

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À INTIMIDADE E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA A PRESERVAÇÃO DO PACIENTE

Silvio Romero Beltrão¹

Renata Oliveira Almeida Menezes²

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos Humanos: origem dos direitos fundamentais. 3. Direitos fundamentais como decorrência dos direitos humanos internacionais. 4. Correlação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 5. Principais fontes históricas do Direito Civil no Brasil. 6. A construção dos direitos da personalidade. 7. A origem do direito à intimidade. 8. O direito à intimidade do paciente com base nos direitos da personalidade e desafios contemporâneos. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO



relação existente entre o homem e a “verdade” é explicada por duas correntes da antropologia: a antropológica, segundo a qual o ser humano é pleno e utiliza sua linguagem como meio para alcançar e descrever

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Médico pelo Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito de Olinda e pela Faculdade de Direito de Caruaru. Juiz de Direito e professor universitário.

² Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Especialista em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Advogada e professora universitária.

objetos do mundo, os quais existem independentemente dela; e a corrente retórica, que considera o ser humano carente, de modo que a verdade objetiva é formada pela linguagem decorrente de acordos linguísticos intersubjetivos, circunstanciais, temporários e autorreferentes, passíveis de rompimento (ADEODATO, 2012, p. 214).

Adotando-se a perspectiva retórica, será analisado neste artigo o processo que o conceito de intimidade percorreu e suas rupturas, para que se chegasse à atual concepção dessa espécie de direito da personalidade. É sob essa perspectiva que se pretende perquirir sobre quais os principais dilemas e empecilhos que os pacientes, sujeitos de direitos da personalidade, enfrentam para que seja eficaz a proteção jurídica da sua intimidade, especialmente na realidade da biotecnologia e da informatização do prontuário médico.

Verificar-se-á essa evolução iniciando-se a análise em fontes anteriores ao Código Civil de 1916, em seguida se tratará das modificações ocorridas sobre o tema com o seu surgimento; para se chegar à dinâmica atual desses direitos, conforme o Código Civil em vigor. Afora essa digressão histórica, serão analisados os novos desafios à proteção da intimidade no mundo contemporâneo, até se referir especificamente aos riscos atuais de violação dos direitos da personalidade dos pacientes, em busca de encontrar soluções em prol da manutenção da dignidade dos enfermos.

Para tanto, se utilizará o método de estudo qualitativo, por meio de observação, colheita e análise de dados bibliográficos e documentais sobre os direitos da personalidade, especialmente sobre a intimidade, utilizando-se da progressividade do método histórico; e far-se-á uso do método indutivo-dedutivo para a evolução biotecnológica aplicada à saúde e a automatização do processo clínico com a defesa da intimidade do paciente.

2. DIREITOS HUMANOS: ORIGEM DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS

A brevidade da história do direito internacional humanitário não impediu o surgimento de importantes acontecimentos. Contudo, somente no século XIX as nações conseguiram um consenso acerca do conjunto de regras internacionais a serem obedecidas no âmbito da celebração de uma convenção, destinadas a evitar sofrimentos inúteis (NAÇÕES UNIDAS, 2004, página irregular).

Para que a norma internacional atinja a pessoa privada, é necessário que o Estado a edite, obedecendo aos parâmetros indispensáveis para que seu conteúdo se torne exigível, ou seja, para que haja a individualização no plano interno. Mas, quando há omissão do Estado nesse sentido, o nacional fica impossibilitado de invocar a aplicabilidade da norma internacional. O mesmo não acontece com o estrangeiro que se encontra em tal Estado omissivo, visto que cabe a ele fazer uso da sua proteção diplomática, para que as prerrogativas que lhe são cabíveis em seu Estado de origem sejam aplicadas.

A “aliança objetiva” das jurisdições nacionais e internacionais, a qual busca uma união de pensamentos, procurando a unidade das jurisprudências internacionais, vem mostrando-se como uma opção louvável de aplicação de certas normas internacionais, principalmente daquelas referentes aos direitos do homem, tendo maior importância frente às fraquezas de alguns Estados (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 671).

Na medida em que são reconhecidos – principalmente no plano internacional – os direitos do homem mais a soberania estatal veem-se ameaçados. Mas, por tal motivo, raramente os Estados reconhecem uma proteção internacional aos direitos individuais, uma vez que esta se voltaria contra eles próprios. Os Estados tendem a ser mais flexíveis em aceitar uma regulamentação internacional que vise proteger os estrangeiros que se encontrem em sua esfera territorial do que em aceitar uma que

proteja seus nacionais (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 673). Isso se deve a uma lógica quantitativa, pois a proteção de um grupo de cidadãos definidos e caracterizados *a priori* ameaça menos a sua soberania do que a proteção de um conjunto mais numeroso de cidadãos, o conjunto dos nacionais.

Entre os anos de 1928 e 1929, com o projeto de Declaração dos Direitos Internacionais do Homem, foi iniciada a positividade dos direitos fundamentais no âmbito internacional. Seguiu-se da Carta das Nações Unidas, que foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, e entrou em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O preâmbulo dessa Carta discorre sobre os direitos fundamentais do homem, sobre a dignidade e o valor da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos civis e políticos tradicionais, bem como os direitos econômicos e sociais, foram consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a qual se constituiu numa “síntese entre a concepção liberal ocidental e a concepção socialista” (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 675), podendo ser considerada como a maior prova histórica de um consenso geral dos homens acerca de um sistema valorativo (BOBBIO, 2004, p. 47).

Apesar de Cury (2005, p. 8) defender que a mencionada Declaração se trata apenas de um aconselhamento, não consistindo em um conjunto de normas coercitivas, o texto em enfoque tem o mesmo valor jurídico das outras resoluções declarativas de princípios, adotadas pela Assembleia Geral. Os princípios que a proclamam podem, em sua maioria, ter valor de direito costumeiro.

Dois Pactos internacionais foram aprovados pela Assembleia Geral da ONU, no ano de 1966: um relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais; e outro referente aos direitos civis e políticos. Este segundo documento prevê a criação de um Comitê de Direitos do Homem, com composição de dezoito membros, a atuarem de maneira independente dos Estados.

Várias outras convenções de caráter protetivo aos direitos do homem foram adotadas pelas Nações Unidas, ou patrocinadas por esta Instituição.

Merece também destaque a convenção internacional datada de 1984, que tinha como objetivo evitar a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a qual entrou em vigor na ordem internacional em 26 de junho de 1987 (NAÇÕES UNIDAS, 1984, não paginado). É importante atentar para tal Convenção pelo fato de a tortura ser um dos maiores exemplos de negação arbitrária dos direitos humanos, já que suprime não só o princípio da dignidade humana, mas também a autonomia e a liberdade individuais, constituindo, portanto, em prática ilegítima, imoral e abusiva.

Nesse prisma, pode-se afirmar que há um sistema internacional cuja incumbência é a de proteger os direitos humanos, que engloba um sistema regional e um globalizado, “hoje numa fase de efetivação dessa proteção, no sentido de atribuir poder aos tribunais e também de proteger as etnomias.” (CURY, 2005, p. 10). Cumpre acrescentar que, para essa efetivação ser completa, deve-se prezar pela tutela da eficácia social dos direitos fundamentais do paciente terminal, no plano globalizado.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DECORRÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

A priori, os direitos fundamentais podem ser entendidos como limitações do Estado para benefício de particulares, no intuito de proteger estes do autoritarismo daquele, pois tal classe de direitos originou-se com as declarações de direitos provenientes de movimentos sociais de cunho democrático.

Com o advento do constitucionalismo, no final do século XVIII, a proteção ao indivíduo, principalmente devido à contribuição francesa com a Declaração do Homem e do Cidadão, intensificou-se de tal maneira que hoje pode ser encarada como

universal.

Essas prerrogativas, que são chamadas de “direitos individuais”, são sinônimas de “direitos humanos”, “direitos coletivos”, ou “garantias fundamentais”, e podem ser vistas como bens essenciais inerentes à pessoa humana, que a Lei Fundamental assegura a todas as pessoas e à sociedade como um todo, visto que, com o passar dos séculos, os direitos individuais foram perdendo a conotação exclusivamente individualista, dando espaço a uma dimensão social (BASTOS, 1994, p. 9).

Em sua generalidade, tal classe de direito consagra três valores constitucionais de suma importância: a democracia social, econômica e cultural; a liberdade; e a democracia política (CATÃO, 2004, p.70). Considerada em sentido estrito, trata-se de “um conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado.” (CURY, 2005, p. 1).

Aos direitos fundamentais foi atribuída uma relevância única pela Constituição de 1988, tendo em vista que o artigo 5º, o qual denota a intenção do constituinte em destacar tais direitos, compõe-se de setenta e sete incisos e dois parágrafos. São esses elementos que integram a identidade e continuidade da Carta Magna, estando, então, de acordo com o artigo 60, §4º, em posição inatacável por reforma constitucional que tenha a intenção de suprimi-los.

Sarlet (2001, p. 1) definiu os direitos fundamentais como sendo “a construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade”. Para Moraes (1997, p. 39), constituem um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, visando basicamente ao respeito a sua dignidade, protegendo-a contra o arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

No artigo 5º da Carta Maior, localizam-se, além dos direitos fundamentais, as garantias fundamentais, que, apesar de

terem correlação íntima com os primeiros, não se confundem com os mesmos. Enquanto os direitos são normas declaratórias, bens positivados pela norma jurídica, sendo essenciais à vida digna e em sociedade, as garantias são normas assecuratórias, sendo negativas por possuírem vedações a serem cumpridas pelo Estado em face dos cidadãos, e pelo indivíduo particular em face dos seus semelhantes.

Em sentido “genérico”, tanto as garantias fundamentais como os direitos fundamentais são considerados direitos, mas acrescente-se que a distinção reside no fato “de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente, fortes e rápidos para garantir os direitos individuais.” (BASTOS, 1994, p. 77).

A Carta Magna classificou os direitos e as garantias individuais em cinco espécies: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos a despeito da criação, organização e participação em partidos políticos.

Para a designação dos direitos fundamentais, diversas expressões são utilizadas pela doutrina, entretanto se faz preferível a expressão “direitos fundamentais do homem”, por abarcar os princípios que resumem a concepção de mundo, além de informar quais os ideais políticos do ordenamento jurídico (SILVA, 2006, p. 178).

Como decorrências da personalidade humana e da sua dignidade, surgiram os direitos naturais do homem, sendo estes inalienáveis e sagrados, desprovidos de restrição e com abrangência impessoal, já que não consideram atributos acidentais ou qualificações individuais. O motivo de tais direitos serem inerentes à pessoa humana reside no simples fato de esta ser dotada de razão, de modo que os direitos têm duração desde o nascimento com vida até a morte.

Os direitos que possuem posição topográfica no Título II

da Constituição Federal podem ser entendidos como sendo situações jurídicas que são tanto objetivas como subjetivas. Na qualidade de direitos objetivos – englobando as garantias individuais e os direitos que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo – os direitos fundamentais são formadores da base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático; na dimensão de direitos subjetivos, essas normas declaratórias aos titulares outorgam a possibilidade de imposição dos seus interesses em face dos órgãos obrigados (MENDES, 1999, não paginado).

Os direitos fundamentais do homem podem ser classificados como direitos constitucionais, por estarem inseridos no corpo da Carta Magna ou apenas por estarem expressos em declaração, contanto que esta seja emanada do Poder Constituinte e, em regra, as normas que os consubstanciam são de eficácia contida e aplicabilidade imediata (SILVA, 2006, p. 180).

4. CORRELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem o mesmo conteúdo, têm a mesma finalidade protetiva, convergindo as proteções no princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de serem tomados por alguns doutrinadores como sinônimos, na verdade eles se distinguem, por serem os direitos humanos frutos da evolução histórica dos direitos fundamentais.

Para Bonavides (1996, p.64), a única diferença existente entre tais direitos é de ordem terminológica, pelo fato de a expressão “direitos humanos” ser mais comum entre os latinos e os anglo-saxões, ao passo que a expressão “direitos fundamentais” é preferida pelos germânicos. Apesar de a gênese dos termos ser importante para a contextualização do significado implícito à terminologia, tão necessária para o alcance do entendimento pleno, importa salientar que essa diferença terminológica

se faz mínima frente à divergência e à abrangência dos direitos em questão.

Os direitos humanos são aqueles ligados à liberdade e igualdade positivados no plano internacional, independentemente de ordenamento jurídico-positivo interno. Já os direitos fundamentais, *a priori* podem ser entendidos como direitos humanos positivados no plano interno, sendo detentores de maior materialidade.

A consagração do reconhecimento dos direitos fundamentais para além da barreira dos Estados deu-se pelo surgimento dos direitos humanos, passando aqueles direitos a ser protegidos por organismos supranacionais, proteção esta advinda “do reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional.” (CATÃO, 2004, p.64).

Como um dos princípios fundamentais ao regimento das relações internacionais, das quais o Brasil faz parte, está assegurado, no artigo 4º, II da atual Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da prevalência dos direitos humanos, devendo, inclusive, os princípios que garantem tal preponderância ser intransigentemente respeitados no Estado Democrático de Direito.

Além do dispositivo supracitado, a Carta Magna aborda expressamente a questão dos direitos humanos, no artigo 5º, §3, ao conceder, aos tratados e convenções internacionais sobre esses direitos, equivalência de emenda constitucional; no artigo 109, V-A, ao conferir aos juízes federais competência para processar as causas concernentes a direitos humanos, quando houver grave violação de tais direitos; no §5 deste mesmo artigo, ao atribuir ao Procurador-Geral da República a competência de suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, quando da ocorrência de grave violação desses direitos; e no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever um tribunal internacional dos

direitos humanos.

5. PRINCIPAIS FONTES HISTÓRICAS DO DIREITO CIVIL NO BRASIL

Até o ano de 1857 as normas compunham um emaranhado, desorganizado, não eram aplicadas diretamente, necessitavam de intermédio de doutrinador para tanto, e é sob essa realidade que se podia constatar a forte influência do Direito Romano, Direito Canônico, Direito Português e do Direito Espanhol. O direito canônico serviu de intermediador entre o direito romano e o direito civil; em sede de Direito Espanhol merecem destaque as Ordenações Filipinas, por terem buscado afastar a influência do Direito Canônico, para reafirmar os princípios do Direito Romano não-cristão, cuja importância foi revalidada pela Lei da Boa Razão, em 1769; e trinta e cinco anos após a independência de Portugal, naquele país, em 1857, passou a vigorar um Direito Civil Português (NEVES, 2003, p. 15-22).

A possível autoconsciência de uma comunidade política se acentua quando ela é confrontada pelo Estado (SALDANHA, 2003, p. 11), e dessa autoconsciência decorre a necessidade de se pensar o Direito além da esfera pública, mas essa conquista foi paulatina, já que na Constituição de 1824 a garantia dos direitos civis e políticos constituíam uma promessa, a serem concretizadas pelo Código Civil e pelo Código Criminal.

Consolidação das Leis Civis, que serviu como base para o primeiro Código Civil brasileiro, preocupou-se em excluir normas contrárias à Constituição de 1824; propunha um Direito Privado Unificado, para unir Direito Civil e Comercial; fez proposição para que se adotassem dois códigos, um Código Geral – englobando causas jurídicas, pessoas, bens, fatos e efeitos jurídicos – e um Código Civil a tratar de efeitos civis, direitos pessoais e reais.

É sabido que José de Alencar, então ministro da Justiça,

foi contrário às ideias de Teixeira de Freitas, e apresentou novo esboço para o diploma, mas é incontestável que no Código de 1916 verifica-se a influência de Teixeira de Freitas devido ao excesso de boa-fé (NEVES, 2003, p. 33-35).

Após Teixeira de Freitas, outros juristas elaboraram suas proposituras, Nabuco de Araújo, Joaquim Felício. Coelho Rodrigues, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, mas a história evidencia que muitas ideias compatíveis com a lógica e com o ideal humanitário muitas vezes foram descartadas por motivos de cunho político, servindo para retardar a evolução de institutos extremamente caros ao progresso social.

Considerando-se “o direito como ação humana projetada sobre o futuro existencial, instável e indemonstrável. A adequação jurídica depende de problemas da vida de coexistência social, que surgem, ou que se prevêm” (CASTRO, 1985, p. 1), de modo que impende haver evolução do direito, principalmente em relação às questões existencial, conforme as demandas da sociedade em constante transmutação, para que não sacrifique a eficácia social dos seus institutos.

6. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com base na hominização dos indivíduos surge a consciência humana voltada para as necessidades concretas e sociais, de modo que a vida social passa a existir a partir do momento em que os homens passam a atribuir um significado à ordem grupal na qual vivem, de modo que o viver é forma de participar dessa organização (SALDANHA, 2003, p. 9-10). Com essa perspectiva de buscar um trato humanitário na prática do Direito, fruto da consideração de que deve se buscar a coerência e o máximo de homogeneidade em relação ao previsto nas diversas codificações que coexistem no país, em consonância com os direitos fundamentais estabelecidos no artigo quinto da Constituição

Federal de 1988, com o Código Civil de 2002 entrou em vigor a disciplina dos Direitos da Personalidade.

Em sede constitucional, encontram-se princípios e direitos fundamentais que objetivam a promoção e defesa da personalidade, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*), bem como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X).

No discurso proferido por Reale (2002, não paginado) ao então Presidente Fernando Henrique Cardoso, na solenidade de sanção do projeto de lei que institui o Código Civil Brasileiro de 2002, afirmou-se o embasamento de tal ordenamento nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, o que demonstrava uma nova estrutura cultural formada por novos valores sociais e marcada por avanços científicos e tecnológicos, em contraste com a realidade essencialmente patriarcal e agrária característica quando da criação do Código Civil de 1916. No dizer do jurista, a nova Lei Civil “é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial.”

O Código Civil de 2002 foi elaborado com base no ofício Diretrizes Fundamentais, elaborado por uma comissão designada para tanto, coordenada por Miguel Reale, e teve como relator Ricardo Fiuza.

O vigente Diploma Civil decorreu da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e merece destaque, no rol das inovações, a presença do capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, categoria da qual o legislador se ocupou pela primeira vez. O capítulo é composto de onze artigos, com posição topográfica de destaque, já que se delinea do artigo 11 ao 21, refletindo parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana.

Mister destacar a ressalva feita por Bittar (1995, p. 22-23), ao alertar que “a matéria, versada de modo expresse e

sintético no novo código, continua ganhando maior espectro de projeção fora da codificação do que dentro dela. Sabendo-se que os direitos da personalidade são os direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado”. Na parte geral, que fora escrita por Moreira Alves, os direitos fundamentais presentes nesse código se diferenciam das normas previstas no artigo 5 da Constituição, por terem aplicação direta e imediata nos fatos da vida social (NEVES, 2003, p. 67-68).

Em sede infraconstitucional, ainda na esfera cível, várias leis esparsas também cuidaram de positivizar a matéria, tais como: a Lei nº 9.434/1997, atinente ao transplante de órgãos; a Lei nº 9.610/1998, que protege o direito moral do autor; a Lei nº 9.279/1996, referente aos direitos sobre a propriedade intelectual, dentre outras. No âmbito penal, são verificáveis no Código Penal brasileiro diversos dispositivos no intuito de proteger os direitos da personalidade, por meio da tipificação de condutas que atentem contra eles, a exemplo do homicídio (art. 121); do infanticídio (art. 123); da difamação (art. 139); e da violação de correspondência (art. 151).

Para Reale (2004, não paginado), os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa, como atributo indispensável à sua constituição. Para França (*apud* CATÃO, 2004, p. 103), esses direitos são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Pinto (2004, p. 71) os conceitua como “um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade”. E para Gomes (1998, p. 153):

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte

dos outros indivíduos.

Prevalece na doutrina o entendimento de que os direitos da personalidade são subjetivos, apesar de receberem um tratamento jurídico privilegiado se confrontados com os outros direitos enquadrados na mesma categoria, pois, na verdade, a polêmica acerca da natureza jurídica reside não no conceito de “direitos da personalidade”, mas, sim, no de “direitos subjetivos”, visto que esta última categoria foi moldada para a tutela do direito de propriedade, exercendo o papel de mais uma garantia do indivíduo frente ao Estado, no intuito de ter a circulação econômica preservada.

Gonçalves (2005, p. 153) afirma que o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, por ser reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, e da Convenção Europeia de 1950, apesar de a preocupação com os direitos humanos se fazer presente desde a Antiguidade, sendo reforçada com a eclosão do Cristianismo.

Além de classificarem os direitos da personalidade como subjetivos, há autores que acrescentam outros termos à denominação, como se pode verificar abaixo, respectivamente, nas lições de Pinto (2004, p.71), que os qualifica como direitos subjetivos especiais, e nas de Lopes (*apud* CATÃO, 2004, p. 106), que os toma como direitos subjetivos não patrimoniais:

Como direitos subjetivos especiais, os direitos da personalidade [...] geram responsabilidade civil e são protegidos por todos os meios judiciais, nomeadamente pelos procedimentos cautelares, destinados a evitar ameaças de violação ou a atenuar os efeitos da ofensa. Esse princípio geral tem uma limitação óbvia: a violação ou ameaça tem de resultar de um fato considerado ilícito no juízo de censurabilidade do julgador. [...] Assim, a qualificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos especiais só fica completa se acrescentarmos “ofendidos por fato ou ato ilícito”.

[...] são definidos pelo seu objeto especial, consistente nos elementos constitutivos da personalidade do titular, tomada sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social.

Enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurados ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais. Representam uma espécie de faculdade de conjunto, inerente ao homem, e contendo, em potência, os diversos direitos que realiza pela sua vontade.

A positivação da classe de direitos em questão os torna exigíveis por todas as pessoas e demonstra a independência dos mesmos, frente aos direitos patrimoniais – dotados de conotação econômica –, bem como evidencia a supremacia da dignidade da pessoa humana, que figura como o valor máximo do ordenamento. A importância dos direitos da personalidade reside na supremacia dos seus objetos de tutela, os quais são as características de maior relevância da personalidade. Para tanto, é assegurada por força do artigo 12 do Código Civil, tanto a tutela jurisdicional inibitória ou preventiva quanto a tutela ressarcitória. São direitos dotados de natureza jurídica subjetiva, apesar de ter como conteúdo os valores e bens essenciais da pessoa humana, incluindo aspectos morais, intelectuais e físicos.

7. A ORIGEM DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à privacidade antecede o *Bill of Rights* (datado de 1689), pode ser encontrado em alguns dos códigos mais antigos, nos mais influentes escritos filosóficos e nas tradições; podendo-se apontar, inclusive, na Bíblia, ao se falar da vergonha sentida por Adão e Eva, pela violação da privacidade; bem como no caso da violação da privacidade por Noé, em relação à nudez do seu pai (KONVITZ, 1966, p. 272). Apesar de serem notórias as diferenças existentes entre os conhecimentos científicos e os religiosos e mitológicos, a importância destes serve para se ilustrar como a proteção da intimidade vincula-se a ideia de fazer o bem, de individualidade, e evidencia quão transcendental e interdisciplinar são os valores protegidos por esse direito.

Na Suprema Corte Americana, o principal caso precursor

sobre o assunto foi o de *Griswold versus Connecticut*, em que se julgou uma proibição contida na Lei de Comstock, destinada a evitar o uso de métodos contraceptivos, com base na Constituição do país, e no *Bill of Rights*, a lei foi invalidada por contrariar a privacidade conjugal, tutelando, pois, as práticas íntimas.

Considerando-se que os direitos representam esforços autoritários para definir e influenciar o relacionamento entre as pessoas, pode-se constatar pelo menos três categorias de reivindicações que existem no conceito legal de privacidade, entendida como a liberdade ou o poder legalmente reconhecido de um indivíduo - grupo, associação, classe - para determinar até que ponto outro - grupo, classe, associação ou governo - pode: a) obter ou fazer uso de suas ideias, escritos, nome, semelhança ou outros indícios de identidade; b) obter ou revelar informações sobre ele ou seus dependentes; c) interferir fisicamente ou de maneiras mais sutis, em seu espaço de vida e suas atividades escolhidas (BEANEY, 1966, p. 253-254). Verifica-se que em todas as acepções há na intersecção uma proteção contra ingerência alheia desmensurada ou sem fundamento.

A tutela da intimidade iniciou-se a partir do século XIX, inserta na questão mais ampla da proteção da personalidade, só passou a ser pensada a partir do momento em que a população cresceu, e deixou de ser excentricidade a necessidade de estar só (FERNANDES, 1977, p. 12-13).

Entretanto, há autores como Wagner (1965, p. 365-366) que apontam que a origem da proteção da intimidade ocorreu no ano 1348, na Inglaterra, em sede de *common law*, e se trata de uma espécie antiga do instituto, anterior àquela do sistema americano. Esse caso concreto, entre I. de S. e esposa versus W. de S., iniciou-se com uma abordagem do acusado em uma taverna, na tentativa de comprar um vinho. O texto rebuscado do julgado remete a duas interpretações, a primeira, segundo a qual houve agressão à esposa de I. de S., que se recusou a efetuar a venda e pediu que parasse de bater à sua porta, de modo que se

configuraria a agressão típica dos delitos civis do direito anglo-saxão; e uma segunda, segundo a qual o juiz considerou que não houve a agressão propriamente dita, tendo desobedecido a inviolabilidade da pessoa e sua tranquilidade moral, e até, pela primeira vez, mencionou a violação ao direito à intimidade, que passou a figurar pela primeira vez nos anais judiciais. Entretanto, há que se apontar que durante os quatro séculos e meio seguintes, o direito à intimidade não foi mencionado pelas Cortes dos Estados Unidos e da Inglaterra.

Não é uníssona, é até minoritária, a opinião de que o caso inglês realmente pode ser tido como o precursor, justamente por o julgado dar margem a interpretações dúbias, e estar escrito de forma rebuscada, carecendo de certeza sobre se realmente o que fora decidido tem o mesmo viés da proteção atual, ou se, na verdade, se abordou mais um caso de agressão típica, e a evolução do pensamento atual induz a interpretação construtiva, demasiadamente comprometida com a aceção atual, e pouco fidedigna do ponto de vista histórico. Por tais motivos, prefere-se apontar como antecedente o caso *Griswold versus Connecticut*.

8. O DIREITO À INTIMIDADE DO PACIENTE COM BASE NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

No rol dos direitos da personalidade, mostram-se de grande importância os que dizem respeito ao resguardo da privacidade, os quais em âmbito constitucional figuram entre os direitos e garantias individuais contidos no art. 5º, X, da Constituição Federal, e que no plano privado, na qualidade de direitos da personalidade, passam por distintas classificações doutrinárias.

A título de exemplificação, Lôbo (2015, p. 139) entende ser o direito à privacidade gênero, no qual se incluem as espécies: direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem.

Em contraposição, Bittar (1995, p. 102) entende ser o direito à intimidade o gênero, que engloba o resguardo à privacidade, à imagem, ao segredo, entre outros. Sobre as divergências, Lewicki (2003, p. 31) sintetiza que esses direitos se tratam de um conglomerado que abrange interesses diversos interligados à proteção da vida privada.

O direito à privacidade consiste em uma afirmação da importância de resguardar certos aspectos da pessoa individual e da sua liberdade, contra conduta intrusiva não razoável por parte de outros; é resultado de uma série de respostas favoráveis às reivindicações resultantes de situações de envolvimento conflitantes no mundo real (BEANEY, 1966, p. 254).

A amplitude do conceito de privacidade não comporta uma definição exaustiva, mas diz respeito a uma esfera dentro da qual todos podem esforçar-se para livremente desenvolverem suas respectivas personalidades (KILKELLY, 2013, p. 10). Adotando-se a primeira classificação mencionada, entende-se que a espécie direito à intimidade concerne a acontecimentos, fatos e situações que a pessoa pretende manter sob seu domínio exclusivo, incluindo-se sob a sua tutela os dados e documentos cuja revelação seja capaz de causar constrangimento (LÔBO, 2015, p. 140).

A demarcação de limites entre o que é público e o que é privado começou com o próprio homem e não tem perspectiva de acabar, já que se relaciona com a sua própria natureza. O homem se transcende constantemente, e nesse processo descobre em si novas dimensões, novas alturas e novas profundidades, chegando a alcançar eminências nunca antes sonhadas, e humilhações inéditas (KONVITZ, 1966, p. 274-275), como as que surgiram após a chegada da internet e as causadas pela revolução biotecnológica.

Do mesmo modo que o homem precisa das zonas de privacidade, que são reconhecidos por disposições constitucionais expressas, também as garantias constitucionais geram sub-

garantias, já que processo de transcendência não pode ser arbitrariamente contido (KONVITZ, 1966, p. 277). Todos os direitos derivam da dignidade da pessoa humana, já que ela é a base de toda Lei Fundamental e de toda regulação acerca dos direitos humanos, de modo que admitir esse princípio implica aceitar previamente a existência tanto de uma juridicidade quanto de uma normatividade pré-estatais, antecedentes à Constituição, a fim de garantir que todo direito positivado na lei se baseie nesse princípio (CASTAÑEDA, 1996, p. 103-104).

Considerando-se que o direito à intimidade é espécie de direito da personalidade, e que para ser titular desse direito basta ser pessoa, é evidente que o fato de alguém ser acometido de doença não lhe nega a sua titularidade, de modo que se pode afirmar que os pacientes são sujeitos dos direitos da personalidade, e que principalmente a intimidade deve ser respeitada em âmbito clínico e hospitalar.

Na ‘Sociedade da informação’ compreendida enquanto realidade em que se impulsiona a comunicação, apesar de nem toda mensagem consistir precisamente em informação (ASCEN-SÃO, 2001, p. 87), o direito à intimidade visa salvaguardar do conhecimento alheio e sinais mais profundos do ser, da vivência e dos sentimentos, e se encontra em risco diante da circulação de dados pessoais.

Apesar de ter tido sua gênese na questão clássica da inviolabilidade do domicílio, evoluindo ao sigilo de correspondência e comunicações em geral, ao direito de segredo profissional, resultou em um direito dotado de autonomia e que fomenta a construção e desenvolvimento da personalidade, pautando-se na dignidade da pessoa humana (PEZZELLA; GHISI, 2015, p. 3-4).

O reconhecimento da autonomia desse direito não o desvincula dos correlatos, posto que principalmente os direitos à proteção de dados e o segredo profissional mostram-se meio para que se consiga alcançar os objetivos do direito à intimidade,

principalmente quando se analisa a sua aplicabilidade em âmbito hospitalar, e a sua importância é tanta, que a violação do sigilo se trata de conduta ilícita tipificada no artigo 154, do Código Penal. Verifica-se que a proteção de dados demanda uma conduta ativa do médico e da estrutura hospitalar ou clínica onde atua, para providenciar o suporte necessário para que a ação omissiva, de sigilo médico, seja resguardada. Por serem direitos decorrentes do mesmo tronco principiológico, por serem subjetivos e compartilharem das mesmas características, mostra-se incontestável a relação intrínseca entre eles.

O direito ao segredo destina-se a conservar de modo completamente inacessível ao conhecimento dos outros, certas manifestações, assegurando-o tanto no tocante às correspondências, quanto no tange a outros documentos, públicos ou privados, que não se enquadrem nesse conceito (CUPIS, 2008, p. 158 et. 169). Sob o mesmo viés protetivo dos bens intrínsecos à moralidade do paciente, mostra-se de grande relevo se sustentar que a proteção de dados pessoais apresenta uma nova faceta do direito à privacidade, indo além da imposição de abstenção alheia de ingerência, mas, dotando o seu titular de garantia ativa para comandar a gestão e o acesso das suas informações.

Nessa acepção, reconhecendo-se que face aos riscos evidentes causados pelo progresso tecnológico, paralelamente se desperta a consciência acerca da possibilidade de deter tal evolução, mesmo sabendo-se que os prognósticos das suas consequências não são exclusivamente positivos (RODOTÁ, 2003, p. 41-42), merece destaque o direito à proteção de dados, como direito instrumental para a proteção tanto da privacidade, quanto da intimidade, na sociedade informatizada.

Nesse sentido, Schreiber (2013, p. 135) expressa que o desenvolvimento tecnológico e a multiplicação de mecanismos para colheita, armazenamento, processamento e utilização da informação estimula tanto a massificação dos contratos, quanto o aumento exponencial dos dados na sociedade contemporânea.

De modo que Moraes e Konder (2012, p. 267) atestam que dentre os aspectos da personalidade, certamente a privacidade é o que sofreu as transformações mais radicais, como resultado do desenvolvimento das tecnologias invasivas e da curiosidade da sociedade civil no tocante à vida particular das pessoas.

Em face dessa realidade, pode-se dividir a problemática da privacidade em duas dimensões: uma procedimental, que se ocupa da obtenção e do tratamento do dado pessoal; e a substancial, que se debruça sobre o uso que se faz do dado pessoal, implicando, em várias hipóteses, em violações a outros direitos da personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 138). Ambas as dimensões interessam para a análise dos dados presentes nos processos clínicos.

É inerente aos médicos o dever de documentação, para Pereira (2004, p. 526-527) a obrigação de documentação constitui um dos aspectos resultantes do dever de informação, e exige que o médico possibilite prova indiciária por meio da diligente redação dos dados clínicos. Ademais, estabelece a influência de tais dados na carga probatória, posto que será cabível responsabilização do médico em caso de subtração ou alteração de documentos que seriam importantes para solucionar controvérsias; bem como, quando houver redigido de forma inexata ou incompleta os dados clínicos. Tal obrigação mostra-se condizente com os valores fundamentais da medicina, já que segundo Price (2012, p. 99) figuram nesse rol o valor da verdade.

Conforme estabelece o Código de Ética Médica brasileiro, no artigo 87, ao dispor que é dever do médico elaborar prontuário, contendo os dados clínicos necessários para a boa condução do caso; devendo ser atualizado a cada avaliação; permanecendo sob guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente. Conforme se verifica, não se especifica se a sua estruturação deve ser física, em papel, ou informatizada, de qualquer forma servirá para subsidiar a continuidade e a verificação do estado evolutivo dos cuidados de saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituir que a proteção da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental basilar do constitucionalismo não basta à sua concretização, nem em âmbito privado, muito menos em matéria de direito constitucional internacional. Nesse sentido, verificou-se que a construção dos direitos fundamentais remonta às declarações internacionais de direitos humanos, e que até na atualidade restam desafios contemporâneos, reajustados e transmutados, para garantir a eficácia social dos princípios fundamentais, especialmente da dignidade.

Ao se contrastar a progressão dos direitos dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade, constatou-se uma compatibilidade de ideais, ao mesmo tempo que se evidencia a necessidade de setorizar e desmembrar a proteção privada da pública, para garantir uma melhor realização dos valores que impõem na sociedade.

Ao se analisar a evolução histórica do direito civil viu-se quão antiga é a preocupação com a tutela da intimidade, ao mesmo tempo em que injustificável se mostrou a marcha lenta da sua instituição enquanto espécie de direito da personalidade.

Analisou-se a importância da proteção da privacidade, e principalmente da intimidade, especialmente no que tange os sujeitos de direito que se encontram em estado de vulnerabilidade, especialmente aqueles acometidos de enfermidade e sujeitos a um tratamento hospitalar ou clínico.

Viu-se que a revolução biotecnológica ao mesmo tempo em que facilita e cria novas possibilidades de cuidados médicos, pode ensejar novos riscos ou agravamento dos riscos já existentes, e que a instituição de prontuário eletrônico e processos afins reforçam a necessidade de se preservar a intimidade do paciente, merecendo atenção especial por parte do Direito, pois não há que se falar em progresso, se a sociedade de informação sacrificar os

direitos mais caros à humanidade.



REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. História das idéias jurídicas no Brasil: metodologia de estudo. In: SALDANHA, Nelson et all. (Coords.). *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre o direito da internet e da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BEANEY, William M. The right to privacy and american law. In: HAVIGHURST, Clark C.; EVERETT, Robinson O. *Law and contemporary problems*. Duke University, Vol. 31, n. 2, Durham, North Carolina, 1966.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL . *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 ago. 2017.
- _____. *Lei 8.078 de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- _____. *Lei 13.105 de 2015*. Disponível em: <

- 2018/2015/lei/113105.htm> . Acesso em: 04 ago. 2017.
- CATÃO, Marconi do Ó. *Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: WVC editora, 2004.
- CASTAÑEDA, Ilva Myriam Hoyos. Los derechos Humanos: Expresión de la reuperación de la dignidad de la persona humana em uma época de crisis. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, Colômbia, nº. 5, 1996. Disponível em: <www.dialnet.com>. Acesso em: 1 ago. 2017.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em Direito Privado Nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso César Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.
- CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde – Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DINH, Ngyen Quoc; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa, 2º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro; Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KONVITZ, Milton R. Privacy and the law: a philosophical prelude. In: HAVIGHURST, Clark C.; EVERETT, Robinson O. *Law and contemporary problems*. Duke University, Vol. 31, n. 2, Durham, North Carolina, 1966.
- KILKELLY, Ursula. *Le droit au respect de la vie privée et familiale: um guide sur la mise de ouvre d l'article 8 de la Convention européenne des Droit de l'Homme*. Allemagne: Conseil de l'Europe, 2003.
- LAURENT, F. *Principes de Droit Civil: ouvrage couronné au*

- conours quinquenal des sciences morales e politiques. Tome 1, 3 ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1878.
- LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo I. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. [S. l.], [1984?]. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos*. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos, [S. l.], n. 13, 2004. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_13.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- NEVES, Geraldo Oliveira dos Santos. *Código Civil Brasileiro de 2002: Principais Alterações*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora,

2004.

- PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. A manipulação de dados pessoais nas relações de consumo e o sistema “crediscore”. *Civilistica.com*. a. 4. n. 1. 2015.
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade. *Revista. CEJ*, Brasília, n. 25, p. 70-73, abr./jun. 2004.
- PRICE, Jorge Merchán. *Ética médica, abusos y atropellos*. Bogotá: Ediciones de la U, 2012.
- REALE, Miguel. *Discurso do Prof. Miguel Reale em solenidade de sanção do projeto de lei que institui o novo Código Civil Brasileiro*. [S.l.], 2002. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- _____. *Os direitos da personalidade*. [S. l.], 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades, 2008.
- SILVA, Clóvis Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação*

Legislativa. N. 97. Brasília, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

US SUPREME COURT. *Justia*. Griswold v. Connecticut 381 US 479. 1965. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/#annotation>> . Acesso em: 13 aug. 2017.

WAGNER, Wienczyslaw J. Le « droit à l'intimité » aux Etats-Unis. In: *Revue internationale de droit compare*. Volume 17. Numéro 2. 1965.