

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Maria Creusa De Araújo Borges; Helena Nastassya Paschoal Pitsica – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-426-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

No presente livro, são tratados vários temas. O interessante é que perpassa por todos eles, direta ou indiretamente, a ideia de responsabilidade civil. O Direito Civil Contemporâneo pode ser visto sob dois prismas. Primeiramente, como sinônimo de Direito Civil Constitucional; em segundo lugar, como Direito Civil dogmático, visto sob a ótica do Direito Privado e da autonomia privada. Nos textos que compõem este livro, pode-se verificar ambas as vertentes. Espera-se que o leitor possa tirar bom proveito.

DIREITO DE NÃO SABER ATRAVÉS DE UMA ANÁLISE CIVIL CONSTITUCIONAL

RIGHT NOT TO KNOW THROUGH A CIVIL CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Katlen Batista dos Santos

Resumo

Objetiva-se demonstrar a importância de aplicar o Direito Civil Constitucional no âmbito das relações privadas, através de uma análise ao Direito de não saber. Após introdução ao Direito Civil Constitucional, adentraremos na esfera privada da Teoria do Direito de não saber, com o intuito de demonstrar que quando o direito individual de uma pessoa puder causar danos a terceiros, o direito de não saber não deverá ser aplicado de maneira absoluta. A metodologia a ser utilizada até aqui foi a da pesquisa exploratória, com abordagem de natureza qualitativa, com delineamento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direito civil constitucional, Direito privado, Direito de não saber, Código civil, Constituição federal

Abstract/Resumen/Résumé

The objective is to demonstrate the importance of applying the Civil Constitutional Law in the context of private relations, through an analysis of the Right of not knowing. After introducing Civil Constitutional Law, we will enter the private sphere of the Theory of the Right of Not Knowing, in order to demonstrate that when the individual right of a person may cause damage to third parties, the right not to know should not be applied in an absolute manner. The methodology to be used so far was exploratory research, with a qualitative approach, with bibliographic and documentary design.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional civil law, Private right, Right not to know, Civil code, Federal constitution

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito Civil Constitucional surgiu no pós-guerra, na defesa de uma releitura do direito civil para dar foco a pessoa humana e desconstruir o caráter patrimonialista previsto nos Códigos Civis da época. A teoria supramencionada foi trazida para o Brasil na década de 1990 e tem como objetivo a leitura da Constituição no topo do ordenamento jurídico. Não obstante, existe certa resistência de determinados juristas acerca do tema, por entenderem não ser uma teoria bem fundamentada. Além disso, surge ainda, indagações sobre a divisão entre aquilo que se enquadraria como direito público ou direito privado, será utilizada a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico para desmistificar esta questão.

Posteriormente, surge no direito privado a teoria conhecida como Direito de não saber, que adveio do objetivo de assegurar a intimidade e a privacidade de cada pessoa. Será abordado também aspectos referentes aos conflitos entre interesses individuais e coletivos, para isso utilizara-se das gerações dos direitos fundamentais. Neste artigo, será empregado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em um julgado no ano de 2011, onde foi postulado pelo autor da ação o direito de não saber ser portador do vírus do HIV. Tratar-se-á ainda do direito de não saber estar infectado pelo vírus do covid-19 e como o direito individual pode afetar toda a saúde pública.

Pretende-se demonstrar a importância de interpretar cada caso a luz da esfera Constitucional, aplicando a Constituição no âmbito das relações privadas mesmo que diante de um instituto que defenda fortemente a esfera privada, e os direitos individuais de determinada pessoa, como é o Direito de não saber.

A relevância do tema aqui desenvolvido está diretamente ligada a abordagem de um assunto já existente, entretanto, que possui pouca discussão acerca da aplicação não absoluta de determinado direito. Aqui será realizada uma análise da teoria do Direito de não saber, com o objetivo de demonstrar porque a sua aplicação não deve ocorrer de maneira absoluta quando puder colocar em risco o direito de outras pessoas, ou seja, da coletividade no geral. Pretende-se uma ampliação de pesquisas anteriores.

O problema que surge em face desta temática é: Em que situações o Direito de não saber deve ser garantido e em quais deve ser afastado? Não se pretende com este artigo realizar uma oposição ao Direito de não saber, nem tão pouco posicionar-se contra o Direito a privacidade e a intimidade. Parte-se da hipótese de que a aplicação do Direito Civil Constitucional nas relações privadas é de suma importância para

decidir casos em que o direito individual de um indivíduo não poderá ser interpretado de maneira absoluta e, quando o Direito Privado entrar em conflito com o Direito da coletividade podendo causar danos a terceiros, o Direito de não saber não deverá ser aplicado de maneira absoluta. Assim sendo, é necessário discorrer sobre o tema devido à pouca discussão acerca da aplicação não absoluta deste direito.

O presente artigo tem natureza básica, tendo em vista que permanece no campo teórico. Trata de pesquisa exploratória e objetiva “esclarecer e modificar ideias” (HENRIQUES E MEDEIROS, 2017, p. 99). No que tange o delineamento, os procedimentos utilizados foram: pesquisa bibliográfica e documental. Quanto a abordagem, este artigo trata de pesquisa qualitativa (GIL, 2008).

Para além disso, a pesquisa qualitativa também pode se desenvolver pelo delineamento de uma pesquisa documental, para isso foram utilizados dados como documentos oficiais do tipo jurisprudência e legislação. (HENRIQUES E MEDEIROS, 2017).

Quanto à forma de análise dos resultados, conforme destaca Antônio Carlos Gil, é preciso considerar que:

[...] ao contrário do que ocorre nas pesquisas experimentais e levantamentos em que os procedimentos analíticos podem ser definidos previamente, não há fórmulas ou receitas predefinidas para orientar os pesquisadores. Assim, a análise dos dados na pesquisa qualitativa passa a depender muito da capacidade e do estilo do pesquisador. (GIL, 2008, p. 175)

Assim sendo, inicialmente optou-se por elaborar fichamentos da revisão de bibliografia e dos documentos pertinentes para através da técnica de comparação analisar e interpretar os resultados “de forma a tornar a investigação consistente, coerente e válida, do ponto de vista da qualidade dos dados” (DIAS; GUSTIN; NICÁCIO, 2020, p. 205).

A metodologia foi desenvolvida em três fases: na primeira, foi explorada a parte fundamental da bibliografia sobre o Direito Civil Constitucional, abordando a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico, bem como as divergências doutrinárias sobre o tema. Será observada ainda a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, a fim de esclarecer a importância de aplicar a Constituição no vértice do ordenamento jurídico. Na segunda fase, foi analisado o surgimento do Direito de não saber.

Na terceira fase foram identificados os critérios de restrição ao Direito de não saber, para demonstrar quando deveria ser aplicado ou excluído. Ainda na terceira fase, foram trazidas informações sobre como o direito de não saber pode influenciar na prevenção à doença (HIV). Abordou-se ainda sobre o direito de não saber quanto ao não conhecimento de vírus da covid-19.

Dessa forma, pretende-se colaborar com os estudos já realizados sobre o Direito Civil Constitucional e sobre a Teoria do Direito de não saber, preenchendo a lacuna de conhecimento existente quando da discussão acerca da aplicação não absoluta do Direito de não saber. Entende-se que a teoria em questão é perfeitamente válida em nosso ordenamento, entretanto, sua aplicação não deve causar danos a terceiros.

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

Após a Segunda Guerra Mundial, países da Europa se depararam com Constituições de caráter completamente autoritário, por esta razão, perceberam a necessidade de editá-las, de forma a priorizar a dignidade da pessoa humana, conforme bem descreveu Schreiber e Konder (2016). A partir da edição dessas novas Constituições, ficou evidente o confronto de princípios entre a Constituição e o Código Civil, tendo em vista o caráter individualista e patrimonialista deste (SCHREIBER E KONDER, 2016).

As novas leis Constitucionais visavam a função social da propriedade, onde o proprietário de um bem deveria atender aos interesses sociais e coletivos da sociedade, enquanto o Código Civil dava enfoque tão somente ao patrimônio, conforme Terra, Schreiber e Konder (2016). Isto posto, ocorreu o que Perlingieri (1999) denominou como despatrimonialização do Direito Civil, afastando o caráter patrimonialista que visava apenas a propriedade e a produção, para ter como foco a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, surgiu na Itália a chamada Teoria do Direito Civil Constitucional, concebida pelo jurista Pietro Perlingieri, a teoria mencionada defende a aplicação direta da Constituição nas relações privadas, inserindo-a no vértice do ordenamento jurídico (SCHREIBER E KONDER, 2016). Para Perlingieri (1999), a Constituição é norma hierarquicamente superior, devendo, portanto, haver harmonia na aplicação entre as normas Constitucionais e ordinárias.

A contar da década de 1990, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin, pioneiros do Direito Civil Constitucional no Brasil, trouxeram ao país o estudo dessa teoria (SCHREIBER E KONDER 2016). O método Civil Constitucional trata de uma releitura do Direito Civil com base na Constituição, interpretando o ordenamento jurídico como um todo (SCHREIBER E KONDER (2016).

Desmistificar a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado é um desafio para adotantes da Teoria Civil Constitucional, considerando que determinados juristas ainda se manifestam contra a sua adoção, como é o caso de Reis (2017) e Leal (2015). De acordo com os apontamentos de Reis (2017), a aplicação direta ou indireta da Constituição no âmbito das relações privadas se tornaria incoerente, uma vez que para ele tal metodologia versaria sobre afirmações injustificadas e sem argumentos, tratando-se de uma presunção doutrinária que não resultou de pesquisas. Ainda nesse

diapasão, Leal (2015) argumenta que o Direito Civil Constitucional se baseia em fundamentações vagas. Além disso, o autor alega a banalização do princípio da dignidade da pessoa humana, e afirma: “Ela está em todo o lugar, mas não se sabe o que ela significa; ela serve para explicar tudo, mas é incapaz de orientar efetivamente processos de interpretação e aplicação do direito privado.” (LEAL, 2015, p. 21).

Anteriormente à Constituição de 1988, o Direito Público defendia o interesse Estatal, enquanto o Direito Privado priorizava o interesse particular, conforme destacado por Dornelles (2016). De acordo com a Teoria Civil Constitucional, deixa de existir uma separação entre o que seria Direito Público ou Privado. Moraes (1993) já apontava a inexistência da *summa divisio* entre público e privado, pois os princípios constitucionais deveriam ser aplicados diante de qualquer norma, como centro do ordenamento jurídico. Para a autora:

Não há, assim, que se resguardar uma esfera da outra, proteger o direito privado das invasões da esfera pública, porque também os poderes públicos, como é notório, devem respeito às opções político-normativas do legislador constitucional. (MORAES, 1993, p.5)

Conforme leciona Schreiber e Konder (2016), a metodologia Civil Constitucional defende, ainda, a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico. A unidade diz respeito ao ordenamento centrado em valores constitucionais através da inserção da Constituição no vértice do ordenamento jurídico, e a complexidade refere-se à diversidade de fontes normativas. A unidade do ordenamento evita sua divisão em microsistemas, onde cada lei atuaria de maneira autônoma. De acordo com Schreiber e Konder:

Dessa superioridade constitucional decorre a unidade e complexidade do ordenamento jurídico: ainda que se diversifiquem suas fontes, se multipliquem suas normas e se especializem os seus setores, o ordenamento permanece unitário, pois centrado sobre os valores constitucionais. Com tal abordagem, a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado. Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade. (SCHREIBER E KONDER, 2016)

Posteriormente, no ano de 1890, Warren e Brandeis, juizes do Tribunal Americano decidiram pela necessidade de tutelar os direitos à intimidade e a privacidade (MULHOLLAND, 2012). Devido ao constante avanço tecnológico e acesso à internet, foi possível perceber maior facilidade de acesso aos dados pessoais de maneira indesejada, razão pela qual, com objetivo de proteção, foi necessário a evolução destes direitos, reconhecido o Direito de não saber (MULHOLLAND, 2012).

Para Carlos Konder, em Terra, Schreiber e Konder (2016), bem como para Mulholland (2012), defensores da teoria, o Direito de não saber está conectado não somente ao direito de que outras pessoas não saibam algum assunto, mas de que a própria pessoa não tenha acesso a determinada informação.

Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizado do *right of privacy*, manifesta-se também como poder negativo, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações não desejada. Daí porque se referir ao direito de não saber como consequência da proteção do direito à intimidade. (MULHOLLAND, 2012, p. 3)

Acerca do Direito de não saber, parte da doutrina estrangeira também se posiciona a favor da teoria, tal como é o entendimento de Neuner (2015). Para o autor, o Direito de não saber está associado diretamente à vontade voluntária do indivíduo para renunciar determinada informação, “aquele que informa uma pessoa sobre algo que esta pessoa não gostaria de saber, restringe a liberdade dessa pessoa” (NEUNER, 2015, p. 22).

Ainda nesse sentido, a Constituição Federal/88 artigo 5º, X prevê: “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.” Dessa forma, viola-se o Direito de não saber quando a própria pessoa recebe notícia da qual desejava não ter conhecimento (MULHOLLAND, 2012).

É certo que toda pessoa tem o Direito de não ser informado sobre determinado assunto, tendo em vista que a Teoria do Direito de não saber é válida e existente no ordenamento jurídico vigente, conforme demonstrado supra. Contudo, o que se pretende é demonstrar que existem casos em que o Direito de não saber extrapola a esfera privada de quem o exerce, passando a atingir não somente a intimidade e a vida privada de determinada pessoa, mas interferir significativamente na vida de terceiros, podendo provocar danos a estes.

Será utilizado como exemplo o caso do julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2011, o Recurso Especial nº 1.195.995. No caso em comento, o autor da ação através de pedido de seu médico realizou exame de hepatite na clínica ré, onde embora não tenha solicitado, recebeu resultado positivo para HIV. Assim sendo, inconformado com tal situação, o paciente ingressou em juízo solicitando indenização por danos morais, tendo como fundamento o direito de não saber ser possuidor de determinada doença. O voto do tribunal foi desfavorável ao pedido do autor e demonstrou a necessidade de consciência para prevenção de danos a outrem, determinando a inaplicabilidade do Direito de não saber (BRASIL, 2011).

Não saber ser possuidor de determinada doença seria capaz de colocar em risco não somente a vida privada de uma pessoa, mas toda saúde pública, isso porque, estima-se através de estudos realizados que o fato de não ter conhecimento da doença influencia diretamente no uso de preservativo no momento das relações sexuais (LIMA, 2012). De acordo com Lima “90,8% afirmaram não ter usado proteção nas relações antes de se saberem infectados. Trata-se de população sexualmente ativa, que passou a utilizar proteção nas relações sexuais após saber da infecção.” (LIMA, 2012, p. 2), ou seja, é possível verificar a interferência do conhecimento da doença no âmbito das relações pessoais.

Além disso, foi possível verificar que a ocorrência da epidemia da Aids submete-se à conduta da população sexualmente ativa, trata de atitude individual e coletiva da sociedade, ou seja, é necessário que cada indivíduo tenha plena consciência da existência da doença e adote as medidas cabíveis para evitar o contágio de outras pessoas (LIMA, 2012). O fato de não saber ser portador da doença pode prejudicar a prevenção do contágio da Aids, e diminuir a propagação do vírus é uma meta para o tratamento de toda coletividade e não de um único indivíduo (SOUZA MONTEIRO *et al.*, 2019). A prevenção do HIV faz parte do controle sanitário da sociedade, conforme esclarecido por Souza Monteiro *et al.* (2019).

Atualmente existem estudos que afirmam que o fácil acesso a testes anti-HIV seria melhor para prevenção da propagação do vírus do que o uso de preservativo, isso porque, antes da prática sexual os parceiros teriam acesso rápido a tal informação, o que geraria maior cuidado no momento da relação (SOUZA MONTEIRO *et al.* 2019). Além disso, Souza Monteiro *et al.* (2019) leciona ainda, que a realização do teste anti-HIV em grávidas é essencial para a prevenção da doença, pois a partir do conhecimento

serão adotadas medidas para evitar a transmissão do vírus ao bebê no momento do parto.

Outro caso que pode ser utilizado para exemplo, é o do cidadão que se recusa a fazer o teste da COVID-19, isso por não desejar tomar conhecimento de possível contaminação, ou por não querer adotar as medidas de prevenção indicadas para evitar a propagação do vírus. A doença de ligeira disseminação tem origem chinesa e os primeiros casos foram registrados no país em dezembro de 2019 (DIAS, 2020). Rapidamente a doença alcançou outros países, e o número de infectados subiram drasticamente, assim como o número de mortos no mundo inteiro. As principais formas de contágio pelo novo corona vírus ocorrem através da proximidade com um indivíduo contaminado (DIAS, 2020). Distanciamento social e uso de máscaras são formas de evitar a propagação do vírus, de acordo com Abud e de Souza (2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) caracterizou a doença como uma pandemia. Levando em consideração o alto grau de propagação do vírus, pode-se afirmar que se o indivíduo se recusa a saber ser portador da doença, poderia acarretar danos diretos à saúde pública. Diante disto, dos Santos Scoltze (2020, p. 8) foi incisiva ao afirmar que: “para proteger o bem maior, a vida humana, é indispensável assegurar a saúde pública.” Em razão da exposição da saúde pública foi necessário que o Governo Federal aderisse às medidas de prevenção contra o vírus, conforme os apontamentos realizados pela autora (SCOLTZE, 2020).

Dentre as medidas adotadas, estão: distanciamento social, quarentena, exames médicos e testes laboratoriais com determinação compulsória, conforme a Lei 13.979/2020 (BRASIL, 2020). Surge no âmbito do Direito Público e privado uma colisão entre direitos fundamentais, onde de um lado está o direito à liberdade expressamente prevista no artigo 5º da Carta Magna de 1988, e do outro lado está o direito à saúde previsto no artigo 6º da Constituição Federal, ambos considerados invioláveis (BRASIL, 1988). Mais uma vez, se estabelece o conflito entre o interesse individual e coletivo.

É certo que a Constituição Federal garante ao indivíduo o direito à liberdade, sendo um direito pessoal intransponível, também previsto pela primeira geração dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda pela ótica Constitucional, é assegurado o Direito à vida e à saúde, derivados da terceira geração dos direitos fundamentais. Vale ressaltar o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal estipula que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A Constituição prevê que cabe ao poder público adotar medias para redução do risco da doença, através de

regulamentação, fiscalização e controle, vide artigos 196 e 197 CF/88 (BRASIL, 1998). Assim sendo, a Lei 13.979/2020 em seu artigo 3º prevê medidas compulsórias para aqueles cidadãos que descumprirem as normas estabelecidas para o combate à COVID-19 (BRASIL, 2020).

Desta maneira, ingressa-se na esfera dos Direitos fundamentais, que surgiram diante da necessidade de oposição ao absolutismo do Estado, e esclarecer a sua ligação com a Teoria do Direito de não saber. A primeira geração dos Direitos fundamentais previu o Direito à liberdade, e versa sobre os Direitos individuais do homem (LOBATO, 1998). Em momento posterior, nasceu o que ficou conhecido como terceira geração dos Direitos fundamentais a fim de garantir justamente o direito à saúde, conforme apontado por Lobato (1998). Tais Direitos surgiram no pós-guerra, pois foi necessário a cautela a pessoa humana. Foi aí que, segundo Abreu (2007), os Direitos individuais deixaram de ser absolutos. Vejamos:

Os direitos fundamentais foram proclamados e inseridos de maneira explícita nas constituições, há bem pouco tempo, precisamente após a 2ª Grande Guerra Mundial, quando todos os povos intuíram que a preocupação internacional deveria estar voltada para uma proteção aos direitos da pessoa humana, após as violências cometidas pelos regimes fascista, stalinista e nazista, como também pelo perigo de ameaça à tranquilidade universal decorrente da instabilidade das relações entre os diversos países. Esses direitos fundamentais são inesgotáveis, pois à proporção que a sociedade evolui, surgem novos interesses para as comunidades. (ABREU, 2007)

Neste seguimento, já lecionava Perlingieri (1999) sobre a necessidade do Direito a saúde, e que a legitimidade do tratamento sanitário não pode depender apenas de vontade individual. Assim sendo, traz a existência de dois tipos de tratamentos: espontâneo e coativo (PERLINGIERI, 1999). O tratamento espontâneo fica a critério do paciente, quando a patologia interferir apenas na sua esfera individual. Entretanto, para o autor, deverá ocorrer o tratamento coativo do indivíduo quando este apresentar alguma ameaça a sociedade, sendo necessário laudo médico para averiguar a existência de doença (PERLINGIERI, 1999).

Diante desta análise, é possível constatar no âmbito do Direito Público e privado uma colisão entre direitos fundamentais, onde de um lado está o direito à liberdade expressamente prevista no artigo 5º da Carta Magna de 1988, e do outro lado está o direito à saúde previsto no artigo 6º da Constituição Federal, ambos considerados invioláveis.

É bem verdade que a Constituição Federal garante ao indivíduo o direito à liberdade, sendo um direito pessoal intransponível, também previsto pela primeira geração dos direitos fundamentais (LOBATO, 1998). Entretanto, ainda pela ótica Constitucional, é assegurado o Direito à vida e à saúde, derivados da terceira geração dos direitos fundamentais (LOBATO, 1998). De acordo com Bucci (2013) não basta apenas saber o papel do Estado, entretanto, deve-se definir as suas maneiras de atuação. Assim sendo, no caso em questão, o papel do Estado seria não somente garantir a saúde, como atuar em sua prevenção direta.

No caso concreto apresentado, fica evidente a colisão entre os interesses de esfera individual e coletiva. Diante disso, retornamos ao objetivo principal deste trabalho, que é justamente demonstrar a necessidade de aplicar o Direito Civil Constitucional no âmbito das relações privadas, dando a cada caso uma leitura constitucionalizada. Ressaltando, ainda, que quando o Direito privado de um cidadão, ou seja, a liberdade individual de uma pessoa, conflitar com o direito à vida, a saúde, ou seja, direitos da coletividade, não poderá ser aplicado de maneira absoluta, tendo em vista que a terceira geração dos direitos fundamentais pôs fim ao absolutismo do direito individual (ABREU, 2007).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou de forma singela o surgimento da teoria do Direito Civil Constitucional, que ocorreu devido ao caráter autoritário das Constituições em vigor na época. Foi pontuada a importância da aplicação do instituto Civil Constitucional no âmbito das relações privadas, tendo em vista o caráter patrimonialista e individualista dos Códigos Civis anteriores a Constituição Federal de 1988, dando início ao que Perlingieri (1999) denominou como despatrimonialização do Direito Civil. A legislação civilista que visava apenas a propriedade e produção, passou a dar destaque também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi visto que teoria Civil Constitucional surgiu na Itália pelo renomado jurista Pietro Perlingieri, e foi trazida ao Brasil na década de 1990 por Gustavo Tepedino e Maria Celina Bondin (SCHEREIBER E KONDER, 2016). Foi possível observar ainda, que uma parte da doutrina brasileira se posiciona contra a adoção da teoria civil constitucional, sustentando que a mesma seria pouco fundamentada, como é o caso de Reis (2017) e Leal (2015).

Foi possível observar a questão da divisão entre o que seria considerado como direito público e direito privado, onde verificou-se que não há no âmbito da teoria civil constitucional uma *summa divisio* entre esses institutos, conforme os apontamentos de Moraes (1993). Observou-se ainda a unidade e a complexibilidade do ordenamento jurídico.

Em seguida foi possível abordar a teoria do Direito de não saber, que versa sobre direito individual de esfera privada. Foi abordado o seu surgimento e aplicação em casos que envolvem a esfera individual de cada pessoa. Diante disso, foi feita uma análise ao julgamento do STJ do ano de 2011 (BRASIL, 2011) que trata diretamente de um caso em que a parte ingressou em juízo postulando o direito de não saber ser portador de vírus do HIV, para isso, restou demonstrado como o direito de uma única pessoa poderia afetar a vida da coletividade e afetar a saúde pública.

Além disso, utilizou-se como exemplo o caso de recusa a fazer o teste de covid-19 por não querer saber ser possuidor de coronavírus. Daí em diante ingressamos na seara dos Direitos fundamentais, explanando sobre o direito à saúde, direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

Neste seguimento, chegamos ao objetivo principal deste artigo, qual seja, demonstrar a importância de aplicar o Direito Civil Constitucional nas relações

privadas, para que o direito individual de uma pessoa não deve ser interpretado de maneira absoluta, e toda vez que o direito individual e coletivo colidirem, o direito de não saber, não poderá ser aplicado de maneira absoluta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. **Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2007.

ABUD, Carol Oliveira; DE SOUZA, Luciano Pereira. **Uso obrigatório de máscara facial para conter a COVID-19 no Brasil**: limitação legítima ao direito fundamental de autodeterminação. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia (Health Surveillance under Debate: Society, Science & Technology)* –Visa em Debate, v. 8, n. 3, p. 34-43, 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979/2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-108.

DIAS, Hessel *et al.* **Testes sorológicos para COVID-19**: interpretação e aplicações práticas. *J Infect Control*, p. 1-41, 2020.

DORNELLES, Daniëlle. **A superação da dicotomia Direito Público e Direito Privado diante do paradigma Civil Constitucional**. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

DOS SANTOS SCHOLTZE, Sandra Barbosa. **Direitos e deveres do Estado e da população devido a pandemia do Corona Vírus**. *Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste*, v. 5, p. 24558, 2020.

GIL, Antônio Carlos, 1946. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4º. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **COVID-19 desafia o Estado democrático de direito na efetivação dos direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, v. 1016, n. 2020, p. 307-326, 2020.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Seis objeções ao direito civil constitucional**. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, ano. 9, n. 33, p. 123-165, 2015.

LIMA, Tiago Cristiano; FREITAS, Maria Isabel Pedreira. **Comportamentos em saúde de uma população portadora do HIV/Aids**. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 65, n. 1, p. 110-115, 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, p. 141-149, 1998.

MONTEIRO, Simone Souza *et al.* **Desafios do tratamento como prevenção do HIV no Brasil: uma análise a partir da literatura sobre testagem**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 24, p. 1793-1807, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de direito civil, v. 65, p. 21-32, 1993.

MULHOLLAND, Caitlin. **O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade**. Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil, v. 1, n. 1, p. 1-11, 2012.

NEUNER, Jörg. **O direito a não ser informado: a proteção privada da liberdade de informação negativa**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 15-51, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REIS, Thiago. **Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 11, p. 213-238, 2017.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Uma agenda para o direito civil-constitucional**. Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil, v. 10, n. 04, p. 2258 – 6974, 2016.

BRASIL, STJ, REsp 1.195.995/SP, 3a T., Rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, DJe 06.04.2011. O caso foi decidido de forma majoritária, sendo vencedor o voto do

Ministro Massami Uyeda, que foi acompanhado pelos ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**, ed. 1. São Paulo: Atlas, 2016.