

O DIREITO DE ESTAR SÓ DO PACIENTE EM SEU DIAGNÓSTICO

EL DERECHO A ESTAR SÓLO DEL PACIENTE EN SU DIAGNÓSTICO

Cleber Sanfelici Otero *

Okçana Yuri Bueno Rodrigues**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre os direitos da personalidade, especialmente os direitos à privacidade e à intimidade em um dos momentos mais delicados da vida de uma pessoa. Trata-se da ocasião em que alguém é diagnosticado com uma grave doença e tem o direito de ter o diagnóstico preservado apenas para si, sem que a família seja comunicada ou sem que a comunidade em que está inserida tome conhecimento de sua condição clínica. Embora se compreendam as boas intenções dos que compõem o círculo mais próximo do paciente, há que se observar o que ele pretende e o que deseja. Não raras são as vezes em que direitos da personalidade tão restritos são desrespeitados não somente pelo Estado, mas também pelos particulares. Assim sendo, proporciona-se uma discussão em torno desse tema, com uma abordagem da ocasião em que há a informação do diagnóstico e os seus desdobramentos internos. Utiliza-se o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade; Direito à intimidade; Segredo médico; Quebra de confiança; Doente terminal.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre los derechos de la personalidad en particular los derechos a la privacidad y la intimidad en uno de los momentos más delicados de la vida de una persona. Cuando se diagnostica una enfermedad grave y tiene el derecho a que el diagnóstico conserva sólo para sí mismo, sin que la familia sea notificada o sin que la comunidad en que opera toma conciencia de su clínica condición. Aunque se entiende las buenas intenciones de los que componen el círculo más cercano al paciente, tenemos que ver lo que quiere y lo que quiere esto. No son raras las ocasiones en que se violan los derechos de las personas no sólo por el Estado como sino también por el sector privado. Así aquí queremos discutir la ocasión y sus desarrollos internos de lo momento de el diagnóstico. Se utiliza el método dedutivo.

PALABRAS-CLAVE: Derechos de la personalidad; Derecho a la intimidad; Secreto medico; Quebrantamiento de la confianza; Enfermo terminal.

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP); Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Docente do Curso de Graduação em Direito, do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil e do Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário CESUMAR (UNICESUMAR); Docente do Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Docente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro Universitário Integrado de Campo Mourão (CEI); Juiz Federal. E-mail: cleberot@yahoo.com.br

** Mestranda no Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário CESUMAR (UNICESUMAR); Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (CESUMAR). Consultora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Serviços Contábeis. Procuradora Geral do Município de Paçandu-PR. E-mail: ok_rodrigues@globo.com

1 INTRODUÇÃO

Mais do que as precedentes, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece e estabelece muitos direitos fundamentais, inclusive com a inserção dos direitos e garantias individuais dentre as cláusulas pétreas, de maneira a impossibilitar alterações constitucionais tendentes a suprimi-los.

Para proporcionar a devida orientação de respeito, observância e cumprimento dos direitos fundamentais e da personalidade, o Constituinte erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito e do ordenamento jurídico, tanto no âmbito do direito público como do direito privado.

O Poder Constituinte Originário cuidou para que os direitos individuais e sociais encontrassem, na dignidade da pessoa humana, o embasamento para o preenchimento e a deferência aos seus conteúdos essenciais e, ao mesmo tempo, conferiu-lhes a segurança para o cumprimento e exigência do Poder Público a todo e qualquer tempo.

Para tais direitos serem plenamente assegurados, é necessário muito mais que normas e reconhecimentos legais, pois, na maioria das vezes, além disso, é preciso uma exigência, um comprometimento e uma conscientização dos particulares, para que as pessoas respeitem os direitos das demais.

É nesse momento que os conflitos de direitos e interesses podem ocorrer.

O confronto entre direitos e bens fundamentais da pessoas é normalmente contornado com o balanceamento a ser realizado entre os valores subjacentes envolvidos, normalmente com a prevalência do direito com maior carga valorativa observada no caso concreto em face da aplicação dos critérios da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade e da força normativa.

Por vezes, essa maior relevância jurídica do direito individual será decorrente da sua própria natureza, da sua intensidade ou da finalidade que se busca com a respectiva tutela.

É o que se nota com relação às pessoas diagnosticadas enfermas se as doenças não são de comunicação compulsória, porquanto elas têm o direito de serem preservadas acerca da divulgação, apesar de os familiares e a comunidade estarem, na maior parte das vezes, imbuídos de boas intenções para a prestação de auxílio.

A pessoa, agora doente, pode querer, exatamente neste momento, reservar para si o diagnóstico. Não se discute o direito ao tratamento digno, à saúde ou até mesmo à vida. Trata-se do respeito à intimidade e à privacidade do paciente.

Pretende-se, assim, realizar uma abordagem do direito de estar só dos pacientes portadores de câncer e de outras doenças terminais e, com o emprego do método dedutivo, demonstrar que a divulgação do diagnóstico é, na maioria das vezes, exclusiva da pessoa enferma em face de uma série de consequências que poderão advir na órbita de seus relacionamentos e em sua intimidade.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, embora distintos porquanto os primeiros teriam maior reconhecimento no âmbito do direito privado e os segundos mais ao direito público, são facilmente confundidos, visto que ambos encontram fundamento na dignidade da pessoa humana e, muitas vezes, são aplicados em situações contextuais semelhantes.

Por vezes, os direitos da personalidade também são efetivamente reconhecidos como direitos fundamentais, de tal forma que são direitos a serem necessariamente observados tanto nas relações entre particulares como também nas relações entre os entes estatais e os particulares.

Torna-se relevante compreender o conceito e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto ambos os direitos nela encontram fundamento para serem devidamente observados e aplicados.

Apesar de ser difícil delimitar a exata extensão do significado da dignidade humana em virtude de ser um conceito jurídico aberto, seu conteúdo poderia ser identificado, conforme a argumentação apresentada por Luís Roberto Barroso, a partir de três elementos presentes nesta sua definição: *"a dignidade humana identifica: 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais e interesses estatais (valor comunitário). [...]"*.¹

¹ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 72.

Como **valor intrínseco de todas as pessoas**, representaria um elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, por ser próprio da natureza do ser humano em face do conjunto de características inerentes a cada um e comuns aos seres humanos.²

A incorporação desse valor em norma jurídica, ou seja, levado do plano axiológico ao plano normativo, representou uma elevação jurídica apoiada na ideia ética de dignidade humana concebida por Immanuel Kant, segundo a qual, em razão da existência de um imperativo categórico, os seres humanos não têm preço e não podem ser tratados como objeto.³ Dela decorreria um postulado antiutilitarista e um postulado antiautoritário, pois o homem não pode ser utilizado como meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais dos outros, assim como o Estado deve existir para as pessoas, e não o contrário⁴.

A **autonomia de cada um**, segundo Luís Roberto Barroso, é o valor ético da dignidade da pessoa humana, segundo o qual as pessoas possuem o livre arbítrio para a tomada de decisões em suas vidas⁵.

De certo modo, esse elemento já está compreendido no elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, porquanto a concepção kantiana apresenta-se sob a construção ética de um imperativo categórico e o ser humano diferencia-se dos demais seres por agir por sua própria vontade e autogoverno, daí termos também essa característica que nos é própria. É, portanto, ontológica e ética.

O **valor comunitário** seria, para Luís Roberto Barroso, o elemento social da dignidade da pessoa humana, decorrente das relações das pessoas umas com as outras, com ênfase no "*papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa*".⁶

² KATEB, 2011, *apud* BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 76.

³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45-48, 59 e 63-65.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 77.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 81.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 87-88.

Como bem observa o jurista, trata-se de mais um desdobramento da concepção kantiana de dignidade⁷, fundada no dever ético decorrente do imperativo categórico de respeito pelas demais pessoas: “*age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*”.⁸

O valor comunitário justificaria, assim, uma restrição da autonomia individual para a realização de três objetivos: “*1. A proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; 2. A proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; 3. A proteção dos valores sociais compartilhados*”.⁹

Enquanto Luís Roberto Barroso menciona a existência de elementos (e.g., elemento do valor comunitário), Ingo Wolfgang Sarlet refere-se a dimensões (e.g., dimensão comunicativa, relacional, social e comunitária da dignidade da pessoa humana)¹⁰.

A dignidade da pessoa humana não poderia mesmo ser cindida como se tivesse várias partes a formar um todo, muito embora a leitura dela a partir de vários elementos facilite o seu delineamento e a apresentação de um conceito. Talvez seja mesmo preferível falar em dimensões da dignidade da pessoa humana, conforme a apresentação de Ingo Wolfgang Sarlet, muito embora o direcionamento doutrinário seja semelhante, diferindo-se apenas em termos terminológicos.

Ingo Wolfgang Sarlet chega mesmo a propor uma definição, apresentando a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

⁷ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 88-89.

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 88.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, 1995; MODERNE, 1997; CASSIERS, 2003; GONÇALVES LOUREIRO, 1999 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. [p. 23-25]

sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹

O ordenamento jurídico brasileiro, ao albergar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, protegeu também os direitos fundamentais, dentre eles os direitos fundamentais da personalidade, alguns até não taxativamente previstos no texto constitucional, bem como os direitos da personalidade no âmbito do direito privado.

Bem a propósito, leciona Fernanda Borguetti Cantali: “*Certo é que muitos dos direitos da personalidade estão expressos no rol de direitos fundamentais, entretanto a eles não se limitam*”¹².

Há direitos da personalidade taxativamente previstos no rol dos direitos fundamentais, outros podem ser reconhecidos a partir da orientação do princípio da dignidade da pessoa humana em consonância com os direitos fundamentais e há direitos da personalidade tipificados apenas em normas do Código Civil.

Ocorre que, mesmo com a previsão constitucional e as inúmeras garantias a estes direitos, a efetividade dos mesmos não está assegurada. Ao revés, tais direitos encontram obstáculos em sua execução, seja porque na Constituição Federal a previsão normativa é genérica, ou por falta de previsão legal ou em razão de qualquer outro impedimento que se levanta com o tempo.

3 DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

O homem ocidental desenvolveu, aproximadamente até o século XVIII, uma vida eminentemente pública, fundada em uma ordem universal, na qual os comportamentos eram comandados por normas assentadas sob a influência de uma concepção ainda eclesiástica do direito natural:

Cada um era indispensável para a prossecução do objectivo divino, em colaboração com todos os outros. Não era verdade que nenhum se salvava sem os outros? O que cada ser humano fazia, pensava e via, dizia respeito, radicalmente, a todos os outros, pois todos os outros eram interessados.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana*: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹² CANTALI, Fernanda Borguetti. *Direitos da Personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90.

Todos estavam integrados numa ordem social, devassada, controlada por todos, superiores e iguais.

A casa da família era espaço aberto aos membros mais afastados, aos servidores, aos vizinhos, aos clientes (pois a empresa familiar estava sediada na casa de morada da família). A casa era uma parte da rua com a qual não tinha fronteiras. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta e controlada por todos através de uma rede social difusa que vigiava os desvios ao modelo dominante.

Os pensamentos mais recônditos, inseridos necessariamente num projecto de salvação espiritual, não diziam só respeito ao seu sujeito: vão ser comunicados à Igreja, intermediária entre os homens e Deus, que os julga para os transformar de acordo com os <cânones>. As relações conjugais e paternos, a vizinhança, as aspirações, o trabalho, estavam ajustados numa estreita rede de compromissos, de vínculos, espirituais, religiosos, de vizinhança, de dependência, de hierarquia.

Todo o privado era público.¹³

Essa realidade começara a ser alterada com o humanismo renascentista e as ideias religiosas reformadoras, mas foi sobretudo com o liberalismo e o individualismo que se fez prosperar um novo tempo, com a separação entre o público e o privado, embora com proximidade cada vez maior entre as pessoas:

O homem-diferente-de-todos-os-outros isolou-se na sua solidão. E o *homem-igual-a-todos-os-outros* <sabe> que não tem nada a ensinar aos outros e que deles nada pode (ou deve) aprender. Assim, os outros tornam-se-lhe diferentes, fechando-se cada um numa esfera de reserva privada.

[...].

A ordem social passa a repousar só sobre o Direito, deixando-se o espaço anteriormente ocupado por outras normas entregue à simples vontade dos particulares, ou seja, a um (novo) conjunto de relações de poder [...].

O ser humano *privado*, *indivíduo*, vive hoje cada vez mais (contraditoriamente?) com-os-outros, integrado *de facto* em processos de produção que o transcendem e se lhe impõem através de novas formas de constrangimento e de disciplina. [...].¹⁴

Não foi por acaso que se deu, apenas nesse momento, o surgimento da primeira visão de um direito fundamental (da personalidade), juridicamente reconhecido a partir da constatação de que cada ser humano tem a necessidade de resguardar certas instâncias pessoais da interferência alheia e da divulgação ao público.

A privacidade é um conceito contemporâneo. Não se tem notícia da defesa de sua existência antes de 1890, ano em que Charles Warren e Lois Brandeis publicaram, nos Estados Unidos da América, o artigo intitulado *The right of privacy*, como reacção à invasão da

¹³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 100-101.

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 102-103.

vida privada pelos meios de comunicação, daí porque se referiam à necessidade de criação de instrumentos de tutela para garantir o que chamaram de "o direito de estar só" ou "o direito de ser deixado tranquilo".¹⁵

A proteção restou inicialmente consagrada com um direito de a pessoa não ser incomodada em sua vida privada e intimidade, mas ganhou, aos poucos, contornos mais abrangentes, logo após a sua compreensão como um direito de a pessoa decidir o que divulgar acerca de suas ideias e de sua vida pessoal.

O direito encontrou um vasto campo para se estender a sua abrangência de tutela, como o sigilo de correspondência e das comunicações, a inviolabilidade de domicílio e, mais recentemente, o sigilo de dados e das informações pessoais.

Não se deve esquecer também do âmbito da intimidade sexual, que, nos dias de hoje, ganha outros contornos de proteção, inclusive quanto ao resguardo da opção sexual feita pelas pessoas.

Privacidade e intimidade são, hoje, inegáveis a qualquer indivíduo como direitos fundamentais, conquanto identificados também como direitos da personalidade no âmbito do Direito Civil (art. 21 do CC)¹⁶.

Nota-se essa evidência no magistério do jurista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian, ao definir esse direito como a faculdade que tem cada pessoa de dispor de uma esfera, o espaço privativo ou reduto inviolável de liberdade individual, o qual não pode ser invadido por terceiros, sejam particulares ou o próprio Estado, mediante intromissões de qualquer significado: "*el reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables para que el hombre pueda desarrollar su persona y su individualidad en inteligencia y libertad*".¹⁷

Zulmar Fachin ensina que o princípio da proteção da privacidade recebeu tratamento amplo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagra, lado a lado,

¹⁵ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 393-394.

¹⁶ "Art. 21. 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". (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. 2013).

¹⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Manual de la Constitución argentina*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 95. Tradução livre nossa: O reconhecimento desse direito pressupõe as condições mínimas indispensáveis para que o homem possa desenvolver sua pessoa e sua individualidade, com inteligência e liberdade.

de forma autônoma, quatro bens jurídicos - vida privada, intimidade, honra e imagem - como componentes do espaço da privacidade da pessoa humana¹⁸.

A Constituição Federal de 1988, ao proteger a privacidade, determina que vida privada e intimidade sejam tratadas como direitos distintos (art. 5º, inciso X, da CF/88)¹⁹, de modo que se faz necessário traçar a diferenciação entre os referidos direitos.

Em verdade, a compreensão dessa distinção exige, primeiramente, que se identifique a existência tanto de uma vida pública como de uma vida privada das pessoas, aquela de conhecimento da comunidade e da sociedade, esta mais limitada ao âmbito particular, ou seja, dos familiares e, por vezes, restrito apenas ao indivíduo.

A diferenciação entre vida pública e vida privada permite concluir que são resultantes de interesses que, inclusive, podem estar em oposição, o que causa preocupação em face do fenômeno da publicização do privado, e vice-versa:

Em "Public Rights and Private Interests", publicado, aliás, postumamente, Hannah Arendt sublinha que a vida pública e a vida privada devem ser consideradas separadamente, pois são diferentes os objetivos e as preocupações que as comandam. Os interesses de um indivíduo têm uma premência dada pelo horizonte temporal limitado da vida individual. Por isso, freqüentemente se chocam com o bem comum, isto é, com aqueles interesses que temos em comum com os nossos concidadãos, que se localizam num mundo público - que compartilhamos mas não possuímos - e que ultrapassam, por serem interesses comuns e públicos, o horizonte da vida de um ser humano considerado na sua singularidade. É por essa razão que ela contesta a idéia de que do jogo de interesses individuais surge necessária e harmoniosamente o interesse público. Daí advém, na minha leitura de Hannah Arendt, um dos sérios problemas que avassala o Direito contemporâneo, proveniente do conhecido fenômeno da publicização do Direito Privado e da privatização do Direito Público, pois este fenômeno leva à identificação e não à diferenciação entre a esfera do público e do privado.²⁰

Historicamente, como o liberalismo levou à exacerbada apropriação privada das riquezas por alguns poucos, o Estado foi chamado a intervir na economia, nas relações

¹⁸ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 232.

¹⁹ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - 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". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: de 5 de outubro de 1988. 35. ed. MORAES, Alexandre de (Org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 7)

²⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 237-238.

jurídicas e na propriedade privada para garantir a liberdade e a igualdade, momento a partir do qual houve a percepção da importância de se melhor tutelar a intimidade:

A emergência do social diluiu a clássica distinção entre o público e o privado, pois a esfera do público se tornou uma função do privado e o privado se tornou o único comum que sobrou, daí advindo a privatização do público e publicização do privado. É neste contexto que surgiu a descoberta e a posterior tutela, no âmbito do privado, do valor da intimidade como maneira de fugir do mundo para o interior da subjetividade, algo que não é um dado, mas um construído, [...].²¹

Segundo Victor Drummond, a "*privacidade seria a distância confortável que uma pessoa mantém, espontaneamente, desde a sua mais profunda individualidade até o mundo exterior*".²²

Na teoria dos círculos concêntricos concebida por Heinrich Hubmann, dentro do ambiente da vida social estaria a vida privada representada em uma esfera externa, os segredos estariam em uma esfera intermediária e a vida íntima estaria em uma esfera mais interna e bem próxima da pessoa. Por sua vez, Heinrich Henkel re-estruturou a teoria dos círculos concêntricos, posicionando a vida privada em uma esfera mais exterior, a vida íntima em uma esfera intermediária e, por fim, as informações pessoais estariam na esfera interna dos segredos²³.

O fato de os juristas posicionarem os segredos em diferentes círculos revela que a guarda do segredo pode ser ou não própria de uma esfera mais íntima.

É perfeitamente possível imaginar a existência de informações pessoais relevantes, guardadas em segredo, mas que não afetam demasiadamente a pessoa em sua intimidade, ao passo que alguém pode ter segredos de natureza muito íntima, capazes de, se forem revelados, afetarem diretamente a intimidade, a imagem e a honra, como no caso do segredo guardado por uma pessoa sexualmente violentada.

Por tal razão, a vida privada pode ser representada na posição de uma esfera maior e a vida íntima em uma esfera interna menor, ao passo que os segredos podem estar tanto em uma parte um pouco mais externa como no próprio núcleo da intimidade.

Conforme adverte Ingo Wolfgang Sarlet, a teoria das esferas é insuficiente para dar conta da diversidade de casos que envolvem a proteção da vida privada, mas não deixa de ser

²¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 262-263.

²² DRUMMONT, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67.

²³ HENKEL, Heinrich *apud* COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 30-36.

um referencial importante para distinguir as situações concretas e estabelecer um enquadramento no âmbito de proteção do direito²⁴.

Com efeito. A privacidade estará em uma esfera mais exterior e a intimidade estará dentro dela, em um círculo mais interno, pois o direito à intimidade faz parte da privacidade, que, por sua vez, é mais amplo.

A privacidade é definida por Celso Ribeiro Bastos como:

[...] a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano²⁵.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior define a intimidade como "[...] o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver com os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)".²⁶

Diversas são as conceituações existentes na doutrina pátria, no entanto, em geral, as mesmas são convergentes.

Acerca da distinção entre privacidade e intimidade, escreve Aline França Campos:

O direito à vida privada consiste no direito de viver a sua vida em isolamento, obstando o conhecimento de terceiros no aspecto amoroso, familiar, religioso, sentimental, além das intervenções do Estado. Ou seja, a proteção da vida privada visa a salvaguardar da curiosidade indevida de terceiros tudo o que se refere à esfera íntima da pessoa, mantendo-se, assim, um resguardo das questões pessoais.

Os direitos à intimidade e ao segredo são manifestações do direito à vida privada, ou seja, esse é gênero do qual aqueles são espécies.

[...]

Ainda que os conceitos de intimidade e vida privada estejam interligados, os mesmos podem ser diferenciados pelo menor grau de amplitude do primeiro. No âmbito da vida privada, estão os fatos pessoais que devem permanecer ocultos ao público, mas que são compartilhados com aqueles com os quais se mantêm relações pessoais. Em contrapartida, no âmbito da intimidade, estão os fatos pessoais que não são compartilhados nem mesmo com os mais

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 392-393.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *A Constituição na visão dos Tribunais: interpretação e julgados - artigo por artigo*. Brasília: Saraiva, 1997, v. I, p. 30.

²⁶ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 1, n. 1, out./dez. 1992, p. 79.

próximos. Assim, o direito à intimidade tutela as informações que dizem respeito apenas ao titular.²⁷

José Sebastião de Oliveira e Karen Franco Domingos observam, ainda, que:

Apesar da semelhança entre esses direitos, nota-se serem eles diferentes. Enquanto a intimidade relaciona-se a individualidade de cada um, seus pensamentos, suas opções, a vida privada liga-se aos fatos cotidianos cujo conteúdo não se quer divulgar.

A privacidade [...] busca distanciar certos aspectos da vida da pessoa do escrutínio público. Visa, portanto, impedir a violação da paz do titular, nem sempre ocorrendo o dano moral. Esta lesão costuma atingir somente o resguardo, a vida privada. Por exemplo, se um indivíduo lê o diário pessoal de outra pessoa sem a sua permissão, está invadindo sua privacidade, não a sua honra.

Todo ser humano possui uma parte externalizada da sua vida, aquela parte de conhecimento das pessoas ao seu redor; e ao mesmo tempo também há a sua vida privada, incluindo a relação com a família, amigos próximos e inclusive a relação consigo próprio. Quando há a veiculação de informações que dizem respeito à intimidade da pessoa, causando embaraços que possam causar vexame, lesionando sua honra, sua imagem ou a sua privacidade, tal publicação só se justifica se houver relevante interesse público.²⁸

Feitas as diferenciações dos direitos à vida privada e à intimidade, é importante trazer à tona o alerta feito pelo jurista José Adércio Leite Sampaio, de que a liberdade de informação deve ser protegida na mesma medida que a vida privada e a intimidade, com a cautela nas ponderações e ressalvas para o direito que vier a prevalecer ser o mais apropriado, conforme o caso concreto.²⁹

Ainda sobre a divulgação de informações pessoais, Gilberto Haddad Jabur considera que mesmo as pessoas públicas têm o direito de ver respeitadas a privacidade e a intimidade:

a vida pública, de fluente do exercício de função pública ou notória, em virtude do renome ou celebridade adquirido por qualquer pessoa, de uma ou de outra não retira o direito à manutenção de seu isolamento, de conter ou

²⁷ CAMPOS, Aline França. Direito ao resguardo: imagem e vida privada. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, PR, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, [9 jun. 2009], p. 71-93. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1015/742>>. Acesso em: 24 out. 2012.

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de; DOMINGOS, Karen Franco. A liberdade de informação em contraposição aos direitos da personalidade: Honra, Imagem e Privacidade. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, PR, v. 8, n. 2, jul./dez. 2008, [8 dez. 2008], p. 437-471. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/891/674>>. Acesso em: 20 out. 2012. [p. 458-459]

²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, de vida e da morte*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998, p. 393.

refrear o conhecimento alheio daquilo que participa de seu universo concêntrico e reservado.³⁰

Esse entendimento desmistifica a ideia de que, por se tornarem pessoas públicas - no sentido de que despertam um interesse da população devido à profissão, cargo ou influência que exercem -, abrem mão automaticamente de sua intimidade e, também, da vida privada.

O Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis destaca que a privacidade não é um direito absoluto e faz referência à importância na promoção e manutenção da vida privada e da intimidade, bem como dos dados dos particulares:

A privacidade não é um direito absoluto e deve ser sopesada com outras questões. Mas essa privacidade que tem a ver com a garantia do espaço íntimo, pessoal, com isolamento, tranquilidade, sossego, é uma faceta que acabou se desenvolvendo, indo até o que hoje em dia chamamos de proteção de dados pessoais. A proteção de dados pessoais é uma disciplina que existe em vários países e que procura conferir a todas as pessoas controle sobre as nossas próprias informações e fornece meios para que o Judiciário, para que órgãos públicos possam exercer um tipo de controle efetivo sobre essas informações.³¹

É relevante ressaltar, nesse ponto, que, muito embora os direitos da personalidade sejam considerados direitos absolutos pelos civilistas, assim são considerados apenas porque são oponíveis *erga omnes*, tal qual também o são os direitos reais em oposição aos direitos obrigacionais³². Estes, os direitos obrigacionais, não são vistos como direitos absolutos, mas apenas como direitos relativos, pois vinculam somente as partes de um negócio jurídico, de maneira que o credor só possa exigir o seu cumprimento por parte do devedor ou de terceiro que se tornou responsável pela prestação. Não existem, todavia, conforme a melhor doutrina constitucional, direitos absolutos, nem mesmo os direitos fundamentais e muito menos os direitos da personalidade, pois ambos são caracterizados pela relatividade ou limitabilidade se forem confrontados com outros direitos fundamentais ou da personalidade de terceiros.

Direito fundamental ou da personalidade, seja como for, não basta apenas o esclarecimento da existência do âmbito da privacidade (vida privada, intimidade e segredo) e em que os mesmos consistem. É necessário, também, identificar os momentos em que deixam

³⁰ JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 99.

³¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Retratos do Judiciário – sob os olhares do grande irmão, a proteção da intimidade. *Painel realizado na 56ª Feira do Livro de Porto Alegre no Santander Cultural*. Porto Alegre, 2010.

³² TELES, Miguel Galvão. Direitos absolutos e relativos. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 649-676. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/447.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.

de ser respeitados para que, posteriormente, por uma mudança social, de posição estatal ou entre particulares, haja a real efetividade de tais direitos.

4 O PACIENTE DOENTE E O MOMENTO DE SEU DIAGNÓSTICO

Atualmente, muito se discute sobre o direito à privacidade e à intimidade em face do direito à informação, ou seja, do conflito de interesses da imprensa com o de pessoas públicas e celebridades.

Pouco se questiona, porém, sobre os possíveis conflitos que possam surgir e que também existem entre particulares, em especial entre aqueles com graves enfermidades e seus familiares.

As pessoas, muitas vezes, podem estar extremamente próximas, ao contrário da imprensa, que não tem relação de pessoalidade e que normalmente objetiva apenas o lucro. Os particulares em questão, por sua vez, querem tão somente o bem e a recuperação do próximo.

Se há um momento na vida do particular em que os direitos à privacidade e à intimidade podem ser violados pela singeleza e delicadeza da própria conjuntura, costuma isso ocorrer quando ele é diagnosticado como portador de doença terminal.

Antonieta Barbosa descreve, em sua obra, um depoimento pessoal de como pode ser difícil o momento em que os pacientes são informados de sua condição como portadores de câncer:

O mais grave, no entanto, é que a confirmação do diagnóstico geralmente é transmitida de forma inadequada por profissionais não treinados para tão delicada tarefa. Dificilmente há uma preparação psicológica a fim de minimizar o impacto provocado por essa impactante notícia.

Todos os que passaram por esta situação sabem avaliar o choque psicológico causado pelo impacto da comunicação do diagnóstico e sentem que no momento adequado faltou um profissional especializado para essa difícil missão, a qual deveria ser compartilhada com os profissionais da área de psico-oncologia.

O diagnóstico de câncer tem o poder de transformar o cotidiano e em geral provoca reflexões e mudanças de vida do paciente. Algumas pessoas modificam seus hábitos, passam a rever conceitos, valores, crenças, comportamento e atitudes, promovendo uma reviravolta em sua vida.³³

É interessante destacar que a referida autora fala com conhecimento, pois se viu nesta situação há alguns anos.

³³ BARBOSA, Antonieta. *Câncer, Direito e cidadania: como beneficiar pacientes e familiares*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

Embora ela mencione especificamente pacientes com câncer, de um modo geral o comunicado de outras doenças graves como esta, que podem levar à morte, tem o poder de causar uma mudança na vida de quem é diagnosticado, e também na vida de seus familiares.

Torna-se necessário ponderar o direito do paciente de manter apenas para si o diagnóstico, sua patologia, pois “*no âmbito da intimidade, estão os fatos pessoais que não são compartilhados nem mesmo com os mais próximos.*”³⁴

Por outro lado, deve-se considerar a própria condição do paciente (depressivo, idoso, debilitado, etc), pois, segundo Maria Helena Diniz, a revelação do pesado diagnóstico pode levar a pessoa a estado emocional que acarrete depressão psicológica profunda, de tal forma que “o dever de informar não deve ser entendido como o de fazer saber a verdade a qualquer custo”³⁵, caso em que a informação será fornecida apenas para os familiares.

Dependendo do paciente (forte, jovem, resistente, etc), essa informação deve ser fornecida diretamente para ele, pois pode ser o tipo de informação que ele não queira compartilhar nem mesmo com os familiares diretos. Somente a pessoa tem condições de saber se será melhor divulgar o diagnóstico aos familiares ou não.

Como o médico não teria conhecimento das relações pessoais do paciente, desconheceria as mágoas, as desavenças e as inimizades porventura formadas com os mais próximos, a informação transmitida a outras pessoas poderia acarretar, inclusive, danos morais.

É necessário, antes de informar o diagnóstico, verificar as condições da pessoa para saber se ela irá suportar a notícia, por vezes até por meio de um acompanhamento psicológico com outros profissionais. Logo, se for constatado que o paciente terá condições de receber a informação, ela deve ser fornecida somente a ele e da forma mais completa possível, inclusive da(s) possibilidade(s) de tratamento e prognóstico.

Há que se respeitar o seu “segredo”, aquele que o paciente quer seja mantido apenas e tão somente em sua intimidade, e o fato de que não deseja compartilhá-lo em sua vida privada, tampouco com a sociedade.

Afinal, do direito à intimidade pode decorrer

³⁴ CAMPOS, Aline França. Direito ao resguardo: imagem e vida privada. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, PR, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, [9 jun. 2009], p. 71-93. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1015/742>>. Acesso em: 24 out. 2012.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469-470.

[...] a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo de vida moderna. No 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.³⁶

Destarte, a sua vontade de literalmente encontrar paz e equilíbrio na solidão deve prevalecer, mesmo sob os protestos de familiares e amigos.

Há quem precise do silêncio de seus pensamentos para esmoer a nova condição de sua pessoa, de compreender os novos processos pelos quais será submetido e de, neste momento, escolher, por si só, caso assim desejar, se quer se sujeitar ao tratamento e a qual tratamento, se houver mais de um.

5 O DIREITO DE ESTAR SÓ

O direito à intimidade costuma ser traduzido como "o direito de estar só". Em verdade, "o direito de estar só" constitui-se o núcleo essencial do direito à intimidade, cujo raio de ação foi estendido mais além desse núcleo originário³⁷, em direção à privacidade.

Trata-se do direito de manter o(s) outro(s) à distância, mesmo que seja(m) familiar(es) próximo(s), por mais incongruente que isto possa parecer, pois se trata do "direito do indivíduo de estar só e [d]a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada".³⁸

Mais que manter em sigilo o diagnóstico recém descoberto de uma doença, o paciente tem o direito de mantê-lo em sua vida privada, e, quiçá, apenas em sua intimidade.

Cuida-se de uma informação personalíssima, que diz respeito apenas a si, muito embora também possa haver reflexos na vida dos familiares:

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade. Ou, mais precisamente, enquadra-se entre os direitos que constituem um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível e por não se revestir de natureza patrimonial.³⁹

³⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12.

³⁷ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 394.

³⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

³⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

Consoante bem disserta Sören Kierkegaard, a pessoa é espírito e o espírito conhece a si, principalmente ao se voltar para a interioridade do ser:

O homem é espírito. Mas o que é espírito? É o "eu". Mas, nesse caso, o "eu"? O "eu" é uma relação que não se estabelece com qualquer coisa de alheio a si, mas apenas consigo mesma. Ele consiste no orientar-se dessa relação para a própria interioridade, mais e melhor do que na relação propriamente dita. Não é a relação em si o "eu", mas, sim, o seu voltar-se sobre si mesma, o conhecimento que ela tem de si mesma depois de estabelecida.⁴⁰

Torna-se incontestável que a intimidade é direito (fundamental) da personalidade e, por assim o ser, é um direito nato, pertence tão somente ao seu titular, que não pode ser cedido nem tomado por terceiro.

Ao analisar a obra de Hannah Arendt, Celso Lafer assim avalia a abordagem no concernente ao direito à intimidade:

Para Hannah Arendt, coerente com o seu entendimento do público como o comum e o visível, o privado, na dimensão da intimidade, é aquilo que é exclusivo do ser humano na sua individualidade e, não sendo de interesse público, não deve ser divulgado.

A intimidade, como um direito autônomo da personalidade, foi articulada conceitualmente por Rousseau como resposta do indivíduo ao conformismo nivelador da sociedade, aquilo que Hannah Arendt qualifica como “o surgir do social”. Na fundamentação de sua tutela, entendo que Hannah Arendt oferece como critério para limitar o direito à informação o princípio de exclusividade. Esse critério, articulado nos seus textos *Reflections on Little Rock* e *Public rights and private interests*, é compatível com os preceitos kantianos de publicidade, por ela esposados, à medida em que a intimidade enquanto the right to be let alone não envolve direitos de terceiros.⁴¹

Como se trata de direito personalíssimo, deve ser uma opção do paciente a decisão de comunicar a família - e, posteriormente, se assim achar conveniente, a comunidade - acerca de seu quadro clínico. Não é, portanto, um direito do médico nem dos parentes, a não ser em casos excepcionais.

Na análise da abrangência do direito à intimidade na jurisprudência espanhola, Javier Pérez Royo esclarece que a tutela é-lhe conferida por se tratar de uma exigência cultural

⁴⁰ KIERKEGAARD, Sören. *O desespero humano*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 19.

⁴¹ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados* II (30), 1997, p. 55-65 [p. 63]. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2013.

vinculada ao conceito de dignidade humana, indispensável para haver uma qualidade mínima de vida, de forma a evitar intromissões ilegítimas à esfera estritamente particular das pessoas.⁴²

No Direito espanhol, em conformidade com o artículo segundo da Ley Orgánica n. 1/1982, a intimidade será protegida sob a perspectiva das "intromissões ilegítimas", mas a legitimidade ou ilegitimidade das mesmas é dependente, respectivamente, da concordância ou da falta de concordância do titular do direito, de tal forma que a pessoa possa controlar o acesso e a divulgação de informações de sua vida privada.⁴³

A ilegitimidade das intromissões podem ser reconhecidas, nos termos do artículo séptimo da referida Ley Orgánica, se forem decorrentes da obtenção indevida de informações relativas à vida íntima, se houver divulgação de fatos relativos à vida privada e íntima das pessoas e se houver a quebra de confiança, como na hipótese da revelação de dados privados conhecidos em razão da atividade profissional ou do agente público.⁴⁴

A quebra de confiança decorre, como se vê, da violação indevida do sigilo profissional, pois a informação de caráter íntimo foi obtida com o consentimento da pessoa, mas a sua divulgação pode representar desvio de finalidade se não houver a aquiescência quanto à publicação.⁴⁵

Não pode ser diferente no Brasil, porquanto o direito à intimidade também é orientado pela valoração normativa da dignidade da pessoa humana, tanto em face do disposto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, como em razão do estabelecido no art. 21 do Código Civil de 2002.

Por se tratar de direito à intimidade, a quebra da confiança também ocorre se houver a divulgação do quadro clínico do paciente pelo seu médico, ainda que seja para os familiares, se não houver a devida concordância do enfermo e se ele tinha perfeitas condições físicas e psicológicas de recebê-la.

⁴² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 395.

⁴³ ESPANHA. Ley Orgánica n. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado n. 115, 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 7 set. 2013. Cf. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 395.

⁴⁴ ESPANHA. Ley Orgánica n. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado n. 115, 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 7 set. 2013. Cf. também PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 396-397.

⁴⁵ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 397.

Os profissionais da área devem ser treinados para a transmissão adequada do diagnóstico ao paciente e, quanto à divulgação aos familiares, devem obter o respectivo consentimento da pessoa para tanto.

Apenas excepcionalmente, se for constatada a situação vulnerável do paciente (depressivo, idoso, debilitado, etc), a informação poderia ser dada somente aos parentes mais próximos.

Como se pode observar, normalmente deve prevalecer o direito à intimidade (direito de estar só), embora em casos excepcionais se possa decidir de forma diversa, com uma avaliação que, na verdade, embora seja feita pelos profissionais da saúde, diz respeito a direitos fundamentais e da personalidade envolvidos:

[...] O princípio de não causar maior dano físico ou psíquico ao paciente requer que se viole o da autonomia, fazendo com que a informação lhe seja sonogada ou, até mesmo, que se lhe oculte a verdade. Às vezes, uma mentira piedosa pode trazer benefício ao doente, mantendo-o vivo ou dando-lhe força para recuperar a saúde.⁴⁶

Não há um direito absoluto à intimidade, de maneira que a divulgação do diagnóstico poderá ocorrer como exceção. Se não existir, todavia, uma situação excepcional a justificar a divulgação do seu diagnóstico a terceiros, poderá ser causado um dano ao paciente.

A lesão aos direitos fundamentais e da personalidade pode ensejar responsabilidade, com o ressarcimento das perdas e danos materiais e morais ocasionados em decorrência da lesão à intimidade dos pacientes, consoante se observa na segunda parte da norma do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988⁴⁷ ou no art. 12 do Código Civil⁴⁸.

Há a possibilidade de responsabilidade, não importando, conseqüentemente, se a violação é ao direito fundamental à intimidade em razão da atividade do médico do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito público ou se a lesão ocorreu em relação ao direito da personalidade à intimidade ante a divulgação do diagnóstico pelo médico particular do paciente.

⁴⁶ KONRAD, 1987, *apud* DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469-470.

⁴⁷ "Art. 5º. [...]. X - 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". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: de 5 de outubro de 1988. 35. ed. MORAES, Alexandre de (Org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 7)

⁴⁸ "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei". (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. 2013)

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, podem-se extrair importantes constatações.

Receber o diagnóstico de uma patologia grave, que leve à morte ou afete gravemente o estado de saúde, é um dos momentos mais delicados da vida de uma pessoa. Alguns diagnósticos, muito mais do que outros, têm o poder de causar uma reviravolta na vida de quem se descobre doente. Da mesma forma, podem virar do avesso a situação de toda uma família.

Existem dois direitos que são costumeiramente desrespeitados, talvez por ingenuidade ou por pretensão de boa vontade, tanto pelos que estão próximos da pessoa diagnosticada doente como também pelo médico. São eles o direito à vida privada e à intimidade, que, embora possam ser confundidos e corriqueiramente andem juntos, são direitos distintos.

Ao elaborar a Constituição Federal, o Constituinte cuidou para que fossem garantidos direitos individuais e sociais decorrentes da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, deu-lhes a segurança de que tais direitos possam ser exigidos do Poder Público a todo e qualquer tempo. Também, nesta oportunidade, deixou explícitos os direitos de privacidade e de intimidade no art. 5º, inciso X. É sabido, no entanto, que não basta a previsão normativa para que os direitos tomem forma, pois se exige muito mais, e não apenas do Poder Público ou do Poder Judiciário em si, pois é necessária uma mudança social, de conceitos e valores, para que os direitos fundamentais sejam preservados também em uma relação horizontal, ou seja, entre os particulares.

Não se discute o direito ao tratamento digno, à saúde ou até mesmo à vida. Trata-se do respeito à intimidade e à privacidade do paciente, pois o que se traz à baila é, em regra, o direito do paciente de ter apenas para si o diagnóstico. Para isso, é mister que se compreenda o que pertence ao âmbito público e o que se refere à esfera da privacidade e mais restrita da intimidade, bem como o direito da pessoa doente de vê-la respeitada.

Não obstante os direitos aqui tratados sejam distintos, uma parte da doutrina confunde os conceitos de vida privada e intimidade. A intimidade, todavia, pertence a um âmbito mais reservado que a privacidade.

De um modo geral, o comunicado da manifestação de patologias supostamente incuráveis, e que por assim serem podem levar à morte, tem o poder de causar uma revolução

pessoal no diagnosticado e, inclusive, na vida de seus familiares. Há, contudo, que se ponderar o direito do paciente de manter apenas para si o diagnóstico.

Apenas excepcionalmente, em razão da condição física ou psíquica (de uma pessoa que for depressiva, idosa, debilitada, etc), é que o diagnóstico poderia ser sonegado ao paciente e divulgado aos seus familiares, mas apenas para evitar o agravamento da doença.

No mais, é necessário respeitar o seu “segredo”, aquele que se deseja mantido apenas e tão somente na intimidade do portador da doença, pois sequer há, muitas vezes, a vontade de compartilhar seu estado clínico em sua vida privada, tampouco com a comunidade em que a pessoa está inserida.

Destarte, a vontade do paciente de literalmente encontrar paz e equilíbrio na solidão deve prevalecer, mesmo sob os protestos de familiares e amigos. Há quem precise do silêncio de seus pensamentos para meditar a nova condição de sua pessoa, de compreender os novos processos pelos quais será submetido e de, neste momento, escolher, por si só, se quer se sujeitar a um tratamento, bem como de escolher determinado tratamento ao qual vai se submeter.

Mais que manter em sigilo o diagnóstico recém descoberto, o paciente tem o direito de mantê-lo em sua vida privada, e, quiçá, apenas e tão-somente em sua intimidade. Isto por ser uma informação personalíssima, que diz respeito apenas a si, embora reflita na vida dos familiares.

A intimidade e a vida privada são direitos da personalidade e, por assim serem, são natos e pertencem tão somente ao seu titular. Não podem ser cedidos ou tomados por terceiro. Por tal razão, deve ser uma opção do paciente a decisão de comunicar o seu quadro clínico à família e, posteriormente, se for o caso, à comunidade. Não pertence ao médico e a parentes.

Compartilhar o segredo de uma pessoa sem sua permissão é, automaticamente, lesioná-la em seu íntimo. Esse desrespeito, talvez, seja um dos mais graves à pessoa e à sua dignidade.

Essa dignidade é amplamente festejada pela sociedade, como conquista e alvo de inúmeros programas de promoção social. Inegavelmente, pende positivamente aos particulares, mas, sabidamente, é ineficaz se for tratada de forma isolada. Logo, proteger os direitos à privacidade e à intimidade, especificamente dos pacientes doentes, faz com que a dignidade seja (e será) preservada. Este resguardo não se dará tão somente perante o Estado ou a sociedade, mas também em seu círculo de convivência pessoal.

REFERÊNCIAS

AZUMA, Eduardo Akira. A intimidade e a vida privada frente às novas tecnologias da informação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 554, 12 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6168>>. Acesso em: 10 out. 2012.

BARBOSA, Antonieta. *Câncer, Direito e cidadania: como beneficiar pacientes e familiares*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988*. 35. ed. MORAES, Alexandre de (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *A Constituição na Visão dos Tribunais: interpretação e julgados - artigo por artigo*. Brasília: Saraiva, v. I, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANTALI, Fernanda Borguetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPOS, Aline França. Direito ao resguardo: imagem e vida privada. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, PR, v. 9, n. 1, jan./jun. 2009, [9 jun. 2009], p. 71-93. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1015/742>>. Acesso em: 24 out. 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

DRUMMONT, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Manual de la Constitución argentina*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999.

ESPAÑA. Ley Orgánica n. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Boletín Oficial del Estado* (BOE) n. 115, Madrid, 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196>>. Acesso em: 7 set. 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 1, n. 1, out./dez. 1992.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Retratos do Judiciário - sob os olhares do grande irmão, a proteção da intimidade. *Painel realizado na 56ª Feira do Livro de Porto Alegre no Santander Cultural*. Porto Alegre, 2010.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KIERKEGAARD, Sören. *O desespero humano*. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2001.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados* 11 (30), 1997, p. 55-65 [p. 63]. Disponível em: <<http://scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2013.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião de; DOMINGOS, Karen Franco. A liberdade de informação em contraposição aos direitos da personalidade: honra, imagem e privacidade. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, Maringá, PR, v. 8, n. 2, jul./dez. 2008, [8 dez. 2008], p. 437-471. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/891/674>>. Acesso em: 20 out. 2012.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, de vida e da morte*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TELES, Miguel Galvão. Direitos absolutos e relativos. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 649-676. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/447.pdf>. Acesso em: 6 set. 2013.