

**REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

DEISIMAR DA SILVA LIMA

O DIREITO DE NÃO SABER: PROTEÇÃO À INTIMIDADE

CARATINGA/MG

2018

DEISIMAR DA SILVA LIMA
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

O DIREITO DE NÃO SABER: PROTEÇÃO À INTIMIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades DOCTUM de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Áreas de Concentração: Direito Civil – Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Ivan Lopes Sales.

CARATINGA/MG

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Trabalho O direito de não saber: Proteção à intimidade, elaborado pelo aluno Deisimar da Silva Lima foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 30 de julho 2018

Prof. Ivan Lopes Sales

Prof. Almir Fraga Lugon

Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moreira

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser tudo em minha vida, autor do meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia; à minha família, pelo orgulho e apoio na minha caminhada, pela compreensão, ajuda e em especial por todo amor incondicional oferecido ao longo deste percurso, que por muitas vezes pareceu eterno, mas que ao lado dos demais familiares me fizeram acreditar que era possível, e a todos os amigos que me apoiaram no decorrer desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu professor orientador Ivan Lopes Sales por todo apoio a mim dado para a elaboração dessa monografia.

EPÍGRAFE

“A persistência é o caminho do êxito”.
(Charles Chaplin)

RESUMO

O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, como a divulgação de dados não solicitados, manifesta também como um direito de excluir da própria esfera privada um determinado tipo de informação não desejada, e é a partir desse ponto que podemos ver o “direito de não saber” como consequência da proteção ao direito à intimidade. Diante do exposto, podemos analisar o direito à privacidade, o qual seria o direito de ser deixado só, ou mesmo o direito de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais, e ainda o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, levando-se a pensar que a pessoa titular de determinado dado relacionado à sua condição existencial tem o direito de não conhecê-lo. A partir disso, o estudo tem como pretensão pesquisar se, sob a ótica do atual ordenamento jurídico, existe a possibilidade de proteção do direito à intimidade, dentro do “direito de não saber”.

PALAVRAS-CHAVE: Intimidade; Privacidade; Informação; Danos Morais; Liberdade; Direito de não saber.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	11
CAPÍTULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1. Direito à Intimidade.....	14
1.2. Direito à Privacidade.....	15
1.3. Direito à Informação.....	18
1.4. Direito à Liberdade.....	19
CAPÍTULO II – DANOS MORAIS.....	22
2.1. Conceito.....	22
2.2. Responsabilidade Civil.....	25
2.3. Tarifação e Arbitramento.....	28
CAPÍTULO III – DIREITO DE NÃO SABER.....	33
3.1. Direito de não saber como forma de preservar o Direito à Intimidade.....	33
3.2. Os desafios encontrados em ter o Direito à Intimidade preservado, como consequência do Direito de não saber.....	35
3.3. Ponderação de princípios como forma de solução.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do direito de não saber, que nada mais é do que o direito em não querer saber algo que diga respeito à sua intimidade, quando não solicitada a informação.

Imagine a seguinte situação hipotética, em que um cidadão procure um laboratório para realizar exames de rotina como colesterol, triglicérides. Em alguns dias o resultado do exame chega a sua casa, e após abri-lo você se depara com um resultado de HIV positivo, exame não solicitado ao laboratório. Com o ocorrido temos visivelmente a violação da intimidade e consequentemente uma invasão injustificada na esfera privada da pessoa, e com isso, surge para si uma possível indenização pela violação do seu direito de não saber.

É de grande importância tratar de tal assunto uma vez que a violação do direito de uma pessoa em não querer saber sobre algo que não tenha sido por ela solicitado pode afetar exclusivamente sua vida privada.

Com intuito de analisar esse direito, se faz indispensável verificar alguns direitos fundamentais, tais como; o Direito à Intimidade, Privacidade, Informação e Liberdade. E como forma de reparar possível violação, uma breve análise sobre o instituto dos danos morais, analisando juntamente a responsabilidade civil e a ponderação de direitos/princípios.

A Ministra Nancy Andrigli ensina que: “a intimidade abrange o livre arbítrio das pessoas em querer saber ou não algo que afeta unicamente a sua esfera privada”.¹

Com isso, entende-se que há razões para que se preserve o direito à intimidade e à privacidade quanto às informações pessoais, mesmo que elas digam respeito somente à pessoa detentora.

Como metodologia, o presente estudo será norteado por pesquisa teórico-dogmática, a partir de discussões e releituras doutrinárias, além do manuseio de jurisprudências, artigos e legislação pertinente ao tema em questão. Quanto aos setores do conhecimento, a pesquisa é marcada pela interdisciplinaridade como setor do conhecimento, com intercruzamento do Direito Constitucional e o Direito Civil.

O trabalho será dividido em três capítulos: o primeiro deles versará sobre os direitos e garantias fundamentais, abordando o direito à intimidade, privacidade, informação e liberdade.

¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL: Resp. 1195995 SP 2010/0098186-7. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. DJ: 22/03/2011. Jus Brasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

O segundo capítulo receberá o título de Danos Morais, onde se abordará a sua conceituação e versará sobre responsabilidade civil, tarifação e arbitramento.

E o terceiro capítulo tratará sobre o direito de não saber, abordando os desafios encontrados em ter a intimidade preservada como consequência do direito de não saber, além da ponderação de direitos/princípios como forma de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, como a divulgação de dados não solicitados, manifesta também como um direito de excluir da própria esfera privada um determinado tipo de informação não desejada. É a partir desse ponto que podemos ver o direito de não saber como consequência da proteção ao direito à intimidade.

O direito à intimidade é uma proteção ao ser humano que o resguarda em sua vida pessoal, os seus interesses e pensamentos mais íntimos.

Os direitos à inviolabilidade de privacidade e à intimidade estão descritos no art. 5º, inciso X, da CRFB/88, nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.²

O conceito de "intimidade" refere-se às relações subjetivas e ao tratamento íntimo da pessoa, suas relações familiares e amizade.

Mais amplamente, o conceito de "vida privada" envolve todos os relacionamentos da pessoa, incluindo metas, negócios, trabalho, estudo e outros relacionamentos.

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho conceitua o direito à intimidade e à privacidade da seguinte forma:

“Aquilo que não se compartilha com ninguém, são os desejos e tendências, às vezes inconfessáveis”, e que “vida privada é aquilo que é compartilhado a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuges, familiares, alguns poucos amigos, ou pessoas da inteira confiança do indivíduo que faz a discrição”.³

A intimidade pode ser vista também como um requisito de que, em certas situações, seja o indivíduo deixado em paz, ou que deseje controlar a inconveniência dos outros em questões de interesse particular.

O direito à privacidade é um direito fundamental que está diretamente ligado ao direito da personalidade da pessoa e a violação deste princípio fere diretamente as relações pessoais e da intimidade, distorcendo a maneira de pensar e agir.

Podemos ver a definição do que seria a proteção da vida privada no artigo 21 do Código Civil: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A quebra do sigilo bancário e o fisco. São Paulo, 2008, p. 377.

do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário à norma”.⁴

Podemos ver que a vida privada é o templo sagrado do indivíduo, onde ele acondiciona elementos pessoais que não deseja revelar a ninguém.

Um princípio de grande relevância para compreendermos a violação do direito de não saber é o chamado direito à liberdade. Por ser um direito inerente à própria natureza humana, foi consagrado em nossa Constituição vigente sob suas diversas formas.

O artigo 5º, II, da Constituição estabelece “que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer qualquer outra coisa que não seja em virtude de lei”.⁵

A relativização desse direito se torna necessária, haja vista que se ele fosse um direito absoluto permitiria a “sujeição dos mais fracos pelos mais fortes”⁶.

Tal pensamento permite chegar à conclusão de que a restrição da liberdade só será válida quando partir de um processo formal e material legislativo pré-estabelecido em uma constituição derivada da soberania popular.

Por outro lado, pode-se analisar o acesso à informação, como direito de liberdade previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, inciso XXXIII,

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.⁷

É claramente perceptível que a violação ao direito de intimidade e da privacidade importa na reparação por danos morais.

O direito à indenização por dano moral está descrito no artigo 5º da Constituição Federal, juntamente com o inciso X.

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:
[...]

⁴ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;⁸

Quando o direito pessoal de alguém é violado, surge para este o direito de ser compensado por tal ato, o qual se faz por meio da responsabilidade civil.

Dessa forma, diante do que foi exposto, estaria o direito de não saber contido no nosso ordenamento jurídico sob o direito de proteção à intimidade? Se possível esta proteção, quais os meios cabíveis para ter esse reconhecimento?

Neste aspecto, considerando os argumentos acima explanados, percebe-se que há divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, fazendo-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o assunto.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPÍTULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

As garantias fundamentais conferem ao indivíduo a possibilidade de exigir do poder público o respeito ao direito violado.

Assim, os direitos fundamentais cumprem, segundo Canotilho,

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁹

Vê-se então que a garantia pode ser conhecida como um direito subjetivo, dirigido ao interesse individual ou ao interesse coletivo na forma de direito no sentido objetivo.

Segundo o doutrinador Pedro Lenza, “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.¹⁰

1.1. Direito à Intimidade

Determina o texto constitucional que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.¹¹

De acordo com o entendimento da autora Flavia Bahia, “intimidade e privacidade tem íntima ligação, embora possam ser distinguidos. Ambos tutelam a liberdade da vida privada. Cuidam da esfera secreta das pessoas, protegendo o modo de viver, as relações afetivas, hábitos, particularidades, etc.”¹²

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1059.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹² BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional**. Ed. Armador, Recife, 2017, p. 128.

É reconhecido que o direito à intimidade se difere do direito à privacidade. Intimidade seria o modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento por outros de tudo que se refere a ele.

Já a vida privada, refere-se a informações, níveis de relacionamento, práticas de lazer, vida familiar, compartilhada com um número restrito de pessoas.

Tem-se o entendimento atualmente de que a divulgação de informações coletadas em correspondências, como cartas, telegramas e dados, violam o direito à privacidade da pessoa.

Partindo desse ponto, podemos analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a reparação do patrimônio material e/ou moral atingidos pela violação da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, pode ser determinada cumulativamente, como descrito na Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.¹³

O direito à intimidade busca garantir certa parte da personalidade reservada à indiscriminação de outros, analisada como direito da personalidade, inerente ao próprio homem, tendo como principal objeto resguardar a dignidade e a integridade do ser humano. É a esfera íntima do indivíduo, direito da liberdade pessoal de se manter isolado ou recolhido dentro de seu íntimo, desconhecido por outras pessoas, a fim de preservar sua individualidade.

Por fim, a intimidade corresponde ao conjunto de informações da vida pessoal do indivíduo, hábitos, vícios, segredos desconhecidos até para a família, como, por exemplo, preferências sexuais, entre outros.

1.2. Direito à privacidade

Dentre os direitos fundamentais que tratam sobre a proteção da dignidade e personalidade, o direito à privacidade é certamente um dos mais consideráveis, e também o mais vasto e valioso para o homem civilizado, embora nem sempre contemplado em constituições anteriores, pelo menos de forma expressa. No entanto, é correto afirmar que a vida moderna, juntamente com as tecnologias, acabou por nos restringir de privacidade ao ponto de nos tornar vulneráveis com nossas informações pessoais.

De acordo com o entendimento de SARLET, et al:

¹³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

O direito à privacidade consiste num direito de ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, no qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados.¹⁴

O principal dispositivo sobre a proteção da privacidade encontra-se na Constituição Federal, em seu art. 5º, X, que dispõe o seguinte:

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;¹⁵

Essa proteção prevista no texto constitucional sobre a privacidade desdobra-se em outras duas, que tratam, respectivamente, da inviolabilidade do domicílio e das comunicações:

Art. 5º. [...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;¹⁶

Diante do exposto, entende-se que,

[...] sem o consentimento do morador só poderá nela penetrar, por determinação judicial, somente durante o dia; em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro, poderá penetrar sem o consentimento do morador, durante o dia ou à noite, não necessitando de determinação judicial.¹⁷

Assim como também,

[...] é inviolável o sigilo de correspondência, salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, quando poderá ser restringido. Cumpre observar,

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 490.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1090.

também, que esse direito não é absoluto e poderia, de acordo com a circunstância do caso concreto, ser afastado, ademais são também invioláveis as comunicações telegráficas: salvo nas hipóteses de decretação de estado de defesa e de sítio, que poderá ser restringido”.¹⁸

É correto afirmar que a preservação de uma esfera da vida privada é essencial à saúde mental do ser humano e lhe garante as condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade. A privacidade pode ser vista como o controle pelo indivíduo da informação que, em princípio, apenas diz respeito a ele, porque é sua vida pessoal, então se pode até dizer que é um direito individual ao anonimato.

Pode-se analisar a privacidade em duas dimensões,

[...] a primeira na forma subjetiva, como um direito de defesa, portanto, como um direito de não intervenção por parte do Estado e de terceiros no respectivo âmbito de proteção do direito, como expressão também da liberdade pessoal, como direito a não ser impedido de levar a sua vida privada conforme seu projeto pessoal e de dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal, e que não interferem em direitos de terceiros; sob a perspectiva objetiva é aquela que decorre de um dever de proteção estatal, no sentido tanto da proteção da privacidade na esfera das relações privadas, tanto contra ingerências de terceiros, quanto no que diz com a garantia das condições constitutivas da fruição da vida privada.¹⁹

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes:

[...] o direito à privacidade está ligada a exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental; além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade.²⁰

Por fim, pode-se ver que a privacidade teria como objeto o comportamento e os eventos relativos às relações pessoais em geral, relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja difundir ao público, até a exposição de perdas, fracassos entre outros, que o deixariam exposto a constantes críticas, nos colocaria, de certa forma, num constrangimento, que nos privaria de uma auto superação, seja para criar objetivos, perspectivas de vida, entre muitas outras possibilidades.

¹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1090.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 491.

²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 487.

1.3. Direito à Informação

O direito à informação é muito vasto, e pode estar ligado tanto a informações em si, quanto com produtos no caso de informações jornalísticas, dentre elas de uma variedade extensiva de tipos de informações, como por exemplo, do governo, empresas privadas, universidades e instituições de interesse público.

A constituição Federal assegura no art. 5º, inciso XXXIII,

[...] todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.²¹

Marcelo Alexandrino diz que o direito à informação é:

[...] um instrumento de natureza administrativa, derivado do princípio da publicidade da atuação da administração pública, na acepção de exigência de atuação transparente, decorrência da própria indisponibilidade do interesse público. Trata-se de um dos meios tendentes a viabilizar controle popular sobre a coisa pública, corolário da cidadania, além de reforçar o princípio da ampla defesa, nos casos em que a informação solicitada seja de interesse de alguém que esteja sofrendo algum tipo de acusação, ou seja, parte em algum litígio.²²

Entende-se então, que a liberdade de informação é assegurada pela Constituição a todas as pessoas, sejam elas, brasileiras ou estrangeiros residentes no país, ressalvando apenas a preservação do sigilo de determinada informação considerada essencial para a segurança da sociedade em geral e também do Estado, ressalvando, no entanto, que o direito à informação não é um direito absoluto.

Na percepção do autor Luciano Dutra, o direito à informação:

Trata-se de um remédio constitucional de natureza administrativa, corolário do princípio da publicidade. É um instrumento que viabiliza o controle popular sobre a coisa pública. Como por exemplo, podemos citar o questionamento de um determinado cidadão junto à Administração Pública quanto ao valor que foi contratado um determinado serviço, ou quais as cláusulas de um contrato administrativo celebrado com uma determinada empresa.²³

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 153.

²³ DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 118.

No tocante ao direito à informação, existe uma grande diferença entre o direito de se informar e o direito de ser informado.

Informar-se diz respeito ao direito de conhecer as informações de interesse público ou privado, através da liberdade de acesso à informação, consiste na premissa de pesquisa, busca de informações, sem sofrer qualquer interferência do Poder Público, já quando se trata do direito de ser informado, é aquele que consiste da possibilidade de qualquer cidadão receber de todo e qualquer Órgão Público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.²⁴

1.4. Direito à liberdade

Quando falamos sobre liberdade, direito previsto pela Constituição, chegamos à convicção de que o tema é amplamente vasto, existindo assim diversas espécies de liberdade, dentre elas podemos citar a liberdade de expressão, prevista no art. 5º, inciso IV da CF, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.²⁵

Quando se diz, que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, estamos diante de um direito e de uma garantia fundamental, quando diz que é livre a manifestação do pensamento, é no sentido de que é um direito individual, ou liberdade pública ou direito negativo, ou seja, o Estado não poderá interferir na nossa liberdade de expressão. Já quando diz, sendo vedado o anonimato, é que é uma garantia constitucional destinada a proteger uma serie de direitos fundamentais.

Art. 5º. [...].

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;²⁶

²⁴ MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, págs. 894-895.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A liberdade de expressão do pensamento através da arte, ciência e comunicações não pode ser censurada ou submetida ao Estado em nome da própria democracia, estabelecida no país. No entanto, não há liberdade absoluta.

Liberdade de consciência, crença, convicção filosófica e política:

Art. 5º. [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;²⁷

A liberdade de religião exterioriza-se pela manifestação de pensamento e pode ser apresentada sob duas formas:

a) liberdade de consciência e de crença: é a liberdade de foro íntimo. Ninguém pode obrigar ninguém a pensar deste ou daquele modo ou a acreditar nisto ou naquilo. Ambas as liberdades situam-se no recanto mais profundo da alma humana e são invioláveis; b) liberdade de culto religioso: protege o conjunto de manifestações que levam o crente a expressar sua religião (ritos, cerimônias, cultos, manifestações, reuniões, hábitos, tradições, etc.).²⁸

Liberdade de atuação profissional, de acordo com o inciso XIII do art. 5º, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.²⁹

Neste caso a Constituição assegura a plena liberdade profissional, exceto quando a lei determinar o cumprimento de certos requisitos.

Liberdade de locomoção, como previsto no inciso XV, “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.³⁰

A liberdade de locomoção protege o direito de ir, vir e ficar, abrangendo assim também o direito de entrar e sair do território nacional, de ficar e de se mudar.

Liberdade de reunião,

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁸ BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional**. Recife: Ed. Armador, 2017, p.123.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;³¹

De acordo com o entendimento da doutrinadora Flavia Bahia:

A liberdade de reunião é um direito coletivo, se analisado em seu exercício conjunto, ou ainda um direito individual de expressão coletiva. Para a manifestação desse importante direito num país democrático, a Constituição apenas exige que a autoridade competente seja comunicada previamente sobre o dia, horário e local da reunião, a fim de que possa tomar providências necessárias à sua realização, que a reunião não frustre outra convocada para o mesmo local, e, ainda, que os manifestantes não estejam armados.³²

Liberdade de associação e representação dos associados:

Art. 5º. [...].

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;³³

A liberdade de associação é um direito coletivo ou individual de ênfase coletiva, que deverá ser exercida inteiramente, desde que tenha intuito legal.

A liberdade de pensar é, portanto, totalmente livre, cabendo a cada pessoa controlar aquilo que pretende exteriorizar, ou seja, no momento em que o pensamento deixa de ser um sentimento interno de cada um e passa a ser expresso na forma escrita ou falada, ou qualquer outra maneira de expressão, o direito passa a impor limites. Em outras palavras, a manifestação do pensamento é passível de exame pela justiça “com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores”.³⁴

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³² BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional**. Recife: Ed. Armador, 2017, p. 140.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

CAPÍTULO II - DANOS MORAIS

2.1. Conceito

Não se pode falar em compensação se não houver dano, já que embora haja responsabilidade sem culpa, não se permite responsabilidade sem dano. Com base nessa premissa, podemos analisar que seja qual for o tipo de responsabilidade, o dano é um requisito indispensável para sua configuração, sendo certo que o inadimplente que não cumprir a obrigação acordada, carrega em si a presunção dos danos.

“Nestes termos, poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.³⁵

Ainda sobre o conceito de dano, é possível classificá-los como:

- Dano material ou patrimonial;
- Dano moral ou extrapatrimonial;
- Dano direto;
- Dano indireto, reflexo ou em ricochete;

“Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado”.³⁶

Dano moral ou extrapatrimonial é aquele que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequência de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.³⁷

“O dano moral direto se refere a uma lesão específica de um direito extra- patrimonial, como os direitos da personalidade”.³⁸ É o dano que atinge diretamente o lesado ou os seus bens.

Já o dano indireto ocorre quando há uma lesão específica a um bem de interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera patrimonial.

³⁵ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 881.

³⁶ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2, p. 488.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 219.

³⁸ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 892.

Ainda se faz importante diferenciar dano moral indireto de dano moral ricochete ou dano reflexo. No primeiro tem-se uma violação do direito a personalidade de um sujeito, em função de dano material por ele mesmo sofrido; no segundo tem-se um dano moral sofrido por um sujeito, em função de dano de que foi vítima outro indivíduo, ligado a ele.³⁹

Diante do exposto nos cabe analisar os requisitos necessários para que de fato seja exigido o dano moral; dentre eles temos a atualidade e a certeza, até porque nenhuma indenização será devida se essa não for certa e atual.

Temos por atual, o dano já existente no momento da ação de responsabilidade e certo, um dano fundado sobre algo preciso e não sobre hipótese.⁴⁰

A ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida.⁴¹

A reparação decorrente de dano moral se resguarda no artigo 159 do Código Civil, o qual expressa que, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.⁴²

Pablo Stolze traz o entendimento do que seria o dano moral expressamente:

O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁴³

Diante do exposto, podemos entender que quando ocorre o pedido de reparação por dano moral, seja ele por ofensa a sua honra, família ou nome profissional, ele requer que a indenização seja uma forma de amenizar o prejuízo sofrido, até porque não podemos falar em reparação por dano moral, por exemplo, em relação à honra, nos referindo a pecúnia, sendo que este dano é irreparável.

³⁹ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 892.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218.

⁴² BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴³ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 891.

Desse modo, Flavio Tartuce esclarece que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados⁴⁴. Do mesmo modo que não é possível a dedução de imposto de renda sobre valor recebido a título de indenização por dano moral, como prescreve a Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça: “Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”.⁴⁵

No entanto, é preciso ter cuidado e ser preciso ao diferenciar o dano moral dos acontecimentos indesejados e sofridos pelos seres humanos em seu cotidiano seja profissional ou interpessoal. Se toda suposta violação e contrariedade for vista como dano moral, passível de ser indenizável, acabará por constranger os atos da sociedade, com receio de sempre ter que responder por tal conduta.

Dano moral é expressamente uma lesão o direito da personalidade, sendo este possível de ser indenizado por meio de reparação, essa não se refere à determinação de um preço para a dor ou sofrimento, mas uma forma de amenizar o prejuízo imaterial. Essa reparação pode ser feita por outros meios que não seja o dinheiro em espécie, mas por meio de reparação in natura como, por exemplo, a cobertura de um plano de saúde, o desfazimento de algo que causou dano, ou até mesmo que o causador do prejuízo substitua o bem que não serve mais ao fim a que se destina por outro da mesma qualidade.

Veja como exemplo, o seguinte julgado.

INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. TELEFONIA. FALHA NO SINAL DE INTERNET. TERMINAL EM NOME DO AUTOR, UTILIZADO PELA FIRMA DE ADVOGADOS FAMILIAR. AÇÃO ANTERIOR, AJUIZADA POR SÓCIO DO DEMANDANTE, JULGADA PROCEDENTE. REITERAÇÃO DO PEDIDO, AGORA PELO OUTRO SÓCIO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM MAJORADO. Hipótese em que ocorreu prévio ajuizamento de ação congênere pelo sócio e filho do autor, em que já houve condenação expressiva da parte ré, inclusive com o recebimento de astreintes, diante do descumprimento da ordem judicial. Danos morais configurados, dadas as dificuldades em receber o serviço, mormente em se tratando de firma de advogados, em que, sabidamente, é essencial o serviço de *internet Quantum* indenizatório majorado para R\$ 2.000,00, em atenção a tais peculiaridades. (TJ-RS - Recurso Cível: 71003858933 RS, Relator: Fernanda Carravetta Vilande, Data de Julgamento: 12/12/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/12/2012).⁴⁶

⁴⁴ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2, p. 489.

⁴⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 498 do STJ: “Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”.

⁴⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJ-RS-RECURSO CÍVEL: 71003858933 RS. Relator: Fernanda Carravetta Vilande. DJ: 12/12/2002. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22859208/recurso-civel-71003858933-rs-tjrs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

Então, entende-se como dano moral aquele que abala a personalidade, e que de determinada maneira, afeta a dignidade da pessoa e a sua moral, ou ainda, analisando de uma forma mais estrita, é quando fere o seu intelectual, psíquico e moral, denegrindo a sua imagem, honra, intimidade e a sua privacidade.

2.2. Responsabilidade Civil

Podemos dizer que a Responsabilidade Civil pode ser vista como a obrigação que alguém tem de assumir como consequência de determinada conduta, ou seja, é a atividade danosa de alguém que viola uma norma jurídica existente. Como base, pode-se analisar o artigo 186 do Código Civil que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”⁴⁷. Surge então a ideia de responsabilidade pela conduta praticada, ou por omissão, no caso de descumprimento de um contrato, por exemplo.

Responsabilidade, para o direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.⁴⁸

Pode-se dizer então, que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma indenização pecuniária à vítima, se não puder restituir in natura ao estado anterior das coisas.

Dentre os pressupostos de Responsabilidade, têm-se Responsabilidade Civil Subjetiva e a Objetiva, conforme diferenciação a seguir.

Responsabilidade subjetiva diz respeito àquela decorrente de um dano causado em função de um ato doloso ou culposo⁴⁹, ou seja, para sua real caracterização é preciso que se comprove dano ou culpa do agente delituoso. Decorre da ideia de que cada um responde pela própria culpa, cabendo ao autor o ônus da prova de tal culpa do réu.

⁴⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 858.

⁴⁹ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 858.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, diz-se que é subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser preposto necessário do dano indenizável.⁵⁰

A responsabilidade civil subjetiva poderá ocorrer por violação à norma contratual válida (responsabilidade subjetiva contratual) ou em virtude de violação a um dever genérico de conduta (responsabilidade subjetiva contratual)⁵¹. É o que se vê no caput do art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.⁵²

No entanto, na responsabilidade civil objetiva não é necessário o elemento culpa, basta apenas a existência de nexo de causalidade entre conduta e dano. É o que traz o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁵³

A diferença da responsabilidade subjetiva para a objetiva não reside, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade objetiva.⁵⁴

Na responsabilidade civil objetiva, o causador do dano se exime do dever jurídico de indenizar se ficar provado: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro que se baseia na teoria do risco, tendo como modalidades:

- a) **Teoria do risco administrativo:** que é aquela adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado.
- b) **Teoria do risco criado:** é aquela em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa, como prevê o artigo 938 do Código Civil: “Aquele que

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

⁵¹ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 596.

⁵² BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵³ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁴ GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 863.

habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.⁵⁵

- c) **Teoria do risco da atividade:** quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros.
- d) **Teoria do risco - proveito:** é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, a agente tira proveito do risco criado.
- e) **Teoria do risco integral:** nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais.

Também respondem objetivamente por danos praticados por terceiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.⁵⁶

É evidente que para haver o dever de reparar, existam primeiro, três elementos, que são:

- a) **Conduta:** aquela praticada pelo agente, ao qual gera o dever de indenizar.
- b) **Dano:** é a lesão a um bem jurídico, que pode ser classificado como danos materiais ou patrimoniais e danos imateriais ou morais.
- c) **Nexo causal:** é a relação entre o fato (causa) e o dano ocorrido (efeito). O nexo de causalidade é elemento essencial nos casos de indenização, já que a responsabilidade civil existe a partir da existência do nexo causal entre o fato e o resultado danoso.⁵⁷

Em se tratando de excludentes de ilicitude, o artigo 188 do Código Civil traz o seguinte:

⁵⁵ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 558.

- I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
- II - a deteriorização ou destruição de coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.⁵⁸

Segundo Flavio Tartuce, a responsabilização independente de culpa representa um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas. Com certeza, afastada a responsabilidade objetiva, muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa.⁵⁹

Assim, entendemos que, sempre que se verifica uma lesão do direito, sempre que se infringe um dever jurídico correspondente a um direito, nasce como consequência a responsabilidade civil.

2.3. Tarifação e Arbitramento

É passivo o entendimento de que não é possível atualmente tarifar o dano moral, mesmo que através de lei, por respeito ao caput do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁰, porque feriria o princípio da isonomia, o qual possui sinônimo de igualdade, ou seja, um tratamento igual e justo para os cidadãos.

O artigo 944 do Código Civil diz que, “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”⁶¹. Ou seja, a indenização não deve ser fixada em uma proporção inferior ao do dano sofrido pelo patrimônio sob a pena de uma parte do dano sofrido não ser indenizado, mas também não pode ser transformado em um meio de enriquecimento sem causa.

⁵⁸ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁹ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2, p. 375.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Já o artigo 946 do Código Civil prevê que, “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”.⁶²

Ao contrário do que alguns possam defender, deve-se compreender que tal dispositivo não traz tarifação ou tabelamento ao dano moral⁶³. Entende-se que, qualquer tentativa de avaliar ou tarifar danos morais é notadamente inconstitucional, pois levaria a tratar desigualmente os desiguais, levando em conta que a fixação é feita por meio de salários mínimos, em relação aos danos morais, respectivamente.

De acordo com o entendimento de Mauro Schiavi, para chegar-se a um valor de indenização devem ser analisadas as seguintes características:

- 1) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente;
- 2) valorar o dano segundo critérios de tempo e lugar da ocorrência;
- 3) analisar o perfil da vítima e do ofensor;
- 4) analisar se conduta foi dolosa ou culposa e sua intensidade;
- 5) considerar danos atuais e prejuízos futuros;
- 6) guiar-se pela razoabilidade, equidade e justiça;
- 7) proteger a dignidade da pessoa humana;
- 8) considerar tempo de serviço e remuneração;
- 9) atender à função social do contrato, da propriedade e da empresa;
- 10) inibir que o ilícito se repita;
- 11) chegar ao acerto da dimensão do dano de forma mais próxima possível;
- 12) considerar situação econômica do país e o custo de vida da região.⁶⁴

Em atendimento ao artigo 947 da lei civil, “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”⁶⁵. Esta fixação do valor da indenização em moeda nacional corrente deverá obedecer ao princípio do nominalismo, ou seja, o valor nominal que o Estado atribui à moeda no ato da emissão ou cunhagem.

Já o artigo 949 do Código Civil informa que, “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.⁶⁶

O Artigo 950 do Código Civil estipula ainda que, além da ofensa sofrida como resultado da qual a pessoa ofendida não pode exercer sua atividade comercial ou profissional,

⁶² BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶³ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2, p. 557.

⁶⁴ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 392.

⁶⁵ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ou se sua capacidade de trabalho é reduzida deverá haver compensação, além de despesas de tratamento e perda de lucros no final da convalescença. Deverá ser ainda incluída pensão correspondente à importância do trabalho para o qual foi desativada, ou a depreciação por ela sofrida⁶⁷.

Fica entendido que a indenização pode ser cobrada pelos danos imediatos, desde que todos eles tenham sido provados, cuja responsabilidade é do autor da ação corretiva. Em suma, entende-se que o juiz deve analisar o caso específico, a fim de determinar, do ponto de vista social, qual o melhor momento para pagar a compensação.

De acordo com o entendimento de Flávio Tartuce, baseado no artigo 950 do Código Civil,

A vítima não tem o direito absoluto de que a indenização por danos materiais fixada em forma de pensão seja arbitrada e paga de uma só vez, podendo o magistrado avaliar, em cada caso concreto, sobre a conveniência da aplicação da regra que autoriza a estipulação da parcela única, a fim de evitar, de um lado, que a satisfação do crédito do beneficiário fique ameaçada e, de outro, que haja risco de o devedor ser levado à ruína.⁶⁸

Segundo o STF, toda e qualquer possibilidade de tentar tarifar ou restringir a reparação por danos morais seria inconstitucional, por ofender os dispositivos expressos nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal.⁶⁹

Diante do exposto, pode-se ver o seguinte julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶⁸ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2, p. 559.

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.⁷⁰

A recente lei 13.467/2017 que promoveu alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, tal qual ocorreu com o Código Civil, não promoveu a tarifação da reparação dos danos morais, todavia, a nova legislação trouxe critérios mais precisos, os quais deve o juiz analisar ao fixar o valor de compensação, senão vejamos.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017):
 I - a natureza do bem jurídico tutelado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 III - a possibilidade de superação física ou psicológica; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 VII - o grau de dolo ou culpa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 VIII - a ocorrência de retratação espontânea; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 X - o perdão, tácito ou expresso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
 XII - o grau de publicidade da ofensa.⁷¹

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou seu interesse em fixar parâmetros de valores de danos morais, embora não seja uma orientação vinculante.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o método atualmente utilizado para analisar a adequação dos valores é o chamado modelo bifásico, o que significa estabelecer um valor básico de indenização, levando em conta a jurisprudência sobre casos de dano ao mesmo interesse legal, e então a indenização final é alcançada ajustando-se o valor básico a mais ou a menos, dependendo das circunstâncias específicas do caso.

⁷⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RECURSO EXTRAORDINARIO: 396386 SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 13/08/2014. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741625/recurso-extraordinario-re-396386-sp>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

Na segunda fase, o juiz pode analisar a gravidade do fato em si e suas consequências, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, a possível participação culposa da vítima, a condição econômica do infrator e as condições pessoais do ofendido.

Contudo, chega-se à conclusão que não há valores fixados como regra para o arbitramento dos danos morais, devendo a indenização ser realizada na medida do alcance do dano sofrido, cabendo ao magistrado analisar o grau da lesão sofrida e então buscar compensar o sofrimento da vítima, bem como punir o gerador do dano de forma que afete o seu patrimônio, mas levando em consideração que esse arbitramento deve ser feito de forma justa, não levando ao enriquecimento sem causa da vítima.

CAPÍTULO III – DIREITO DE NÃO SABER

3.1. Direito de não saber como forma de preservar o direito à intimidade

É correto dizer que o conhecimento traz o poder, mas o conhecimento exagerado, absoluto, traz a total impotência, até porque quando se diz que “saber é poder”, é certo que nem sempre. Na maioria das vezes termos conhecimento, por exemplo, do ponto fraco da pessoa com que se negocia, traz a ideia de controle da situação, ou seja, nos dá a impressão de ter poder.

Mas se seguirmos a mesma linha de raciocínio e aprofundarmos esse conhecimento, como por exemplo, saber quando se vai morrer e como isso acontecerá, ou até mesmo quando e se irá passar por um divórcio futuramente, então essa ideia de poder, obtida pelo conhecimento, passa a não ser tão vantajosa, e o que era visto como poder torna-se uma vulnerabilidade. Ao invés de poder e certeza de vantagem, o indivíduo passa a se sentir oprimido, vendo-se numa posição de somente aguardar os acontecimentos.

E assim não é diferente no direito de não saber, quando falamos em não querer saber algo que não tenha sido solicitado, o sentimento que se quer expressar é o de vulnerabilidade, tendo em vista que o indivíduo que tem sua intimidade violada fica totalmente desprovido de privacidade. O direito de não saber vem justamente para prevenir violações indesejadas que podem ocorrer futuramente.

Analisando de outra forma, sabemos que um dia veremos a infinita bondade e perfeição do Criador nesse mundo, e que supostamente toda ação positiva gerada por cada um aqui na terra é tido como um passo ao objetivo final. Mas é verdade que não temos ideia de quando isso acontecerá e a pergunta mais intrigante da vida continua um mistério. E é assim que devemos analisar a intimidade, o direito de não saber busca especificamente preservar a intimidade do ser humano, resguardando e preservando o seu íntimo.

É considerável analisar que o direito é passível de ser reformulado, justamente para atender às novas demandas, caso contrário terá como consequência não suprir a proteção à vida do ser humano na sua dimensão individual.

No entanto, segundo Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves, parece ser mais coerente, quando se fala em direito à intimidade, tratá-lo como o direito de manter o domínio sobre as próprias informações.⁷²

A mesma autora ainda complementa dizendo que: “A intimidade, portanto, deve ser encarada como a possibilidade de ter controle de circulação desses informes, bem como de ter escolha sobre a ciência dos dados que podem ser conhecidos por terceiros e exposto ao público e/ou à própria pessoa”.⁷³

Pode-se ver que as informações e os dados pessoais são bens jurídicos importantes de um modo geral, e por isso precisam ser revistos para sua melhor abrangência.

De acordo com Gilberto Haddad Jabur, “o direito à intimidade confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo particular, próprio e inadmitir a ingerência ou intromissão alheia, representada pela curiosidade que busque adentrar o universo restrito e pouco compartilhável do indivíduo”.⁷⁴

Portanto, pode-se ver que o direito à intimidade garante o direito da pessoa de preservar-se, de viver sem ingerências externas, até porque a intimidade traz a ideia do direito de ficar só, ou seja, o indivíduo tem o direito de ter resguardada a sua vida privada contra ingerências indevidas de terceiros.

E conseqüentemente, quando se fala em direito de não saber, logo se pensa em privacidade, e esta mesma nos leva a preservar a intimidade de cada pessoa. O direito de não saber nada mais é do que uma proteção ao direito de intimidade, garante ao indivíduo tutela restrita de seus pensamentos e informações, mesmo que nem o próprio detentor tenha conhecimento da mesma. É algo estritamente pessoal, tão íntimo que nem a pessoa tenha conhecimento, e é fato que tal indivíduo tenha direito em não querer saber de tudo que acontece, por exemplo, no seu corpo, quanto a sua saúde ou outras formas de informação de que possa em determinado momento passar a ter conhecimento.

Pode-se dizer que o direito de não saber protege, sim, o direito à intimidade, e mais, resguarda tal direito fundamental, tão importante para cada cidadão, direito este que vem sofrendo mutações ao longo dos anos e que certamente nos protege a cada alteração, o que

⁷² GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. **O Direito a não saber: novos contornos do direito a intimidade.** 2014, p. 88. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-n%C3%A3o-saber-novos-contornos-do-direito-%C3%A0-intimidade>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

⁷³ GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. **O Direito a não saber: novos contornos do direito a intimidade.** 2014, p. 88. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-n%C3%A3o-saber-novos-contornos-do-direito-%C3%A0-intimidade>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

⁷⁴ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 261.

nos leva à certeza de que teremos nossa intimidade preservada, e que esta não será violada injustamente.

3.2. Os desafios encontrados em ter o direito à intimidade preservada, como consequência do direito de não saber.

De fato, o espírito humano despótico de controlar tudo, incluindo a intimidade dos outros, resulta na necessidade de meios legais para proteger a dignidade dos indivíduos.

Ao lidar com o assunto, podemos enumerar três formas diferentes de intimidade: o primeiro atinge o direito à privacidade, que trata de assuntos relacionados às notícias ou expressões que o sujeito deseja excluir do conhecimento de terceiros; outra forma seria a esfera confidencial, ou aquilo que o indivíduo traz à atenção de outra pessoa de sua confiança, excluindo quaisquer outras pessoas; e a esfera que podemos chamar de segredo, ou aquilo que não deve chegar ao conhecimento de outras pessoas. Assim, o direito à intimidade engloba vários estágios e etapas da vida, como confidências, memórias, saúde física e mental, afetos e costumes, entre outros.

Por outro lado, é correto dizer que todo ser humano é dotado do direito à intimidade, e esse direito nasce com ele.

No entanto, o direito à intimidade não é absoluto, mais do que qualquer direito individual. De fato, a tangibilidade do direito à privacidade, nos casos em que é necessário para a preservação de um direito maior, seja do ponto de vista individual ou do ponto de vista do interesse público, é excepcionalmente admissível.

Quando falamos do direito de não saber, certamente pensamos no princípio da autonomia e, mesmo com base na dignidade da pessoa humana, é certo que cabe ao paciente decidir se deseja ou não fazê-lo ou ser informado, pois informações relacionadas principalmente à saúde podem favorecer ou prejudicar imensamente o seu estado mental-emocional.

Já se sabe como a mente é impressionável e sugestionável. E assim, mesmo que haja um dever de informar, é razoável para as pessoas que têm dificuldade em receber informações confidenciais, e que são questionadas voluntariamente sobre o interesse em recebê-las ou não.

Mas como se pode ver, por exemplo, o artigo 13 do Código de ética médica diz que é vedado ao médico, “Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença”.⁷⁵

E indiretamente ressalta a necessidade da prática da informação quando estabelece vedação de impossibilitar ou dificultar a autonomia do paciente em decidir sobre a atenção sobre sua saúde.

“Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.⁷⁶

Muito embora seja claro o dever do médico de informar ao paciente sobre seu estado de saúde, ainda nos cabe analisar o inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal; “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.⁷⁷

O impacto que cada informação gera deve ser analisado de forma estritamente particular, levando em consideração a natureza psicológica de cada indivíduo. Consiste no modo individual como cada pessoa recebe e, principalmente, reage às informações sobre sua saúde. E a cada reação psíquica corresponde uma consequência somática que pode favorecer ou prejudicar um tratamento ou alterar o ritmo de vida, isso dependendo da área que será afetada com dada informação.

É correto dizer que não há nenhuma presunção de que o indivíduo detentor de sua intimidade não seja obrigado a saber tudo em relação a sua própria privacidade, até porque se fosse o caso, haveria uma verdadeira oposição quanto aos princípios democráticos de tutela da esfera privada de uma pessoa, e não haveria necessidade de proteção à autonomia existencial de cada um de nós.

Diante do exposto, pode-se afirmar que é fato que não existe norma infraconstitucional que restrinja o âmbito de proteção do direito fundamental a intimidade do direito de não saber. Logo se pode dizer que é possível sustentar que o direito de não saber está incluído no raio de proteção da intimidade.

⁷⁵ Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 35. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

⁷⁶ Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010, p. 37. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

3.3. Ponderação de Princípios

A ponderação de princípios surge como uma forma de solucionar situações onde dois ou mais princípios, no caso do presente trabalho, direitos fundamentais, parece ser aplicado ao caso, sendo um confrontante ao outro.

Visando dar solução, e ante à impossibilidade de se aplicar a exclusão deles, como se faz com as regras, a ponderação surge como forma de afastar, naquele caso específico, a aplicação de um determinado princípio para dar lugar ao outro, sem que, contudo, ambos deixem de vigor no sistema constitucional.

Para chegar ao que é de fato uma ponderação de princípios, é necessário analisar suas bases, isto é, suas raízes. E para tanto iremos passar a analisar a diferença entre princípios e regras.

Já se sabe que a Constituição Federal foi responsável por incluir os princípios dentro do sistema legal, estes vieram então para sedimentar os novos direitos, de segunda e terceira geração.

Ao longo dos anos, os princípios ganharam a chamada "força normativa", que acabou gerando uma ampla aplicação no ordenamento jurídico.

Segundo Dworkin, as regras seriam aplicadas segundo um modelo de "tudo ou nada". Os princípios, de forma distinta das regras, possuiriam uma dimensão de peso, que seria plenamente perceptível quando ficássemos diante de uma colisão entre princípios, em que um princípio que tivesse um peso maior seria sobreposto a outro princípio, sem que o de menor peso perdesse a sua validade.⁷⁸

Para W. Canaris, os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização. Os princípios, ao contrário das regras, receberiam o seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.⁷⁹

Já para Robert Alexy, os princípios jurídicos consistiriam apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas fáticas.⁸⁰

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁹ CANARIS, Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. São Paulo: Almedina, 2009.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

Seguindo este raciocínio, Alexy tende a formular a "técnica" de ponderação de princípios, que consiste de forma resumida, em uma fórmula em que o peso de cada princípio é considerado no caso concreto em que é ponderado, a fim de descobrir qual princípio deve ser sacrificado. Dentro desta consideração, as máximas da proporcionalidade aparecem em sentido estrito, adequação e necessidade, uma vez que todo processo é apoiado por uma teoria argumentativa, com o propósito de revelar as intenções do intérprete em sua análise de ponderação.

Partindo para outra premissa, já se sabe que não é possível colisão entre regras e princípios, levando em consideração a teoria de Alexy, a qual diz que os princípios são caracterizados como mandamentos de otimização, de forma que ordenam algo que seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁸¹. Em outras palavras, o princípio é o orientador da aplicação da regra, mostrando o caminho a seguir.

A colisão sempre ocorre no caso concreto, isto é, as regras no abstrato são coniventes, mas, diante de uma determinada situação factual, elas começam a divergir, permitindo que apenas uma delas seja aplicada. Em caso de colisão entre regras, porque são padrões com critérios de hierarquia e podem ser declarados ilegais, apenas um deles se aplica.

Mas a dúvida surge quando se tem uma colisão entre dois ou mais princípios, quando cabe analisar o peso de cada princípio, ou seja, verificar qual deles teria maior peso e deveria se sobressair em relação ao outro. E foi a partir daí que surgiu a teoria da ponderação.

Vejamos a seguinte decisão:

BLOQUEIO DE VEÍCULO EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. DECRETO DE PERDIMENTO DO BEM POR ATO DA RECEITA FEDERAL. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Veículo constrito em ação trabalhista como única possibilidade de garantia de créditos de natureza alimentar, mas apreendido em Posto de Fiscalização da Receita Federal, porque usado pelo original reclamado para prática de ilícito de índole tributário- aduaneiro em região de fronteira, com ulterior decreto de perdimento de propriedade e destinação ao Ministério da Defesa, enseja manutenção do bloqueio. Por serem legais tanto a constrição trabalhista, como a apreensão do veículo em face do exercício do Poder de Polícia do Estado e o ato administrativo de destinação, a situação que se apresenta é o estado de tensão entre princípios de natureza constitucional. A solução do impasse reside na ponderação de interesses, técnica de composição das tensões entre princípios constitucionais, com a adoção do princípio da proporcionalidade e suas máximas parciais (conformação-adequação de meios, necessidade-exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou da justa medida a partir da equação entre meios e fins). Na hipótese, adotada como norte e limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, cintilam com maior destaque os princípios da dignidade da pessoa do trabalhador e da

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

solidariedade. Agravo de petição provida para reformar a sentença que acolheu os embargos de terceiros da União e determinar a manutenção do bloqueio sobre o veículo.⁸²

É claro, então, que a jurisprudência considera como sinônimos o peso dos interesses, a ponderação de valores e, também, a ponderação de princípios.

Pode-se dizer então, que a ponderação se subdivide em dois campos diferentes, sendo a justificação interna, que seria a própria ponderação e justificação externa que é a responsável por sustentar aquela resposta que foi encontrada através de um procedimento racional.

O método da ponderação deve respeitar três postulados:

- a) A proporcionalidade;
- b) A razoabilidade;
- c) A adequação.

Para Alexy, estes são os três elementos da estrutura analítica da ponderação. Segundo o mesmo autor, “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas de sua concretude”⁸³, enquanto a ponderação em sentido estrito surge “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”.⁸⁴

Quanto à adequação, o meio a ser escolhido pelo intérprete, que já deixa claro para nós que o juiz tem um campo de atuação dentro dessa teoria, que deve ser adequado, capaz de atingir o objetivo proposto.

No que diz respeito à necessidade, o meio escolhido deve ser, entre dois meios adequados, aquele que intervém de maneira menos intensa, que se mostra necessário. A proporcionalidade, no sentido estrito, expressa a otimização máxima entre dois princípios colidentes, de modo que quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, maior a sua importância para a satisfação do outro.

⁸² BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. TRT-9. (TRT-9 1322200995900 PR 1322-2009-95-9-0-0, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU Data de Publicação: 19/10/2010) Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18890934/1322200995900-pr-1322-2009-95-9-0-0-trt-9> > Acesso em: 21/05/18.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2008, p. 116.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2008, p. 116.

Já se percebe que nada tem a ver com a máxima do senso comum que é aplicada pelos nossos tribunais. O equilíbrio, que é visto aqui como sinônimo de proporcionalidade no sentido estrito, passa por três etapas.

Em primeiro lugar deve-se avaliar o grau de não satisfação e de não afetação de um dos princípios entre aqueles colidentes. Depois, deve-se avaliar a importância da satisfação do princípio colidente para, por fim, avaliarmos se a importância de satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação de outro princípio.⁸⁵

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV NÃO SOLICITADO, POR MEIO DO QUAL O PACIENTE OBTVEU A INFORMAÇÃO DE SER SOROPOSITIVO - VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - INFORMAÇÃO CORRETA E SIGILOSA SOBRE SEU ESTADO DE SAÚDE - FATO QUE PROPORCIONA AO PACIENTE A PROTEÇÃO A UM DIREITO MAIOR, SOB O ENFOQUE INDIVIDUAL E PÚBLICO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - O direito à intimidade não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico;

II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável;

III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior;

IV - Não se afigura permitido, tampouco razoável, que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir a juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário;

V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade;

VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença,

⁸⁵ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 208.

que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais;

VII - Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data máxima vênua, não se afigura correto;

VII – Recurso Especial improvido.⁸⁶

O debate reflete corretamente o conflito entre os defensores de uma concepção mais ampla do direito à privacidade e adeptos de uma concepção restrita de privacidade, que fez prevalecer o entendimento no caso em que uma pessoa tem o direito de ter protegida sua vida privada contra interferência indevida de terceiros, mas não contra o próprio conhecimento.

Segundo Mulholland, 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.⁸⁷

⁸⁶ BRASIL. REsp 1195995/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011.

⁸⁷ MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012, p. 03. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de não saber é mais um instrumento a garantir o direito à privacidade e principalmente o direito à intimidade.

Ficou claro que a mais correta maneira para se decidir sobre lides que abordem o direito de não saber é através da análise do caso juntamente com a ponderação de princípios. A nudez doutrinária sobre o assunto é justificada pela falta de exploração feita sobre esse direito, pois pode um caso peculiar contrariar toda uma linha de raciocínio, minuciosamente trabalhada, pelo simples fato de apresentar um elemento ou circunstâncias inéditas.

É certo que deverá ocorrer um enriquecimento acerca do tema, mas é fato que a essência de estudo não se altera.

No entanto, não se pode retirar do indivíduo seu direito de intimidade, pois é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, direito este que deve ser respeitado e livre de violações.

E uma das formas mais precisas de se garantir esse direito é adotando as prerrogativas do direito de não saber, fazendo uso desse direito, não restam dúvidas quanto ao devido respeito ao direito a intimidade e assim fica mais nítido o dever de se preservar a intimidade de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005

BAHIA, Flavia. **Descomplicando Direito Constitucional**. Ed. Armador, Recife, 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

BRASIL. **REsp 1195995/SP**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RECURSO ESPECIAL: Resp. 1195995 SP 2010/0098186-7. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI. DJ: 22/03/2011. Jus Brasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7>>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: 396386 SP. Relator: Ministro Carlos Veloso. DJ: 13/08/2014. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741625/recurso-extraordinario-re-396386-sp>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 498 do STJ: “Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais”.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJ-RS-RECURSO CÍVEL: 71003858933 RS. Relator: Fernanda Carravetta Vilande. DJ: 12/12/2002. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22859208/recurso-civel-71003858933-rs-tjrs?ref=juris-tabs>> Acesso em: 24 de abril de 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. TRT-9. (TRT-9 1322200995900 PR 1322-2009-95-9-0-0, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU Data de Publicação: 19/10/2010) Jus Brasil, 2018. Disponível em: <<https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18890934/1322200995900-pr-1322-2009-95-9-0-0-trt-9>>. Acesso em: 21 de maio de 2018.

CANARIS, Wihelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. São Paulo: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma Teoria Dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. **O Direito a não saber: novos contornos do direito a intimidade**. 2014. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-n%C3%A3o-saber-novos-contornos-do-direito-%C3%A0-intimidade>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>>. Acesso em: 24 de abril de 2018.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **A quebra do sigilo bancário e o fisco**. São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, vol. 2.