercício negativo:

O exercício do direito da personalidade à vida privada se faz de duas formas principais: a) um exercício positivo, consistente na livre condução da própria vida, a partir do compartilhamento de ideias e pensamentos, de exposição pública, inclusive com a disponibilidade, por meio de negócios jurídicos, de imagens, objetos e manifestações pessoais, b) um exercício negativo, que se revela pelo direito ao recolhimento, a se manter em segredo, de não revelar as informações pessoais.²

Diante das formas apresentadas do exercício acerca da vida privada do indivíduo, se constata que somente o indivíduo pode escolher qual delas deseja adotar, a partir das suas convicções e valores pessoais, de modo que se possa falar na sua autonomia tendo em vista a liberdade de escolha e proteção da vida privada.

A autonomia privada, consoante o entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira, “é a capacidade ou a aptidão quem têm as pessoas de conduzirem suas vidas como melhor convier ao entendimento de cada uma delas.”³

A autonomia privada, percebida na esfera do direito da personalidade, portanto, implica na ideia de autodeterminação e livre arbítrio conferida ao particular para tratar de suas questões patrimoniais e existenciais, respeitados alguns limites positivados pelo Estado, tais como a boa-fé.

3. OS PRESSUPOSTOS E LIMITES DA AUTONOMIA

São pressupostos para o pleno exercício e efetivação da autonomia: a dignidade, o discernimento, o conhecimento e a responsabilidade. A dignidade, também denominada como dignidade da pessoa humana, detém a finalidade de enaltecer a autonomia conferida ao indivíduo, bem

² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 95-96.

³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. *Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática*. In: SÁ, Maria de Fátima; LIMA, Taísa Maria Macena de; MOREIRA, Diogo Luna (Coord.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 1

como a sua capacidade como ser sujeito de direitos não se esquecendo, contudo, que este também é sujeito de obrigações.

Consoante o entendimento de Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana implica a promoção de unidade aos direitos e garantias fundamentais ao cidadão:

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.⁴

Alexandre de Moraes⁵ explica a dignidade, direito fundamental, como forma de busca ao direito à felicidade. Saliencia-se que o conceito de felicidade é subjetivo. À mesma conclusão se chega quanto ao conceito de dignidade, sendo o indivíduo o único responsável por definir o que, a partir de suas crenças e valores, possui o significado de dignidade para a sua vida.

O discernimento, por sua vez, é a capacidade de compreender as situações da vida. No caso de um determinado paciente, o discernimento é percebido a partir da compreensão sobre os prováveis aspectos clínicos do seu quadro de saúde. Assim, o paciente, muitas vezes, já possui notícias sobre o seu quadro de saúde de forma ampla, sem saber as especificidades e particularidades do seu quadro clínico, conforme leciona Adriano Godinho:

Se o critério a ter em conta é o discernimento, e se este discernimento pode ser considerado em alguns casos como manifestação de vontade válida para assentir com a prática de determinada intervenção médica, não há como rejeitar que também a decisão de recusar determinado tratamento, nas mesmas circunstâncias, será igualmente legítima.⁶

O discernimento é essencial na autonomia privada do indivíduo, uma vez que, estando apto a discernir acerca da sua real situação e compreender as circunstâncias envolvidas, o paciente poderá ou não optar por receber determinadas informações acerca da sua saúde e de seu quadro clínico.

O conhecimento diz respeito a possuir acesso a informações, de modo que, a partir dessa acessibilidade, o indivíduo esteja apto a exercer o seu discernimento. O conhecimento, dessa forma, expande a visão do sujeito, de modo que este possa realizar escolhas e tomar decisões.

A responsabilidade, considerando a autonomia, por sua vez, estabelece a responsabilidade do agente ao exercer a sua a sua vontade e seu livre arbítrio diante da possibilidade de escolha. Significa dizer que o sujeito capaz e que possui discernimento deve ter a compreensão das prováveis

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.18.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.18.

⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. *Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”*. Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. Disponível em: <https://bit.ly/3zOeLLv>. Acesso em 15 de maio de 2021, p.14

consequências de uma determinada tomada de decisão e de suas prováveis consequências antes de optar por uma escolha. Responsabilidade, portanto, diz respeito ao ato de responder pelas ações praticadas diante da tomada de decisão face à oportunidade de escolha.

Preenchidos todos esses requisitos, pode-se dizer que o indivíduo está apto a exercer a sua autonomia privada, não dependendo da interferência de terceiros em suas decisões. Ressalta-se, contudo, que existe por parte da doutrina e pelos juristas, aqueles que entendem que a autonomia privada não deve prevalecer em relação à coletividade quando a referida decisão do indivíduo implique em prejuízos para o direito coletivo. Lado outro, outros compreendem que deve prevalecer o direito à intimidade haja vista a esfera privada do indivíduo, considerado as especificidades do caso concreto.

4. A AUTONOMIA PRIVADA DO PACIENTE

A autonomia privada do paciente implica na autodeterminação do sujeito haja vista questões relacionadas à saúde. Ressalta-se que saúde não significa, apenas, ausência de alguma doença ou enfermidade, mas implica em um estado de completo bem-estar físico, mental e social, consoante o entendimento da Organização Mundial da Saúde na Conferência Internacional da Saúde que ocorreu em Nova Iorque, em 1946.

O paciente, ao exercer a sua autonomia privada, possui a liberdade de escolher dentre as várias alternativas possíveis. Destaca-se, ainda, que a autonomia privada não se compara com a autossuficiência. Essa última pode ser compreendida como a condição de independência em relação ao outro ao passo que a autonomia, por sua vez, com a liberdade de optar por uma determinada possibilidade em detrimento de outra.

Salienta-se que essa autonomia privada conferida ao paciente é um fenômeno recente, partindo do pressuposto que durante muito tempo prevaleceu a relação paternalista entre os profissionais da saúde, especificamente os médicos, e o paciente. O paternalismo, também reconhecido como privilégio terapêutico, pode ser compreendido como a intervenção da opinião do médico ou profissional da saúde sobre a vontade do paciente sob a justificativa que os profissionais da área da saúde usariam todos os seus conhecimentos científicos no tratamento do paciente em detrimento à autonomia privada deste tendo em vista os Princípios da Beneficência e da Não-maleficência.

Consoante o entendimento de Daniel Romero Muñoz e Paulo Antônio de Carvalho Fortes⁷, na relação paternalista o médico, diante do seu conhecimento e saber, é o único responsável por determinar a melhor decisão para o paciente e, este, por sua vez, não possui voz ativa para escolher sobre quais os melhores procedimentos a serem adotados diante do seu quadro clínico uma vez que não possui conhecimentos técnicos.

⁷ MUÑOZ, Daniel Romero, FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 53.

Na relação médico-paciente pode-se citar também, em algumas situações, o caráter informativo. Nesse tipo de relação o profissional da saúde não exerce de forma ativa o seu dever uma vez que se encarrega, somente, de passar informações ao paciente e espera a decisão deste sobre qual procedimento médico prefere dentre os possíveis informados. Há, nesse vínculo, por parte do profissional, somente a transmissibilidade de informações sendo a carga decisória atribuída ao paciente, não sendo esta a relação mais indicada.

O caráter dialógico, ou discursivo, por sua vez, é aquele onde se verifica o caráter dialógico e de confiança entre médico e paciente, sendo essa relação a mais recomendada. Assim ressalta Lissandra Christine Botteon:

A relação médico-paciente é relação jurídica onde a presença da confiança assume imensa relevância porquanto lida com a esfera íntima, física e psicológica, do paciente. Não somente a intimidade do paciente resta exposta. Está ali apresentada ao médico dados de sua personalidade, sua vida pessoal e social como um todo. São informações personalíssimas e que muitas vezes o paciente não pretende compartilhar nem mesmo com seus familiares. O médico tem consigo dados estritamente particulares daquele que cuida. E inúmeras vezes, mais que isso, tem em suas mãos a vida do paciente.⁸

Nesse cenário, tanto o paciente quanto o profissional da área da saúde atuam compartilhando informações para que se possa ter uma decisão mais acertada no tratamento a ser realizado pelo paciente. Nessa modalidade de relação, a autonomia privada do paciente, contudo, possui a finalidade de limitar a atuação do profissional, em consonância com os ensinamentos de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira:

Na relação médico-paciente a autonomia privada delimita o espaço discursivo que será promovido pelo médico e pelo paciente na tomada de decisão sobre a gestão da saúde. É preciso que o médico compreenda que seu papel não é decidir o que é bom ou ruim para o paciente, e sequer lhe cabe ser meramente informante. Na relação com o paciente, compete ao médico possibilitar a autodeterminação daquele, afirmando-se como partícipe na tomada de decisão.⁹

A autonomia privada do paciente, portanto, diz respeito ao exercício de escolha tendo em vista o livre-arbítrio e a possibilidade de escolher considerando o que é o melhor para si, haja vista a sua esfera privada e partindo do pressuposto que a partir de seu modo de vida o paciente deve exercer a sua autodeterminação por meio de um diálogo com os responsáveis pelo acompanhamento da saúde.

5. O DEVER DE INFORMAÇÃO E O DIREITO DE NÃO SABER

Não existe, na atual legislação brasileira, legislação específica que regulamente o dever de informação pelos profissionais de saúde. Nesse sentido, a Lei nº 8.078/1990, conhecida popularmente

⁸ BOTTEON, Lissandra Christine. *O direito de não-saber do paciente justificado no princípio da razoabilidade: informação na medida da vontade do paciente*. 2013, p.10.

⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: SÁ, Maria de Fátima; LIMA, Taísa Maria Macena de; MOREIRA, Diogo Luna (Coord.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 7.

como Código de Defesa do Consumidor, especificamente nos arts. 6º, inciso III; art. 8º e art. 9º, corrobora para a configuração da relação de consumo (embora exista divergência doutrinária) estabelecida entre o médico e o paciente. Lado outro, o Código de Ética Médica, no art. 34, detém a prerrogativa de regulamentar o dever de informar.

Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

O Código de Ética Médica, por sua vez, salienta no art.34:

É vedado ao médico:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Os artigos mencionados acima ressaltam a necessidade de condutas que impliquem na boa-fé objetiva, na probidade, bem como na relação de confiança pelo profissional da área da saúde tendo em vista o dever de informar. Contudo, conforme ressaltava Lissandra Christine Botteon, é necessário analisar quais são os limites do dever de informar uma vez que, a partir do exercício da sua autonomia privada, o paciente pode optar pelo direito de não ser informado do seu quadro clínico, implicando no direito de não saber diante das consequências negativas para aqueles que não saberão lidar com as informações recebidas:

É notório que se de um lado pessoas desejam informações minuciosas sobre sua saúde e com isto lidam muito bem, de outro existem inúmeras outras que não se sentem fortes o bastante para receber certos diagnósticos e explicações sobre evoluções e propostas terapêuticas. É o ser humano: único em seus sentimentos e vivência, devendo, assim, ser respeitado.¹⁰

O direito de não saber é um direito do paciente, de modo que este opte por não receber informações sobre o seu quadro clínico, de modo a não o conhecer com a intenção de evitar suas angústias. A fim de complementar a explanação, ressaltava-se o entendimento de Caitlin Mulholland:

¹⁰ BOTTEON, Lissandra Christine. *O direito de não-saber do paciente justificado no princípio da razoabilidade: informação na medida da vontade do paciente*. 2013, p.14.

Às três concepções sobre o direito à privacidade acima apresentadas, quais sejam, (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.¹¹

Tendo em vista o reconhecimento do direito de não saber, pode-se dizer que se trata-se de um poder negativo, atribuído à própria pessoa que deseja a exclusão de informações sobre a vida privada, como consequência do direito à intimidade.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: RECURSO ESPECIAL 1.195.995/SP

O Recurso Especial nº 1.195.995/SP¹² aborda a temática do direito de não saber, a responsabilidade civil, bem como o direito à intimidade. Destaca-se a ementa do acórdão:

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 OBTVEU 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, tampouco 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,

¹¹ MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 179–188, abr./jun., 2011, p. 179.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.195.995-SP*. Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda. Julgado em 22 de março de 2011.

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 máxima vênia, não se afigura correto;

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

A ação ajuizada por um homem, que pleiteava indenização a título de danos morais, narrou que diante de uma prescrição médica que solicitava exame de sangue para análise laboratorial de hemograma, creatinina; glicemia jejum; glicemia pós prandial; Hb glicosilada; Ácido Úrico; colesterol total e frações; triglicérides; gama GT; Glicoproteína Ácida; T4 livre, TSH; HBSAG e anti-HCV. acabou descobrindo que era soropositivo.

Quando o paciente recebeu o resultado do exame contendo a análise do material genético, percebeu que o laboratório responsável pela realização do exame de sangue também fez análise de exame anti-HIV, testando positivo. Salienta-se que o referido exame estava correto e que tal informação foi divulgada somente ao paciente, mas que a referida análise não havia sido solicitada pelo profissional de saúde que solicitou os exames e tampouco pelo paciente. Nesse sentido, o autor teve uma informação sobre a sua saúde de forma involuntária, ou seja, contra a sua vontade.

A peça inicial também destacou que após a notificação do referido resultado, o autor iniciou tratamento psicológico, diante da violação de sua intimidade haja vista a violação do direito de não saber sobre o seu quadro de saúde. O autor não obteve êxito em sede do primeiro e segundo grau de jurisdição. Em sede do Recurso de Apelação o acórdão apresentou a seguinte 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 de nexo causal – Inexistência de comunicação de falsa doença – De rigor a improcedência da ação – Sentença mantida – Recurso desprovido.

A decisão evidenciou que embora objetiva a responsabilidade do laboratório, não havia a possibilidade de reconhecimento do elemento culpa, diante da ausência do nexo causal entre a conduta e o dano e que, além disso, também foi verificada a inexistência de comunicação de falsa doença.

Também foi suscitada na decisão que o prévio conhecimento da doença foi benéfico para o autor diante da possibilidade de início imediato de tratamento.

O referido caso, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, teve posicionamentos diversos acerca da temática em discussão. A Ministra Nancy Andrighi, ora relatora do referido recurso e que teve voto vencido, salientou que existem duas formas de violação à intimidade, quais sejam, a investigação exagerada da vida alheia, bem como a divulgação de informações.

Nesse sentido, a Ministra suscitou que no referido caso houve violação ao direito de intimidade tendo em vista que foi realizado um exame não autorizado, o que propiciou indevida invasão na esfera da vida privada do paciente, sendo irrelevante se o resultado foi ou não divulgado para outras pessoas além do maior interessado, o paciente.

A Ministra ainda ressaltou que embora a verificação da doença implicasse em melhores condições de tratamento não é possível retirar o caráter de ilicitude da conduta do laboratório, ora negligente, uma vez que foi realizada uma análise não solicitada pelo médico ou pelo próprio paciente. Também discorreu que não era necessário avaliar o nexo causal entre o dano e a culpa sobre a existência da doença, uma vez que a ação foi proposta diante da violação ao direito à intimidade do paciente, de modo que o nexo de causalidade a ser analisado é aquele relacionado ao dano psicológico sofrido em virtude da violação do direito à intimidade, propiciado pela conduta do fornecedor de serviços ao entregar informação não requisitada.

A Magistrada entendeu ser cabível a indenização a título de danos morais uma vez que a divulgação de informação não solicitada implica na violação ao direito de não saber e, conseqüentemente, o direito à intimidade que é um direito fundamental conferido ao indivíduo. Pelos argumentos suscitados pela Ministra, pode-se concluir que a intimidade se relaciona com o livre arbítrio, isto é, a possibilidade de escolha do indivíduo por optar ou não por ter conhecimento acerca de uma determinada situação relacionada a sua vida privada.

A Ministra entendeu pelo reconhecimento do direito de não saber uma vez que o direito à intimidade implica no livre arbítrio e poder de escolha de um indivíduo em optar ou não sobre algo da sua vida privada, de modo que a divulgação de algumas informações proporciona dores e sofrimentos para o receptor de determinadas notícias.

O Ministro Massami Uyeda apresentou um posicionamento divergente daquele sustentado pela Ministra Nancy Andrighi. Ressalta-se, ainda, que o voto do Ministro em questão foi acompanhado pelos demais Ministros julgadores do Recurso Especial, quais sejam, Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina, desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto, o Ministro Massami Uyeda evidenciou que a conduta praticada pelo laboratório não violou a intimidade do autor uma vez que tal direito não pode ser entendido como um direito absoluto e que no caso em questão é possível a admissão da tangibilidade do direito à intimidade desde que haja justificativa de necessidade da preservação de um direito maior, qual seja, o interesse público em detrimento do interesse privado.

O Ministro sustentou que deve prevalecer o direito à vida com mais saúde, longa e saudável, de modo que ter conhecimento sobre ser portador do vírus HIV, mesmo que de forma não solicitada, é importante para o interesse público, tendo em vista que tal notícia implica na prevenção e

disseminação do vírus. O Ministro também abordou a inexistência do nexo de causalidade entre a doença e a conduta do laboratório ressaltando que o abalo psíquico suportado pelo paciente não é decorrente da conduta do laboratório, mas pela circunstância daquele ser portador do vírus HIV, não tendo o prestador de serviços quaisquer responsabilidades sobre isso.

As discussões propostas pelos Ministros sustentam dois ideais, quais sejam, uma concepção ampliada do direito de intimidade, sustentada pela Ministra Nancy Andrighi e uma relacionada a uma concepção restrita, defendida pelos Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina.

No Julgado em análise houve a prevalência pelo entendimento de que o paciente deve ter a sua vida privada e, nesse sentido, a sua intimidade, resguardada de terceiros, mas não de si, de modo que não tenha conhecimento sobre si próprio. Houve, também, a prevalência do entendimento da prevalência do bem comum, isto é, do interesse da coletividade em detrimento do interesse privado, de modo que aquele deve prevalecer, a fim de que se possa falar em segurança jurídica.

Juliana Batista ao analisar o Julgamento descrito, menciona:

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.¹³

Por mais, conforme a Autora, há de se evidenciar, no caso objeto de análise e estudo, que houve a violação à intimidade do paciente uma vez que a informação obtida não foi solicitada, independentemente do conhecimento de terceiros sobre as circunstâncias apresentada:

O direito à privacidade, mais precisamente à intimidade, consagrado no ordenamento jurídico como intangível, consubstanciado na proteção à esfera privada ou íntima do indivíduo, 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.¹⁴

Diante da análise do julgado em estudo, verificam-se presentes as condições que implicam na possibilidade de aplicação da responsabilidade civil e, também argumentos contrários que impossibilitam a aplicação do instituto da responsabilidade civil, a partir da observância da vida privada e do interesse coletivo, respectivamente.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o conteúdo abordado ao longo desse artigo, conclui-se que o direito de não saber, no âmbito da saúde, deve ser efetivado tendo em vista a autonomia privada do paciente e o seu direito fundamental à intimidade. Contudo, conforme demonstrado no julgado em estudo, existem limites,

¹³ BATISTA, Juliana Campos. *Estudo de caso: paciente e o direito de não saber*, 2013, p. 54.

¹⁴ BATISTA, Juliana Campos. *Estudo de caso: paciente e o direito de não saber*, 2013, p. 49.

Sabe-se que o paciente possui o direito de ser informado sobre o seu quadro clínico, bem como sobre os procedimentos médicos aos quais será submetido. Contudo, se o paciente, a partir do seu livre arbítrio e estando apto a exercer sua autonomia privada, optar por não receber determinada informação ou, ainda, não a solicitar, a sua vontade deve ser respeitada uma vez que todos possuem o direito de não receber determinadas informações seja porque não queira ou não esteja preparado para lidar com essas.

Uma determinada informação não desejada ou desconfortável de ser recebida pelo paciente pode prejudicar a sua saúde. Nesse sentido, o paciente pode exercer o seu direito de não saber tendo em vista uma notícia negativa que diz respeito à sua intimidade, de modo que seja exercido o seu direito de não saber a partir da sua autonomia privada.

Corroborando com esse entendimento acima salientado o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, em seu voto no Recurso Especial analisado ao longo desse artigo. O paciente ao exercer o seu direito de não ser informado sobre o seu quadro de saúde quer evitar um sofrimento maior. Partindo dessa premissa, o paciente capaz que possui conhecimento e discernimento sobre a situação apresentada é responsável por decidir se quer ou não ter o acesso à informação sobre a sua saúde sendo o dever de informar dos profissionais da área da saúde nesse caso, relativizado, uma vez que deve prevalecer a autonomia privada do paciente a partir do seu poder decisório.

Ao longo do voto a Ministra ressaltou essas particularidades, de modo a evidenciar o paciente como um sujeito frágil e vulnerável tendo em vista a sua condição de doente. Assim, privar-se de informações sobre o próprio quadro clínico, muitas vezes, é benéfico para o indivíduo que já se encontra abalado emocionalmente, de modo a evidenciar a proteção à intimidade do paciente haja vista o seu direito à intimidade, implicando no direito de não saber.

Lado outro, também se faz necessário zelar pelo interesse coletivo, de modo que seja imprescindível avaliar, considerando as especificidades do caso concreto, quais os limites entre o interesse público e o privado tendo em vista o direito à privacidade e o direito a não ser informado do indivíduo e o interesse público.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Juliana Campos. *Estudo de caso: paciente e o direito de não saber*, 2013. Disponível em: <http://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/890/1/JULIANA%20CAMPOS%20BATISTA%20-%20Monografia%20completa.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2021.

BOTTEON, Lissandra Christine. *O direito de não-saber do paciente justificado no princípio da razoabilidade: informação na medida da vontade do paciente*. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b84c4cee2b8b3d8>. Acesso em 20 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 15 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em 25 de maio de 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.195.995-SP*. Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda. Julgado em 22 de março de 2011.

COHEN, Cláudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Bioética, direito e medicina*. [S.l.: s.n.], 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. ver. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a "capacidade para consentir"*. Uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. Disponível em: <https://bit.ly/3zOeLLv>. Acesso em 15 de maio de 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 179–188, abr./jun., 2011. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2021.

MUÑOZ, Daniel Romero, FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: SÁ, Maria de Fátima; LIMA, Taísa Maria Macena de; MOREIRA, Diogo Luna (Coord.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 1-9.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coord.). *Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015. E-book.

Como citar: SANTANA, Thaís. Responsabilidade civil e a autonomia privada do paciente: os limites do direito de não saber sob a ótica do direito à intimidade a partir do REsp. 1.195.995/SP. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 166-178, maio/ago. 2021.