

O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade

Caitlin MULHOLLAND*

SUMÁRIO: 1. O caso – 2. Do direito à intimidade: proteção da privacidade desde o princípio “*the right to be let alone*” ao direito de não saber – 3. Da natureza da responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas – 4. Donexo de causalidade 5. Da qualificação do dano moral. – 6. Da configuração da responsabilidade por parte do hospital. – 7. Conclusão.

1. O caso

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial número 1.195.995, a Terceira Turma determinou, com voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, que não há violação do direito à intimidade e, em consequência, não há direito à indenização por danos morais, quando há a divulgação correta e verdadeira de dados médicos não requisitados para o próprio paciente.

No caso analisado, em apertada síntese, o paciente, munido de pedido médico, realizou exame de sangue que tinha como objetivo, dentre outros, pesquisar acerca da existência de vírus da Hepatite C (anti-HCV). Contudo, quando da entrega pelo laboratório de análises clínicas do laudo contendo o resultado do exame de sangue realizado, constatou o paciente que o laboratório havia conduzido exame diferente daquele originalmente requisitado, tendo divulgado ao próprio paciente – e somente a ele, frise-se –, o resultado positivo de exame anti-HIV. De posse de tal informação – verdadeira, porém não solicitada – ingressou o paciente com pedido de indenização pelo dano moral sofrido em decorrência da quebra de sua intimidade e, mais especificamente, da violação do direito de não ter o conhecimento de sua real situação de saúde. Questiona-se, com base nesses fatos, se haveria responsabilidade civil do laboratório de análises clínicas pelo dano moral alegadamente sofrido pelo paciente.

2. Do direito à intimidade: proteção da privacidade desde o princípio “*the right to be let alone*” ao direito de não saber

* Professora da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela UERJ.

Em nosso ordenamento, o artigo 5º, X, da Constituição Federal¹, e o artigo 21, do Código Civil², fundamentam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quando à intimidade da pessoa humana. O direito à privacidade, e mais especificamente, o direito à intimidade³, alude à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, sendo esta abrigada contra ingerências externas, alheias e não requisitadas, e tutelada na medida em que não se permite, sem autorização do titular da informação ou dado, a sua divulgação no meio social.

Este conceito habitual de privacidade está, contudo, superado. Se, tradicionalmente, o direito à privacidade (*right to privacy*) está associado ao direito de ser deixado só⁴, contemporaneamente pode-se afirmar que a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo situações de tutela de dados sensíveis⁵, de seu controle pelo titular e, especialmente, de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial”.⁶ Para Stefano Rodotà, “a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”,⁷ sendo a esfera privada “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”.⁸

Foi com base naquele primeiro conteúdo que em 1890, os *Justices da Supreme Court Americana*, Warren e Brandeis, determinaram a necessidade de tutela dessa esfera existencial. À época, a interpretação que se dava ao direito à privacidade era restrita e se aplicava a casos em que existia a atuação de terceiros contra aquela esfera. Isto é, a interpretação que se dava a este direito restringia-se a tutelar a esfera privada de uma pessoa, impedindo que outros pudessem nela ingressar sem sua autorização. Associada à idéia de casa, moradia, este princípio foi primeiramente utilizado para proteger a vida privada das pessoas, dentro de seu próprio lar.

¹ Artigo 5º, X, CF - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

² Art. 21, CC - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

³ Diverge a doutrina quanto ao uso de expressões como privacidade, intimidade, segredo, vida privada, etc. Neste sentido, ensina Bruno Lewicki que “o conjunto das situações hoje ligadas à proteção da vida privada representa um “conglomerado de interesses diversos””, configurando as inúmeras e variáveis facetas de um conceito em ampliação constante. Lewicki, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, 2003, Rio de Janeiro:Renovar, p. 31.

⁴ Veja, nesse sentido, a concepção trazida por Warren e Brandeis, em 1890, em artigo intitulado “*The right to privacy*”, publicado na *Harvard Law Review*.

⁵ Dados sensíveis são aquelas informações que dizem respeito à essência da personalidade de uma pessoa.

⁶ Lewicki, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, 2003, Rio de Janeiro:Renovar, p. 9.

⁷ Rodotà, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 92.

⁸ Idem, *ibidem*.

A ampliação do conceito de *privacy* se deu, em grande medida, por conta da evolução das formas de divulgação e apreensão de dados pessoais. Com o advento de novas tecnologias, notadamente o desenvolvimento da biotecnologia e da Internet, o acesso a dados sensíveis e, conseqüentemente, a sua divulgação, foram facilitados de forma extrema. Como resultado, existe uma expansão das formas potenciais de violação da esfera privada, na medida em que se mostra a facilidade por meio da qual é possível o acesso não autorizado de terceiros a esses dados. Com isso, a tutela da privacidade passa a ser vista não só como o direito de não ser molestado, mas também como o direito de ter controle sobre os dados pessoais e, com isso, impedir a sua circulação indesejada.

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 conseqüência 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”⁹ e a realização plena de sua liberdade existencial.¹⁰

Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizado do *right of privacy*, manifesta-se também como poder *negativo*, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque se referir ao direito de não saber como conseqüência da proteção do direito à intimidade.

O debate realizado na decisão ora comentada reflete justamente o conflito entre adeptos de uma concepção ampliada do direito de privacidade (Ministra Nancy Andrighi) e adeptos de uma concepção restrita de privacidade (Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco della Giustina), que fizeram

⁹ Rodotà, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro:Renovar, 2008, p. 15.

¹⁰ Idem, *op. cit.*, p. 92.

prevalecer o entendimento no caso de que uma pessoa tem o direito de ter resguardada a sua vida privada contra ingerências indevidas de terceiros, mas não contra o próprio conhecimento. Este juízo, contudo, representa uma injustificada restrição ao exercício de uma condição existencial que, em última instância, viola a dignidade da pessoa humana, base fundamental do Estado Democrático.

3. Da natureza da responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas

O serviço de exames laboratoriais é direcionado ao mercado de consumo (art. 2º e 3º, CDC), daí o porque qualificarmos essa relação como sendo relação de consumo, aplicando-se quanto às regras de responsabilidade civil, a responsabilidade civil objetiva pelo risco do empreendimento e os artigos 6º, VI, e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que se entenda não tratar a hipótese de responsabilidade baseada na relação de consumo, a Ministra Nancy Andrichi nos traz outra solução, sustentando em seu voto que “a relação estabelecida entre as partes deu-se com a requisição de exames laboratoriais no hospital recorrido, que, por ato de seu preposto, realizou exame diverso do solicitado pelo médico. Assim, incide à espécie a responsabilidade objetiva do hospital, nos termos dos arts. 932, II, e 933 do CC/02”, que, por sua vez, estabelece também hipótese de responsabilidade civil objetiva.

Ou seja, tanto de uma forma – responsabilidade pelo defeito do serviço, - quanto de outra – responsabilidade pelo fato de terceiro –, haverá atribuição de responsabilidade de natureza objetiva, sem a necessidade de prova por parte da vítima do dano da existência de culpa do réu, nem a possibilidade de afastamento da responsabilidade do réu provando-se a sua máxima diligência.

Não se trata, portanto, de perquirir se o laboratório ao realizar o exame não requisitado agiu com culpa ou não. O exame da culpa está fora do âmbito de avaliação da existência da responsabilidade civil por prestação de serviços, tendo em vista que a sua responsabilidade independe da prova da culpa. Ou seja, o simples fato da prestação de serviço ser defeituoso já é, por si só, suficiente para a qualificação da obrigação de indenizar. A questão é saber se o serviço prestado foi ou não defeituoso, isto é, se fere a legítima expectativa do usuário quanto ao resultado esperado ou não. E a resposta, no caso, é necessariamente positiva. Assim, para que seja configurada a obrigação de indenizar basta ao consumidor ou usuário de um serviço provar que há serviço

defeituoso que gerou dano, ainda que exclusivamente moral, ao consumidor. Isto é, os elementos para configuração da obrigação de indenizar são: o dano (ainda que exclusivamente moral), o defeito do serviço e a relação causal entre os dois.

Vejam, assim, cada um desses elementos.

4. Do nexo de causalidade

Nexo causal é a ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória. O nexo de causalidade é ao mesmo tempo o componente da obrigação de indenizar que serve a identificar o responsável por reparar o dano – através do estabelecimento de uma ligação de causa e efeito entre uma conduta ou atividade e o dano que se visa reparar –, e o limitador do *quantum* indenizatório – através da fixação das verbas indenizáveis. Percebe-se com isto que a pesquisa e delimitação do nexo de causalidade são as funções mais relevantes e, porque não, intransponíveis no estabelecimento da responsabilidade civil, na medida em que se não for possível realizar-se esta conexão entre agente e dano não se terá estabelecida a obrigação de indenizar.

Na decisão ora em comento, há a sustentação de que inexistente nexo de causalidade entre a doença que acomete o paciente e a conduta do laboratório. Em trecho do acórdão, o Ministro Massami Uyeda relata que “(...) as Instâncias ordinárias, ao concluir pela inexistência do dever de indenizar, em observância à ausência de nexo causal entre a conduta do Hospital e o abalo psíquico aduzido na inicial, teceram fundamentação suficiente, condizente, ressalte-se, com a matéria a elas submetidas”. Em outro trecho, reporta o Ministro que: “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 *virus HIV*, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade”.

Aqui se trata de averiguar se existe uma ligação jurídica de 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 de serviço. 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 nexos causal entre conduta e dano, pois esse decorre da violação do direito à intimidade do recorrente e não da existência da doença”.

Importa salientar que o nexo de causalidade que se investiga é aquele que juridicamente relaciona o dano sofrido – moral, em decorrência da violação do direito à intimidade – à conduta do réu. Não se pretende imputar ao réu a obrigação de indenizar por conta da contaminação do paciente com vírus HIV, nem tampouco pela revelação de resultado diagnóstico equivocado, mas deve-se averiguar se a revelação de dado não requerido pelo laboratório/hospital (conduta) se relaciona juridicamente com o dano moral sofrido por aquele que teve acesso não requisitado à informação pessoal própria (dano moral). Quanto ao fato de o resultado do exame não requisitado estar em acordo com a realidade, isto é, conter informação verdadeira, ainda assim não há que se afastar a obrigação de indenizar por parte do fornecedor de serviço haja vista que a legitimidade e veracidade das informações não ensejam a exclusão da causalidade, nem tampouco afastam a ilicitude *lato sensu* da conduta.

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.

5. Da qualificação do dano moral

No âmbito da responsabilidade civil, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se concretizado de maneira mais evidente – ainda que não exclusiva – nas hipóteses de reparação de danos morais. Pelo conceito clássico, tem-se que toda “agressão a um bem integrante de sua personalidade (*da pessoa*), causando-lhe

vexame, sofrimento, dor, humilhação e outras dores do espírito”¹¹ configura um dano moral.

A partir do momento em que um direito personalíssimo é violado, surge à vítima desta violação o direito de ver-se ressarcida pelo dano extrapatrimonial gerado. Este dano, apesar de não ser mensurável a partir de um simples cálculo matemático de subtração – como ocorre na hipótese comum de dano patrimonial – é indenizável na medida em que representa a lesão a um direito de uma pessoa, lesão esta que atinge a própria dignidade humana, na medida em que esta se configura como “a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”.¹² O dano moral, portanto e de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, é a consequência da violação da dignidade da pessoa humana, sendo que este princípio se subdivide em quatro subprincípios, quais sejam, o da liberdade, o da integridade psico-física, o da igualdade e o da solidariedade social.

Talvez a tarefa mais difícil no que tange os danos morais seja sua conceituação. Destacam-se duas correntes que nos parecem de maior autoridade: a subjetiva e a objetiva. Como entendimento da doutrina majoritária¹³ e posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, a corrente subjetiva defende 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. Para a corrente objetiva, por sua vez, dano moral é aquela lesão violadora do direito da personalidade *tout court*.

A primeira corrente, muito embora seja amplamente adotada pela doutrina e apesar de refletir entendimento reiterado do STJ, nos parece bastante frágil pela sua extrema abrangência e subjetividade. Conforme demonstra Carlos Nelson Konder¹⁵, a crítica que pode ser feita em relação à corrente subjetiva versa sobre a falta de precisão

¹¹ Cavaliere Filho, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo:Atlas, 2007, p. 95.

¹² *Ibid.*, p. 95.

¹³ Como exemplo, cita-se posição de Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁴ STJ, 3ª T, REsp. nº 1.061.500, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2008. De acordo com voto proferido pelo relator, “(...) prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que a responsabilidade do agente decorre da comprovação do ato ilícito, sendo desnecessária a comprovação do dano em si. Mas esse entendimento não diz respeito a qualquer ato ilícito, esse ato em que ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos, juridicamente protegidos. Ou seja, para se presumir o dano moral pela simples comprovação do fato, esse fato tem que ter a capacidade de causar dano, o que se apura por um juízo de experiência. Daí porque é presumido o dano moral em casos de inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, ou de recusa indevida de cobertura por plano de saúde”.

¹⁵ Konder, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 8, v. 29, jan.-mar. 2007, p. 15.

jurídica. O que é dor – e qualquer dos outros critérios utilizados, ou ainda, o grau de dor – é variável, dependendo da pessoa e da circunstância analisada. Assim, não há como se objetivar, ainda que de forma mínima, seu conceito, de tal sorte que a consequência lógica e observada nos tribunais é a banalização dos pedidos de reparação do dano moral, gerando o que se costumou chamar de indústria do dano moral.¹⁶

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como "fatos da vida", hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.¹⁷

Tendo em vista a ampliação de hipóteses de reparação de danos morais e, ao mesmo tempo, a eventual banalização pela qual passa a própria identificação do que é o dano extrapatrimonial, sustenta-se que o melhor conceito é o de dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana. Assim, "(...) não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito".¹⁸

6. Da configuração da responsabilidade por parte do hospital

Em relação ao caso em comento, devemos atentar que o conhecimento de determinado dado ou informação sensível pelo seu titular não é de fato obrigatório. Ou seja, uma pessoa não é conhecedora universal de todas informações sobre, por exemplo, seu estado de saúde, e não existe uma presunção, nem relativa, de que é de seu interesse ter esse conhecimento. Se assim o fosse, haveria uma verdadeira insurreição quanto aos

¹⁶ A título de exemplo, ver decisão no Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Comarca de Cuiabá, Juizado Especial Cível - Planalto, Recl. Cív. nº 608-3/07, Juiz Yale Dabo Mendes, j.13.03.08, em que se estabeleceu uma indenização no valor de R\$10.000,00, decorrente do fato de que um consumidor encontrou uma formiga na batata frita adquirida.

¹⁷ STJ, 4ª T, REsp. nº. 757.411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005.

¹⁸ Bodin De Moraes, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188 e 189.

princípios democráticos de tutela da esfera privada de uma pessoa, desconsiderando-se a proteção à autonomia existencial de cada um de nós.

A divulgação de resultado positivo de exame de sangue Anti-HIV não representa para toda e qualquer pessoa um dado cujo conhecimento seja necessário ou adequado. Em inúmeras hipóteses, ter o conhecimento da real situação sobre o estado de saúde é um ônus por demais pesado que pode levar a situações de angústia extrema. A afirmação de que ao ter conhecimento de sua verdadeira situação de saúde a pessoa estará apta a procurar tratamento médico é falaciosa. Reiteramos que tratamentos de saúde não são obrigatórios nem compelidos, como também não o podem ser as pesquisas laboratoriais quanto a doenças infecto-contagiosas. Pensar desta forma levaria a um verdadeiro Estado de vigilância ao exemplo do Grande Irmão.

O fato de a doença ser infecto-contagiosa, por outro lado, não é justificativa para informar o paciente, na medida em que não se presume que o desconhecimento da doença signifique necessariamente a difusão da doença. No caso de HIV/AIDS nem sequer há a obrigatoriedade de informação às autoridades sanitárias e médicas da contaminação com o intuito de resguardar a coletividade. Isso se dá justamente para proteger a privacidade da pessoa que é portadora de doença estigmatizante. Ademais, da mesma forma que existem pessoas sãs que não tomam precauções para evitar a exposição a doenças infecto-contagiosas, existem pessoas doentes que tomam inúmeras precauções para evitar que elas próprias sejam instrumentos para a difusão de doenças. Não se pode afirmar que o conhecimento a respeito de ser uma pessoa portadora de doença infecto-contagiosa irá evitar que a doença se propague. Não é o fato da pessoa ter desconhecimento a respeito de sua condição de saúde que gere fundamentalmente uma falta de cuidado com a sua saúde e a de outros.

Ao mesmo tempo, a argumentação formulada pelo Ministro Massami Uyeda de que, “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”, é de certa forma conflitante. A ponderação entre direito à vida e direito à intimidade é um argumento equivocado. Na realidade, não se está diante de uma análise interpretativa e valorativa quanto à prevalência de determinado direito da pessoa. O fato de que há divulgação não requisitada ao titular da informação referente a um dado sensível representa violação da intimidade desta pessoa. O direito à vida não deve ser objeto de técnica de

ponderação nesse momento, pois não está, concretamente, sob risco de violação. Isto é, a proteção do direito à intimidade – enquanto direito de não saber – não gera factualmente a violação do direito à vida. De acordo com comentários ao artigo 21 do Código Civil, “na técnica de ponderação de bens e direitos, procura a jurisprudência verificar se é justificável o sacrifício do direito fundamental em questão, admitindo sua compressão quando esta for essencial e eficiente para a tutela de outro direito fundamental. Daí a necessidade de procurar compatibilizar, nos casos concretos, a privacidade com os demais interesses mercedores de tutela jurídica pelo ordenamento”.¹⁹ Não existe colisão, portanto, entre o direito à vida e o direito à intimidade. Há, isso sim, a violação *tout court* do direito à intimidade.

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.

Ao mesmo tempo, ao contexto de que o paciente, ao intentar ação de reparação, agiu muito proximamente ao que se considera como intenção de beneficiar-se de sua própria torpeza, devemos considerar que a pessoa que busca a realização de exames médicos, visando resguardar a sua saúde, não é, via de regra, pessoa com conhecimento técnico e que, portanto, reconhece no pedido médico a dúvida técnica quanto ao diagnóstico. Não há como saber, *a priori*, o que levou o médico a não requerer a realização de exame Anti-HIV. Mas o fato de não ter sido um exame requisitado gera ao paciente uma expectativa de que não haveria questionamentos, por parte de seu médico – um técnico, frise-se –, quanto à contaminação por este tipo de vírus. Portanto, não se pode alegar que houve conduta torpe por parte do paciente, na medida

¹⁹ Tepedino, Gustavo et al., *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, 2a. edição r.a., volume I, Rio de Janeiro:Renovar, 2007, p. 62.

em que ao recorrer ao médico para resguardar a sua saúde a intenção era pesquisar a existência de outras doenças que não aquela identificada no exame não requerido.

7. Conclusão

Tendo em vista, os argumentos trazidos, sustenta-se, em concordância com o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que “a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo afeto unicamente à sua esfera privada. Vale dizer: todos têm direito de esconder suas fraquezas, sobretudo quando não estão preparadas para encarar a realidade”. A divulgação à pessoa de dado não requisitado configura violação ao seu direito de não saber e gera, incontestavelmente, o direito à indenização por danos morais.

Como citar: MULHOLLAND, Caitlin. O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade – Comentário ao REsp 1.195.995. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>>. Data de acesso.