

Eu Não Quero Saber! Uma Defesa do Direito de Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade

Lucas Miotto Lopes*

University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia

1. Introdução

Em 2011 o Superior Tribunal de Justiça julgou um curioso caso de danos morais¹. Fernando Villas Boas, a pedido de seu médico, realizou exames no hospital Albert Einstein em São Paulo, entre eles o Colesterol, Triglicérides e o anti-HCV (exame para a investigação de Hepatite C). Ao divulgar os resultados, o hospital informou a Fernando, e somente a ele, o resultado de exame diverso do solicitado por seu médico: em vez de informar o resultado do exame anti-HCV, informou o de exame anti-HIV, no qual constatou que Fernando era soropositivo. Em virtude disso, Fernando ingressou com uma ação de danos morais e materiais (que após os recursos chegou ao STJ) alegando que o hospital, ao divulgar o resultado de exame diverso do solicitado, violou o seu direito de “não ter o conhecimento da sua real situação de saúde”².

* Doutorando em Teoria do Direito pela University of Edinburgh. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Contato: l.miotto-lobes@sms.ed.ac.uk.

Agradeço à Caitlin Mullholand e Fábio Leite pelas discussões sobre o tema que inspiraram a elaboração deste artigo. Também agradeço ao Matheus Silva, Fábio Shecaira, Pedro Chrismann e Marcelo Brando por terem feito comentários escritos em versões anteriores do texto e aos comentários feitos pelos pareceristas anônimos.

1 RESP 1.195.995.

2 MULLHOLAND, 2012, p.1.

Apesar de Fernando não ter sido bem sucedido na ação, o caso levantou questões teóricas pertinentes quanto ao escopo do direito à privacidade e quanto à suposta existência de um novo direito, nomeadamente, o direito de não saber. Algumas dessas questões foram abordadas por Caitlin Mullholland no artigo intitulado “*O direito de Não Saber como Decorrência do Direito à Intimidade*” no qual defende uma concepção mais ampliada do direito à privacidade que abarcaria o direito de não saber.

Neste artigo pretendo me opor a alguns dos argumentos da autora em favor da ampliação do direito à privacidade e defender que a existência do direito de não saber depende de algumas qualificações. No entanto, não pretendo discutir os aspectos jurídicos do caso citado, tais como o nexo de causalidade e a adequação da decisão em relação aos danos morais. Meu foco é investigar as bases teóricas do suposto direito de não saber, portanto este é um trabalho de teoria do direito e filosofia moral e não uma análise jurídica pormenorizada. Sigo a seguinte estrutura: na seção (2) faço uma análise do direito à privacidade para, na seção (3), distingui-lo do direito de não saber. Defendo que há duas razões para distinguir o direito de não saber do direito à privacidade: a sua direção da informação é distinta da do direito à privacidade e o seu âmbito é maior que o do direito à privacidade. Também faço algumas qualificações do direito de não saber e discuto esparsamente o caso julgado pelo STJ para analisar a plausibilidade de alguns argumentos favoráveis e desfavoráveis à existência e aplicação do direito de não saber.

2. O Direito à Privacidade: o valor protegido e a direção da informação

O direito à privacidade intuitivamente parece referir a um certo espaço exclusivo que possuímos em relação ao qual decidimos quem pode ou não ter acesso a ele e ao que lá se encontra. É claro que esse é um modo muito rudimentar de caracterizar o direito à privacidade, mas ainda assim parece captar alguns aspectos importantes que merecem um desenvolvimento mais cuidadoso.

O primeiro aspecto relevante é que o direito à privacidade parece envolver certo espaço exclusivo que possuímos. Essa afirmação pode ser interpretada de algumas formas diferentes. A primeira forma de interpretar essa afirmação é a de que ela se refere a algum *espaço físico* exclusivo que possuímos. O problema dessa interpretação é que é muito fácil achar

contraexemplos a ela e que não parece captar a intuição central do que usualmente acreditamos ser a privacidade. Um contraexemplo imediato a essa interpretação é o de que algumas pessoas não possuem qualquer espaço físico exclusivo, de modo que se interpretada dessa maneira, a conclusão seria a de que essas pessoas não têm direito à privacidade, o que não parece ser verdade³.

Um modo distinto de interpretá-la é que na verdade esse espaço exclusivo que possuímos se refere aos nossos pensamentos e desejos mais íntimos. Isso não ajuda muito, pois essa interpretação é restritiva demais. É verdade que possuímos pensamentos e desejos íntimos, mas dizer que o direito à privacidade se refere à proteção dos nossos pensamentos íntimos seria trivializar a discussão, uma vez que se estaria a proteger algo que *prima facie* não precisa de proteção, já que é inacessível. O que parece que queremos nos referir quando falamos em espaço exclusivo é que queremos ter resguardadas algumas informações que poderiam ser acessadas por outras pessoas, mas que devido ao seu conteúdo esse acesso não deve ser permitido a não ser quando determinadas condições sejam satisfeitas, por exemplo, quando houver consentimento.

O espaço exclusivo, portanto, está mais relacionado com algumas informações, fatos e eventos da vida privada da pessoa. O problema é que definir a privacidade desse modo ainda não deixa as coisas muito claras, pois o conceito de vida privada não é nada ilustrativo: ainda é preciso saber que informações, fatos e eventos fazem parte da vida privada e quais não fazem. Um modo de fazer isso é identificar os valores ou o valor que o direito à privacidade visa a proteger.

Há pelo menos dois tipos de soluções para esse problema, as reducionistas e as coerentistas⁴. Os reducionistas defendem que aquilo que chamamos “privacidade” não é um direito distinto, mas apenas um modo de se referir a alguns valores protegidos por outros direitos morais que guardam alguma semelhança entre si. Assim, poderíamos sem qualquer prejuízo eliminar o nosso discurso sobre o direito à privacidade e tratar cada caso

3 Note-se que há uma distinção entre *ter privacidade* e *ter direito à privacidade*. Uma pessoa pode não ter *privacidade*, pois está em um local repleto de pessoas a observando, mas daí não se segue que ela não tenha *direito à privacidade*. Essa distinção mostra que definir o direito à privacidade em termos de espaço físico exclusivo não é uma boa saída, pois é concebível uma situação em que as pessoas não tenham um espaço físico exclusivo sem que percam a titularidade ao direito à privacidade.

4 Essa distinção é feita em DECEW, 2012

exclusivamente com o direito que protege o valor em causa. Por exemplo, em alguns casos o suposto direito à privacidade é apenas um direito à propriedade, em outros é apenas um direito à honra e assim por diante.

Um dos problemas com a tese reducionista é que ela de fato elimina o direito à privacidade, mas só consegue fazer isso caso amplie demais o escopo dos outros direitos. Por exemplo, aparentemente eu não tenho um direito de propriedade sobre aquilo que eu converso com a minha namorada. Se ela expuser ao público algumas de nossas conversas sem o meu consentimento, não parece que ela está ferindo o meu direito de propriedade sobre a informação contida na conversa. Nem mesmo, em certos casos, há violação de meu direito à honra. Pode ser o caso de ela, desconfiada, ter acessado as minhas mensagens pessoais e, por acidente, ter divulgado em uma rede social o conteúdo ali presente. Porém, pode ser o caso de o conteúdo ali presente não conter qualquer informação que me leve a algum constrangimento. Parece, portanto, que o único modo de a redução ser eficaz é dar um âmbito maior aos outros direitos, o que seria *ad hoc*, pois é motivada unicamente para excluir o direito à privacidade do nosso discurso sobre direitos. O reducionismo também tem dificuldades para explicar como um caso de escuta telefônica representa a violação de qualquer outro direito que não o direito à privacidade.

Já a tese coerentista é a de que o direito à privacidade protege um valor moral específico irreduzível àqueles valores protegidos por outros direitos. Essa é a concepção mais tradicional do direito de privacidade e é dela que me ocuparei aqui, pois não há consenso sobre qual é o valor que o direito da privacidade protege.

Apresento três concepções coerentistas sobre o valor que o direito à privacidade protege: a) o valor de ser deixado só⁵; b) o controle e acesso à informação pessoal⁶; e c) as relações sociais⁷.

A primeira dessas concepções – o valor de ser deixado só – não é plausível. Há pelo menos duas objeções que ela enfrenta⁸: a de ser ampla demais e a de ser restrita demais. Ela é ampla demais, pois parece que a violação de quase qualquer direito de uma pessoa pode ser também uma

5 WARREN & BRANDEIS, 1980.

6 Cf. GAVISON, 1980 e PARENT, 1983.

7 RACHELS, 1975.

8 Cf. THOMSON, 1975, p. 295.

violação ao valor de ser deixado só. Por exemplo, quando alguém que está sozinho lendo jornal em uma praça é abordado por um assaltante, tem o seu valor de ser deixado só violado sem, no entanto, ter o seu direito à privacidade violado. Já essa concepção é restrita demais, pois o valor de ser deixado só não é violado quando, por exemplo, um grupo de espionagem se utiliza de aparelhos de alta tecnologia para espioná-lo à distância sem qualquer perturbação. Porém, nesse caso parece que a privacidade ainda assim é violada⁹.

A segunda concepção já parece mais plausível. De acordo com ela a privacidade protege o valor de não ter informações pessoais divulgadas a não ser quando haja consentimento. Há uma distinção importante entre *informação documentada* e *informação não documentada*¹⁰. Informação documentada é aquela que consta em registros públicos, enquanto informação não documentada é aquela que não consta em registros públicos. O valor protegido pela privacidade, segundo essa concepção, portanto, se refere unicamente às informações não documentadas, pois as informações documentadas têm caráter público. O problema com essa tese é que a pessoa pode ter o interesse em que algumas informações documentadas não sejam divulgadas ao léu, pois essas informações podem ter um certo conteúdo privado. Por exemplo, uma pessoa que realizou cirurgia de mudança de sexo pode ter o interesse de que as informações contidas nos registros públicos com referência a seu sexo anterior não sejam divulgadas publicamente, mas que só sejam acessíveis, por exemplo, aos que possuam uma ordem judicial ou uma autorização expressa para acessá-la. Acessar essas informações, ainda que documentadas, pode ferir o direito à privacidade dessa pessoa¹¹.

A terceira concepção é a de que o direito à privacidade visa a proteger as relações sociais. De acordo com essa concepção, o direito à privacidade é importante porque nos permite escolher com base no tipo de relação social que estabelecemos com as pessoas o tipo de informação que iremos compartilhar, isto é, podemos escolher se iremos ter uma relação social superficial com alguém, ao só compartilhar informações pessoais superficiais, ou

9 Esse exemplo é de THOMSON, 1975, p. 306.

10 PARENT, 1983, p. 269.

11 Outro problema com essa tese é que há informações documentadas que não tem caráter público, por exemplo, informações de segurança nacional e processos judiciais que seguem em segredo de justiça.

se queremos ter uma relação mais profunda e compartilhar mais informações pessoais com essa pessoa. Essa tese abrange quaisquer tipos de informações pessoais, sejam elas relativas à minha conta bancária e profissional até informações relativas à minha vida sexual, obviamente excluindo as informações sobre práticas ilícitas, por exemplo, a informação de onde se esconde um determinado estuprador. É importante observar que o termo “relações sociais” é amplo o suficiente para abranger tanto relações de amizade, quanto relações de negócios ou uma relação jurídica contratual. Essa concepção me parece mais plausível do que as demais, pois ela é mais clara e ampla o suficiente para abranger os mais variados casos que têm relação com a privacidade.

Partindo dessa concepção, o escopo do direito à privacidade variaria de acordo com a relação social e com a postura que cada pessoa tem quanto a essa relação. Portanto, para saber se uma dada pessoa teve o seu direito à privacidade violado seria relevante investigar a atitude da própria pessoa em relação à informação em causa. Por exemplo, uma pessoa pode não dar a mínima sobre as informações de sua vida sexual e contar histórias de suas experiências para qualquer passante na rua. Nesse caso seria implausível dizer que ela teve o seu direito à privacidade violado caso seu chefe escutasse por acaso uma de suas conversas e fizesse alguma pergunta sobre o que ouviu. No entanto, uma pessoa que tem uma postura fechada e contasse esse tipo de informação somente ao seu melhor amigo teria o seu direito à privacidade violado caso essa informação saísse dessa esfera de relação social sem o seu consentimento.

Além do valor que o direito à privacidade protege, é relevante saber se o direito à privacidade se aplica somente às informações que a pessoa conhece ou se também se estende às informações que a pessoa desconhece. Intuitivamente uma pessoa só pode escolher se vai revelar ou não uma informação a seu respeito para outra pessoa caso tenha conhecimento da informação. É impossível escolher revelar uma informação que a própria pessoa não conheça. Porém uma distinção importante aqui é entre o conhecimento da *existência* da informação e o conhecimento do *conteúdo* da informação. Ao fazer essa distinção fica claro que eu posso não saber o conteúdo de uma informação pessoal e ainda assim escolher revelá-la a outras pessoas. Por exemplo, posso permitir que o meu médico revele um diagnóstico aos meus familiares sem que eu ainda saiba do conteúdo do diagnóstico, mas não posso escolher que meu médico revele um

diagnóstico aos meus familiares sem que eu saiba primeiramente que há um diagnóstico. Logo, o direito à privacidade se aplica às informações de cuja existência eu tenho conhecimento.

No entanto surge uma objeção imediata a essa caracterização do direito à privacidade como dependente do conhecimento da existência da informação. Imagine que o João caia da escada e como consequência entre em estado de coma. Após a queda, João é levado ao hospital e o médico faz diversos exames e recolhe diversos dados sobre ele para fazer um cadastro: tipo sanguíneo, dados sobre o funcionamento de seus órgãos vitais, entre outros. Imagine também que a família de João consiga após um tempo levá-lo para casa ainda desacordado. Quando João acorda, já curado, não se lembra que caiu da escada, não sabe que foi ao hospital, nem que diversas informações suas foram recolhidas e que um cadastro com tais informações foi feito – sua família também prefere não lhe contar nada do ocorrido. Esse fato não autorizaria o médico a divulgar tais informações a seu bel prazer. Parece, portanto, que a proteção feita pelo direito à privacidade se aplica também às informações que uma pessoa não sabe que existem. Note que o médico não violou o direito à privacidade de João ao retirar-lhe informações, pois o tipo de relação social estabelecida implica que era inevitável que algumas informações fossem transmitidas. É claro que João poderia se negar a fornecer algumas informações e a fazer alguns testes caso estivesse consciente, no entanto pelo fato de estar desacordado, presumiu-se uma relação social padrão entre médico e paciente no qual normalmente esse tipo de informações são transmitidas.

Outro ponto interessante e primordial para este artigo é o da direção da informação do direito à privacidade. A direção da informação é a direção pela qual a informação é transmitida de uma pessoa para outra. Segundo quaisquer das concepções sobre o direito à privacidade apresentadas, a direção da informação protegida pelo direito à privacidade vai da pessoa sobre a qual a informação se refere, ou de uma relação social na qual ela participa, para um terceiro, ou uma pessoa estranha à relação social. Assim, a violação do direito à privacidade ocorre quando a informação é transmitida nessa direção sem o consentimento expresso ou tácito da pessoa, sendo o consentimento tácito aquela presunção de uma relação social padrão.

A seguir investigo se o direito de não saber tem a mesma direção da informação do direito à privacidade. Isso será relevante para concluir se ele faz ou não parte do direito à privacidade, ou se ele é um direito derivado

do direito à privacidade ou se é um direito independente. Após isso tento analisar algumas características desse direito e propor algumas qualificações conforme discuto de forma esparsa casos hipotéticos e o caso real julgado pelo STJ.

3. O Direito de Não Saber: algumas qualificações

No início do artigo citei o caso de Fernando julgado pelo STJ em que ele alegou que teria o direito de não saber que era portador de HIV. Saber se ele tinha ou não esse direito depende de inúmeras considerações, pois há muitos detalhes específicos ao caso. Porém, há alguns elementos mais gerais que valem a pena explorar: o conteúdo do direito de não saber, a direção da informação, a sua relação com o direito à privacidade, a necessidade da expressão de preferências e os seus limites.

3.1. O conteúdo, a direção da informação e a relação com o direito à privacidade

O direito de não saber obviamente envolve informações. Quem tem o direito de não saber tem o direito de não saber algo, e esse algo é ou possui alguma informação correspondente, qualquer que seja a sua natureza. Esse é um direito negativo, ou seja, assegura a possibilidade de uma pessoa se abster de fazer alguma coisa, nomeadamente, não tomar conhecimento de informações. O dever que esse direito estabelece é o de que é proibido constranger uma pessoa a tomar conhecimento de alguma informação. Já aqui há um elemento importante que pode ser extraído: a direção da informação.

A direção da informação do direito de não saber é muito clara. Esse direito tem por objetivo proteger uma pessoa das informações passadas de um terceiro, ou de uma fonte que lhe é externa. É intuitivo pensar que uma dada pessoa qualquer, o João, por exemplo, tem o direito de não saber o final da história de um filme que irá assistir amanhã, assim como também tem o direito de não saber se a sua mulher está lhe traindo, se o seu filho é homossexual, e quaisquer outras informações. Em todos esses casos o direito – e obviamente não me refiro ao sistema jurídico – protege João de não saber informações provenientes de fontes externas a ele.

A direção da informação do direito à privacidade, como disse anteriormente, vai da pessoa ou de uma relação social para fora. O direito à

privacidade protege, portanto, que informações saiam desse âmbito sem a devida autorização. Essa saída do âmbito é que parece captar a ideia intuitiva de privacidade. O que ocorre aqui é que a direção da informação é que está determinando o valor protegido pelo direito. Se esse é o caso, então algo só faz parte do direito à privacidade caso tenha a mesma direção da informação. Mas acontece que o direito de não saber tem uma direção da informação oposta ao direito à privacidade. Logo, ele não pode ser parte do direito à privacidade.

A ideia de que o direito de não saber é parte do direito à privacidade foi defendida por Caitlin Mulholland no seguinte trecho:

Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizada do *right of privacy*, manifesta-se também como poder *negativo*, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque se referir ao direito de não saber como consequência da proteção do direito à intimidade¹².

A definição de direito à privacidade usada pela autora é bastante ampla: “poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa”. No entanto, essa definição não é boa, pois falha, por exemplo, em proteger casos em que a pessoa não tem qualquer poder sobre uma informação a seu respeito – como no caso da pessoa que ficou em coma e não sabe que um médico tem algumas informações suas. Mas, como apresentei na seção anterior, é mais plausível estender o direito à privacidade também às pessoas que não sabem da existência da informação.

Esse problema ocorre porque a autora assume erradamente que “ter o direito para fazer X” implica “ter o poder para fazer X”, ou que ambas as proposições são equivalentes – o que seria uma tese até mais forte. Mas nem mesmo a tese mais fraca se sustenta, pois o direito para fazer X não implica em ter o poder para fazer X e vice versa. Por exemplo, eu tenho o direito de votar, mas por estar fora do meu domicílio eleitoral eu não tenho o poder de votar. Ou, alguém pode ter o direito de ter um filho, mas é estéril e, portanto, não tem o poder de ter um filho. Definir o direito à privacidade em termos de “ter o poder de controlar as informações que

12 MULHOLLAND, 2012, p.3 (itálicos no original).

dizem respeito à pessoa” é errado, pois há situações em que a pessoa não tem o poder de controlar as informações que dizem respeito a ela, mas ainda assim permanece com o direito, tal como no caso da pessoa que perdeu a memória e teve informações retiradas, mas não tem a menor ideia sobre o evento.

Dizer que o direito à privacidade também se manifesta como poder negativo é ignorar que o direito à privacidade tem uma direção da informação específica que determina o valor que ele protege e também ignorar que o direito de não saber tem a direção da informação oposta e, portanto, um valor distinto protegido. Seria uma vantagem teórica se fosse possível acomodar os dois direitos em um só e dizer que o direito de não saber na verdade é parte do direito à privacidade devidamente entendido. No entanto, ao fazer isso deixa-se de lado uma distinção importante.

Alguém pode responder que o que eu estou defendendo não é incompatível com o argumento que estou criticando, uma vez que a autora na verdade defende que o direito de não saber é uma consequência do direito à *intimidade*, que é uma categoria maior da qual dela se derivam o direito à privacidade e o direito de não saber. Assim, o direito à intimidade abarcaria ambas as direções da informação que se referem à vida íntima de uma pessoa.

O problema com essa linha de raciocínio é que o direito de não saber não tem necessariamente relação com a vida íntima de uma pessoa. O valor protegido por ele é mais amplo e se refere a qualquer tipo de informação. O único modo de essa derivação ocorrer é tomar o direito de não saber *qua* direito de não saber informações pessoais. Mas essa qualificação é arbitrária e não há razão para reduzir o direito de não saber a isso. O direito de eu não saber que houve um furacão na costa leste dos EUA não tem qualquer relação com a minha vida íntima e, portanto, não pode ser uma consequência do direito à intimidade. Por essa mesma razão não há como derivar o direito de não saber do direito à privacidade, pois eu posso ter o direito de não saber informações públicas.

Se o direito de não saber não pode coerentemente ser parte do direito à privacidade nem ser derivado do direito à privacidade, ele é um direito autônomo. Porém, dizer que é um direito autônomo sem maior reflexão não é uma boa saída. Isso porque para defender essa afirmação seria preciso antes verificar se o direito de não saber não é derivado de uma plêiade de outros direitos, tais como a liberdade, autonomia, dignidade, etc. Não

pretendo fazer esse exame neste artigo. Portanto, assumo a posição mais branda de que o direito de não saber é ao menos um direito distinto do direito à privacidade.

3.2. Expressão das preferências

Uma característica crucial do direito de não saber é a expressão da preferência de não saber. Há duas espécies de situações: situações em que saber uma dada informação depende exclusivamente da pessoa e situações em que saber uma dada informação não depende exclusivamente da pessoa. Um caso da primeira situação seria o direito de Maria, que mora sozinha, em não saber o que se passa na televisão. Nessa situação só cabe a ela escolher se vai receber a informação dada pela televisão ou não. Ela, portanto, não precisa manifestar a preferência de não saber. Agora, um exemplo do segundo tipo de situação seria a de um amigo de Maria contar-lhe detalhes sobre o que se passa na televisão. Nesse caso, não saber essa informação não depende exclusivamente de Maria, mas também do seu amigo. É somente nessas situações em que Maria tem de expressar a sua preferência de não saber para exercer o seu direito de não saber, caso contrário o seu amigo não teria como prever que Maria não queria saber e, como não há qualquer coisa de errado em contar o que ocorre nos programas de televisão¹³, parece que seria permitido ele contar a Maria¹⁴. Dado que são nessas situações que aparecem os conflitos de interesses e, portanto, são as situações que valem a pena ser analisadas e tuteladas pelos sistemas jurídicos, pode-se afirmar que a exigência da expressão da preferência de não saber é relevante.

A expressão de preferências é um elemento importante para, por exemplo, solucionar o caso de Fernando, que teve o exame de HIV divulgado para si mesmo. Parece que Fernando não teria o direito de não saber, pois nunca havia manifestado a preferência de não saber que era portador de HIV.

13 Excluindo, por exemplo, contar sobre programas pornográficos para uma criança de 7 anos e outras situações semelhantes. Parece que nesse caso o raciocínio não se aplica, pois a criança tem o direito de não saber determinadas informações - seja porque elas podem afetar o seu desenvolvimento pessoal seja porque ela é ainda incapaz de reconhecer e manifestar todas as suas preferências.

14 Porém, há casos em que é altamente previsível a preferência das pessoas. O caso de contar finais de filmes ou de livros, por exemplo, parece ser um deles. Por isso, nesses casos pode-se dizer que há uma presunção da preferência da pessoa de modo que ela não precisa tê-la expressado para que a violação do direito de não saber ocorra.

É importante notar também que em alguns casos o direito de não saber pode colidir com o dever de informar. Nos casos de diagnósticos médicos isso é bem claro. O médico tem um dever profissional de informar ao paciente as suas condições de saúde¹⁵. Ele só não poderá exercer esse dever quando houver manifestação clara do paciente em contrário. Quando a manifestação não for clara ou não existir, o médico tem de presumir a preferência do paciente em saber a sua condição de saúde. Isso se aplica também em outros casos, por exemplo, na relação de advogado e cliente. Um dos elementos do caso de Fernando que não foi discutido pelo STJ foi o de se os exames pedidos pelo médico de fato constituíam uma manifestação de preferência específica de Fernando ou não. Se não constituíam, então nesse caso teria de se presumir a preferência em Fernando saber o seu estado de saúde, dado o dever profissional e, portanto, Fernando não teria o direito de não saber.

3.3. Limites

É possível argumentar que o direito de não saber deve ser abandonado ao entrar em conflito com outros direitos mais fundamentais. Isso parece ocorrer quando o ato de ignorar algo tem provavelmente como consequência a violação dos direitos de outra pessoa.

Imagine uma pessoa que deseja comprar um automóvel usado para fazer o transporte escolar de crianças e na hora da compra diz o seguinte ao vendedor: “não quero saber se o automóvel tem algum defeito, ou se precisa de manutenção.” O vendedor aceita e a compra é feita. Porém, o automóvel tinha um defeito grave que precisava de reparo urgente e devido a esse defeito o automóvel perde o controle e se envolve em um acidente que vem a machucar seriamente as crianças transportadas. É evidente que nesse caso o comprador tinha a obrigação de saber se havia algum defeito, pois o ato de ignorar que o automóvel poderia ter determinado defeito provavelmente poderia causar um dano às crianças transportadas. Dada a natureza do uso do automóvel, o comprador tinha a obrigação de saber sobre as condições do automóvel que estava comprando.

15 Esse dever é normalmente institucionalizado. Veja, por exemplo, Código de Ética Médica - Res. (1931/2009) - Capítulo V - Relação com pacientes e familiares.

O caso de Fernando também tem um elemento que faz com que o direito de não saber seja limitado: o fato de o HIV ser uma doença incurável e contagiosa. À primeira vista, Fernando não tem o direito de não saber que tem HIV, pois caso o tivesse poderia vir a violar o direito de outras pessoas, nomeadamente, o direito à saúde, ou à vida.

Porém, como observou Caitlin Mulholland¹⁶, alguém pode apresentar a seguinte objeção a esse argumento: do fato de a pessoa ter a informação de que é portadora de HIV não se segue que ela necessariamente irá procurar tratamento e não se segue que ela necessariamente vai tomar as precauções devidas para proteger a saúde das outras pessoas. Ela pode muito bem saber e não fazer qualquer coisa. Inclusive, ela pode saber e ainda assim ser imoral e passar a doença adiante propositalmente. Parece que obrigar a pessoa a ter conhecimento é só lhe dar um ônus a mais e criar um dever de procurar ajuda e de não transmitir a doença, o que contrastaria com algumas políticas públicas que não obrigam qualquer pessoa que seja a procurar tratamento.

Certamente, o fato de a pessoa ter uma informação não implica que ela irá procurar tratamento e tomar precauções. No entanto, ao informar uma pessoa você dá a ela a possibilidade de procurar tratamento e a possibilidade de tomar as precauções devidas para não transmitir a doença. Note que no caso do HIV trata-se de uma doença incurável e que não há método de prevenção infalível¹⁷ de modo que uma pessoa contaminada expõe, em maior ou menor grau, outras ao risco em todas as circunstâncias em que tem relações sexuais ou realiza transfusões de sangue, ou compartilha seringas e afins. Ao dar o direito de não saber a essa pessoa, acaba-se tirando a possibilidade de ela tomar certos cuidados e a possibilidade de ela avisar potenciais parceiros sexuais sobre os riscos prováveis que correm, ainda que sejam baixos. Sendo assim a existência de pessoas que saibam que são portadores de doenças contagiosas e não se protegem ou se tratam não é um contraexemplo à tese de que nesses casos deve-se informar. O que se busca proteger ao informar é a mera possibilidade de a pessoa escolher não transmitir a doença e de tomar cuidados¹⁸.

16 MULHOLLAND, 2012, p.9.

17 Essas informações podem ser acessadas no sítio do ministério da saúde: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=27865.

18 Há também uma razão consequencialista para aceitar esse argumento: sabendo que alguém é soropositivo, podemos informar que tem HIV ou não. Se informarmos essa pessoa ela tem a opção de

Alguém pode replicar que ao proteger a mera possibilidade não irá demorar muito a cairmos em um Estado autoritário no qual as pessoas têm de se submeter sistematicamente a testes de saúde e saber todas as suas condições que ofereçam riscos prováveis a outros direitos das pessoas¹⁹.

Mas essa réplica erra o alvo. Não estou defendendo que uma pessoa tem o dever de saber se tem ou não HIV. O argumento relevante é o de que diante da posse da informação que uma determinada pessoa está contaminada por HIV, há o dever de informa-la, ou seja, o fato de alguém ter a constatação de que uma pessoa é soropositiva torna o ato de informá-la obrigatório, mas isso por si só não torna de modo algum obrigatório o ato de fazer exames na população em geral, e, por conseguinte, não leva a Estado autoritário algum.

Também não estou defendendo que em todos os casos relacionados com doenças contagiosas a pessoa não tem o direito de não saber. Há contraexemplos: imagine que um jovem se encontra gravemente ferido num hospital e sabe que lhe restam poucos dias de vida. Sabendo disso ele diz ao médico que só quer morrer em paz na companhia de seus familiares e que não mais quer saber do seu quadro clínico. O médico em um dos exames feitos descobre por acaso que o paciente foi contaminado por HIV em uma das transfusões de sangue. No entanto, nesse caso parece legítimo respeitar o direito de não saber do paciente. A probabilidade de lesar o direito de outras pessoas não é zero: alguns enfermeiros poderiam se contaminar ao entrar em contato com o sangue do paciente. Mas, dada a situação em que o paciente se encontra, ele não tem a possibilidade de escolher buscar ajuda, ou mesmo de transmitir a doença intencionalmente. Portanto, parece que o seu direito de não saber deve ser respeitado.

4. Considerações Finais

Os pontos centrais da minha argumentação foram que o direito de não saber 1) é um direito distinto do direito à privacidade; 2) só tem efeitos

procurar tratamento, o que pode salvar a sua vida, e tem a obrigação de prevenir a transmissão, o que pode salvar outras vidas. Se não informarmos essa pessoa, ela pode não procurar o tratamento ainda que quisesse continuar a viver e pode contaminar outras pessoas, ainda que não quisesse e tivesse a obrigação de não contaminar quem quer que seja. Diante das possibilidades, em qualquer cálculo das consequências, devemos informar essa pessoa.

19 MULHOLLAND, 2012, p.9.

caso haja a manifestação expressa de preferências; e 3) tem limites na probabilidade da violação de direitos de outras pessoas. Tentei rebater alguns argumentos contra o que eu defendo e discutir de forma esparsa alguns elementos importantes do caso julgado pelo STJ a fim de qualificar melhor o direito de não saber.

Não tive a pretensão de contextualizar essa discussão para o direito brasileiro, embora pense que muito do que eu disse possa ser aproveitado para a argumentação jurídica em casos que envolvam o direito de não saber. A razão de eu preferir a discussão menos contextualizada é o fato de que a própria existência de um direito jurídico de não saber no direito brasileiro não é clara e demandaria um trabalho exclusivo para isso no qual estabelecesse o lugar em que esse direito ficaria. Ao menos se eu estiver correto o direito de não saber não será parte do direito à privacidade ou da intimidade, mas ainda restam muitos outros direitos para serem investigados. Muitos juristas podem alegar que têm o direito de não saber sobre as discussões mais teóricas acerca dos direitos que aplicam. Se esse for o caso, espero ter contribuído para a violação desse direito.

Referências Bibliográficas

- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br>. Acesso dia 4/11/2012.
- DECEW, Judith. Privacy. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/privacy/>. Acesso dia 4/11/2012.
- GAVISON, Ruth. Privacy and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, Vol.89 pp.421–71, 1980
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Portal Saúde*. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=27865. Acesso dia 4/11/2012
- MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com*, N.1, 2012.
- PARENT, William. Privacy, Morality and the Law. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, pp.269–88, 1983
- RACHELS, James. Why Privacy is Important. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 4 pp.323–33, 1975.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *RESP 1.195.995*. Relator: Min. Massami Uyeda, 2010.
- THOMSON, Judith. The Right to Privacy. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 4 pp.295-314, 1975.
- WARREN & BRANDEIS. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, Vol. 4 pp.193–220, 1980.

Recebido em setembro de 2014

Aprovado em setembro de 2014