

A INCIDÊNCIA DO DIREITO À PRIVACIDADE NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PARA FINS DE DIREITO PRIVADO¹

THE INCIDENCE OF THE RIGHT TO PRIVACY IN THE PROCESSING OF PERSONAL DATA FOR PRIVATE LAW PURPOSES ²

Julie Katlyn Antunes Schramm³

RESUMO

Este artigo pretende estabelecer um diálogo sobre o tratamento de dados pessoais e o consentimento livre e esclarecido nas relações entre particulares. O principal objetivo é analisar a incidência do direito fundamental da privacidade, no que tange às bases de dados pessoais no âmbito privado. A problemática consiste em investigar a partir do entendimento do princípio da autonomia da vontade, os desdobramentos do consentimento livre e esclarecido e o direito fundamental à privacidade para a inserção das informações pessoais em bancos de dados. Nesse contexto, destaca-se que a Inteligência Artificial traz inúmeras

¹ Artigo submetido em 28-12-2021 e aprovado em 29-12-2023.

² O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES)

³ Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR, aprovada no mestrado com láurea. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Penal com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pelo Instituto Damásio de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Foi Representante Discente, durante o Mestrado do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Professora Universitária. Bombeira Militar no Estado do Paraná.



possibilidades de inserção de informações pessoais, em bases de dados, contudo estas informações devem ser protegidas devido ao potencial lesivo que possuem. Concluiu-se, por meio de uma reflexão crítica do tema, que ainda que a autonomia privada seja prevalente nas relações entre particulares, não se trata de direito absoluto, além disso, o consentimento livre e esclarecido, como princípio que decorre da autonomia, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, encontra-se nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, principalmente no que tange à dados sensíveis, como os dados genéticos. A metodologia de pesquisa utilizada é a bibliográfica, tratando-se da análise do tema em artigos científicos, livros e jurisprudência sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Dados pessoais; proteção de dados; consentimento.

ABSTRACT

This article aims to establish a dialogue on the processing of personal data and free and informed consent in relations between individuals. The main objective is to analyze the incidence of the fundamental right to privacy, with regard to personal databases in the private sphere. The issue is to investigate from the understanding of the principle of autonomy of will, the consequences of free and informed consent and the fundamental right to privacy for the insertion of personal information in databases. In this context, it is highlighted that Artificial Intelligence brings numerous possibilities of inserting personal information in databases, however this information must be protected due to the harmful potential they have. It was concluded, through a critical reflection on the theme, that although private autonomy is prevalent in relations between individuals, it is not an absolute right, in addition, free and informed consent, as a principle that stems from autonomy, despite not being expressly provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, it is found in the International Human Rights Treaties, especially with regard to sensitive data, such as genetic data. The research methodology used is bibliographical, dealing with the analysis of the theme in scientific articles, books and jurisprudence on the subject.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 2, dezembro de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

KEYWORDS: Personal data; data protection; consent.

INTRODUÇÃO

O mundo digitalizado traz diversas opções, dentre elas pode-se citar algumas modalidades, sejam tanto para entretenimento, como para relacionamentos interpessoais, negócios jurídicos, ou até mesmo para revelar dados de saúde. O fato é que há um ponto chave em que todas essas possibilidades: o armazenamento de dados pessoais por grandes empresas.

Esse armazenamento de dados pessoais, decorre das relações entre particulares. Isto é, entre as pessoas que desejam adquirir determinado serviço e as empresas que oferecem estes serviços. Insere-se os dados pessoais nas plataformas digitais a todo momento, e isso pode ocorrer tanto formalmente, quando há uma assinatura de um contrato escrito, como na aceitação dos termos de uso e políticas de privacidade das plataformas digitais.

Desta forma, objetiva-se levar o leitor a uma reflexão crítica sobre a incidência do direito à privacidade no uso do armazenamento de dados pessoais, inclusive genéticos, nos bancos de dados para fins particulares.

Para tanto, analisar-se-á, inicialmente as teorias que permeiam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Far-se-á uma apresentação das teorias de eficácia direta e imediata; indireta e mediata; as teorias de proteção estatal e, as teorias negativas, isto é, aquelas que recusam a aplicação dos direitos fundamentais nestas relações (SARMENTO, 2004, p. 225).



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 2, dezembro de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Posteriormente, será analisado o direito à privacidade nas bases de dados privadas. Este tópico visa analisar as finalidades do armazenamento de dados pessoais em plataformas digitais e, biobancos. Este último voltado aos dados genéticos, e armazenamento de informações pessoais para fins de pesquisa. Nesse contexto, a investigação traz pontos importantes para reflexão, principalmente sobre a proteção destes dados.

Por fim, com a finalidade de se investigar como o ordenamento jurídico brasileiro versa sobre o consentimento livre e esclarecido no tratamento de dados pessoais, provenientes das relações entre particulares, busca-se discorrer sobre o princípio da autonomia da vontade e suas limitações, bem como a não previsão expressa do consentimento livre e esclarecido no rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa.

Assim, a problemática que norteia esta pesquisa consiste na investigação do princípio da autonomia da vontade, os desdobramentos do consentimento livre e esclarecido e o direito fundamental à privacidade para a inserção das informações pessoais em bancos de dados. Para cumprir tal proposta, a metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, através de livros, artigos científicos, e análise jurisprudencial.

1. A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE AS RELAÇÕES PRIVADAS

Ainda que se tenha muito a expor sobre proteção de dados pessoais em face ao poder público, esta pesquisa delimita-se à investigação do tratamento de dados pessoais nas relações privadas. Destaca-se que as informações pessoais no âmbito privado também possuem extrema relevância, isso porque existem variados tipos de bases de dados decorrentes das relações entre particulares, e que possuem potencial lesivo ao direito fundamental da privacidade.



Para tanto, antes de se chegar ao objeto de discussão deste artigo, será necessário abordar de que maneira incidem os direitos fundamentais nas relações privadas.

Daniel Sarmento afirma que seria incorreto o simples “transplante” de um particular, para que este ocupe uma posição de “sujeito passivo do direito fundamental, equiparado o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos” (SARMENTO, 2004, p. 223), e isso porque um indivíduo “é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados” (SARMENTO, 2004, p. 223), diferentemente do Estado.

E foi por isso que se criou a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2004, p. 223). De um lado vemos os direitos fundamentais e possíveis ameaças a esses direitos e, por outro lado temos uma “salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana” (SARMENTO, 2004, p. 224).

A autonomia privada é um “princípio político, que tem seus limites delineados pelas transformações do Estado” (PINHEIRO, 2014, p. 55), além de ser “traduzida como a ‘pedra angular’ do Direito Privado (CORREA, 2010, p. 23). Além disso, a autonomia possui significado de concepção de pessoa humana como um ser que “se autodetermina, que decide livremente sobre sua vida e, sobretudo, relaciona-se com a capacidade de dominar a si e à natureza mediante a razão” (CORREA, 2010, p. 23), quando analisada sob o viés da compreensão de liberdade.

Insta ressaltar que o debate inicial sobre os direitos fundamentais aplicados às relações privadas ocorreu na Alemanha, após a Lei Fundamental de Bonn, visto que foi o ponto de partida das “teorias da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entre terceiros, e a teoria da eficácia indireta ou mediata destes direitos” (SARMENTO, 2004, p. 224).

Ao iniciar os ensinamentos sobre as teorias que permeiam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento traz indagações a respeito da intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares. A indagação



também evidencia, nesse tema, a proteção constitucional que a autonomia privada merece, ou ainda o papel do Estado na proteção dos direitos fundamentais entre particulares, sobretudo quanto a competência da tutela dos direitos humanos nas relações privadas, se seria do Legislativo ou do judiciário (SARMENTO, 2004, p. 224-225).

As teorias podem ser estudadas sobre quatro grupos, quais sejam:

(a) teorias negativas, que são as que rejeitam a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas [...]; (b) teoria da eficácia indireta e mediata; (c) teoria da eficácia direta e imediata; e (d) teoria que reduz a discussão sobre eficácia interprivada dos direitos fundamentais à doutrina dos deveres estatais de proteção daqueles direitos. (SARMENTO, 2004, p. 224-225)

Inicialmente, na Alemanha, houve uma reação ao surgimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os argumentos utilizados, naquele momento, era de que os direitos fundamentais deveriam figurar apenas em face ao Estado, além disso a autonomia individual, entendida à época, seria destruída, tal qual o Direito Privado.

O medo era de que o Direito Privado fosse absorvido pelo Direito Constitucional e isso “conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático” (SARMENTO, 2004, p. 226). Contudo, as teorias que “negavam” a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas desapareceu na década de 1950 (SARMENTO, 2004, p. 227), após o seu reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Alemão (SARMENTO, 2004, p. 227).

No que tange à teoria da eficácia indireta e mediata, Daniel Sarmento explica que se trata de uma teoria desenvolvida por Gunter Durig, e que se tornou dominante no direito germânico. Caracterizava-se como uma “construção intermediária” entre as teorias que negam e as que sustentam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2004, p. 238). Importante salientar que para os adeptos desta teoria, o papel do legislador seria



o de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas sem, contudo, desvincular a autonomia da vontade das partes (SARMENTO, 2004, p. 224).

Nesse caso, o papel do poder judiciário seria o de preencher cláusulas indeterminadas, as quais foram criadas pelo legislador, apenas em casos considerados excepcionais, isto é, quando houver inexistência de cláusula geral ou conceitos indeterminados. Para tanto, esse preenchimento dever-se-ia visar a harmonia com os valores constitucionais (SARMENTO, 2004, p. 241).

Outra teoria vinculada à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é a teoria da eficácia direta e imediata. Esta foi defendida por Hans Carl Nipperdey na Alemanha na década de 1950, sua fundamentação visa a ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia privada. Nesse caso, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas prescinde a mediação do legislador. Cabe destacar que a teoria da eficácia direta e imediata, limita-se pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2004, p. 245-258).

No entanto, na visão de Virgílio Afonso da Silva:

[...] o modelo de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não implica que todo direito fundamental necessariamente seja aplicável a tais relações. A verificação dessa aplicabilidade deve ser individualizada e dependerá das características de cada norma de direito fundamental. (SILVA, 2011, p. 91)

Por último, e não menos importante, a teoria dos deveres de proteção também é “um importante segmento da doutrina alemã” (SARMENTO, 2004, p. 259) para o tema que envolve a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Esta teoria visa a harmonia entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, sendo que essa medida caberá ao legislador, excluindo-se nesse caso o judiciário.

Assim, de acordo com adeptos desta teoria, o poder judiciário poderá atuar apenas por meio do controle da “constitucionalidade das normas de Direito



Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo” (SARMENTO, 2004, p. 261).

Desta forma, apresentados os quatro grandes grupos de teorias⁴ que compõem o tema sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, passa-se assim a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no ordenamento jurídico brasileiro.

A legislação brasileira prevê diferentes formas de aplicação dos direitos fundamentais no Direito Privado. Contudo, é sobre o direito à privacidade dos dados pessoais que será discutido no próximo tópico.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE NAS BASES DE DADOS PRIVADAS

Conforme afirma Danilo Doneda “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo” (DONEDA, 2019, p. 144). É nesse contexto que quando se fala em proteção de dados pessoais, o principal objetivo é a prevenção de atos atentatórios e discriminatórios aos direitos individuais e coletivos. Ademais, quando se trata de dados pessoais sensíveis, no que tange aos dados genéticos insta salientar que o uso ilimitado destas informações, pode gerar uma nova desigualdade ou “novas castas sociais”, o que também possibilita resultar em divisão de grupos com “finalidade discriminatória” (JACOB DE MENEZES NETO et al., 2018, p. 238).

Desta forma, indaga-se: como ocorre a aplicação dos direitos fundamentais, nas relações entre particulares no Brasil? para tal questionamento, encontra-se a afirmação de que a prevalência dos direitos

⁴ Salienta-se que as teorias apresentadas foram expostas a partir da visão de Daniel Sarmiento e com apenas uma ressalta do entendimento de Virgílio Afonso da Silva. Para uma pesquisa mais aprofundada sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, com os pontos e contrapontos sobre o tema, indica-se a leitura das seguintes obras: SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.



fundamentais nas relações entre particulares ocorre de modo direto. Segundo o entendimento de Daniel Sarmento:

[...] é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados (SARMENTO, 2004, p.297).

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desta forma, a partir desta afirmação e sob o viés da tutela da privacidade dos dados pessoais, analisa-se a previsão legal deste direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à privacidade é previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, e dispõe que “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”.

Este direito também encontra respaldo no artigo 21 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Eduardo Magrani salienta sobre as informações pessoais possuem cunho positivo e eficaz, sendo que os dispositivos interconectados podem ser um risco aos direitos e garantias fundamentais de pacientes e usuários, no tocante a sua privacidade (MAGRANI, 2018, p. 172).

Ademais a novidade no ordenamento jurídico brasileiro é Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Trata-se, nesta lei, sobre a disponibilização de dados na internet e a tutela dos dados pessoais neste âmbito. A LGPD dispõe que os dados pessoais são quaisquer informações que se refiram a uma pessoa, portanto, não são categorizados.



Desta forma qualquer dado pessoal pode ser protegido perante a lei, seja um dado cadastral, dados de saúde, ou dados de localização. Tão grande é a relevância do tema, que recentemente foi proposta uma Emenda à Constituição, a PEC 17/2019, que tem por finalidade a inserção no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, complementando o inciso XII, da proteção e tratamento de dados pessoais nos direitos fundamentais.

Salienta-se que a PEC17/2019 também visa a inclusão da proteção de dados como uma das competências privativas da União para legislação, no artigo 22 da Constituição brasileira⁵.

Nota-se, portanto, que há uma grande preocupação na tutela dos dados pessoais. E isso porque há diversos tipos de armazenamento de informações pessoais em bases de dados, incluindo-se dados genéticos, os quais são considerados pelo ordenamento jurídico como “dados pessoais sensíveis”⁶.

A inserção de dados pessoais em bases de dados nas relações entre particulares pode ocorrer de diferentes formas, desde a inserção de informações pessoais pelos próprios usuários de plataformas digitais, até as informações resultantes de negócios jurídicos firmados com empresas. As informações pessoais são digitalizadas a todo momento, são fornecidos dados pessoais aos aplicativos de celulares e estes dados são compartilhados e comercializados, com o fim de nos oferecer mais serviços, o que resulta em um ciclo vicioso (MOROZOV, 2018).

Nesse sentido, Evgeny Morozov comenta sobre a constante mercantilização de dados ao redor do mundo, salientando para o surgimento de *startups*, nas quais indivíduos inserem seu código genético para alimentar as informações, que são cedidas

⁵ A tramitação detalhada da Proposta de Emenda à Constituição em comento pode ser acessada através do seguinte: CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 08 ago.2021.

⁶ Essa previsão encontra respaldo tanto no Regulamento Geral da União Europeia (GDPR, na sigla em inglês), como na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, na legislação brasileira).



a outras empresas e a novidade, neste caso, e ainda ganham dinheiro para isso (MOROZOV, 2018).

Ou seja, toda vez que uma empresa acessa os dados de quem forneceu, a pessoa que seja fonte da informação recebe um pequeno pagamento. Desta forma, é possível entender que os indivíduos fornecem suas informações pessoais e genéticas na internet com o fim de comercialização. Por este motivo, Evgeny Morozov afirma que se o futuro previsto é a criação de “novos mercados líquidos”, o qual as próprias pessoas fornecem suas informações de maneira voluntária não é possível acreditar que as leis seriam de grande valia no futuro (MOROZOV, 2018).

Para ilustrar, pode-se afirmar que, por exemplo, os bancos de dados genéticos, no Brasil, desenvolveram-se a partir do final da década de 1990, depois de iniciado o Projeto Genoma Humano⁷, sendo que o biobanco considerado mais antigo é o A. C. Camargo Câncer Center que fica em São Paulo/SP e foi criado no ano de 1997 (BOZZETTI, 2016, p. 30).

Os biobancos, de maneira geral, são compostos de informações contidas em amostras biológicas que possuem valor tanto para pesquisas, como para o mercado⁸. Além disso, alguns biobancos tem por objetivo a obtenção de lucro e comercialização de dados obtidos com amostras humanas, trata-se do grande interesse das indústrias farmacêuticas e biotecnológicas (BRENA SESMA, 2010, p.1060).

Sempre que se aborda sobre dados genéticos, deve-se ressaltar que a intimidade genética é princípio que está embutido no direito fundamental a privacidade, trata-se da proteção do bem jurídico fundamental da identidade genética, que se entrelaça com a dignidade e a integridade, constituindo-se de um direito personalíssimo (FABIANA LOPES et al., 2010, p. 60-61).

⁷ O Projeto Genoma Humano foi uma pesquisa desenvolvida por cientistas de diferentes países que objetivou o sequenciamento do DNA para a identificação de genes humanos, na década de 1990.

⁸ CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 75.



Analisando-se os diferentes bancos de dados genéticos privados, nota-se que outras resoluções também estabelecem a necessidade do consentimento para prosseguir com as pesquisas. O biobanco Cryopraxis, por exemplo, armazena células-tronco provenientes do sangue do cordão umbilical e placentário. Esse material é utilizado para transplantes, pois as células muito novas, segundo informações disponibilizadas no site, são incapazes de serem reconhecidas como um “corpo estranho” (CRYOPRAXIS, 2020).

As células-tronco podem ser utilizadas para o tratamento de mais de 80 doenças (CRYOPRAXIS, 2020), contudo, só poderão ser armazenadas em quaisquer biobancos se houver autorização dos contratantes, conforme a Resolução nº 214 da ANVISA. Essa resolução, prevê que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) deve ser redigido em linguagem clara e compreensível para o leigo (art. 109).

Outras bases de dados que visam o armazenamento de informações pessoais, são as grandes empresas de tecnologia, quais sejam, Apple, Google, Facebook, Microsoft e Amazon (MOROZOV, 2018). Nestas bases, o próprio usuário insere seus dados pessoais e até mesmo sua localização em tempo real, para ter acesso às variedades de opções que estas plataformas oferecem, ou ainda ser incluso nas redes sociais.

Ressalta-se que tanto nos casos de bancos de dados genéticos, como nos bancos de dados pessoais por meio de plataformas digitais. A diferença é que nos bancos de dados genéticos ocorre a extração do DNA (ácido desoxirribonucleico) da pessoa que seja fonte da informação genética, tem-se um contrato formal mediante um termo de consentimento livre e esclarecido, conforme exposto acima. Já nos bancos de dados pessoais o contrato ocorre por meio de plataformas digitais e denomina-se “contrato eletrônico”, isso porque é “celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados” (SANTOS, 2007, p. 141).

O que ambos os contratos possuem em comum, é a obtenção do consentimento livre e esclarecido. Desta forma, passa-se ao segundo objetivo deste



artigo, qual seja, a análise da regulamentação do consentimento livre e esclarecido para o tratamento de dados pessoais nas bases de dados.

3. COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DISPÕE SOBRE O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO NAS RELAÇÕES PRIVADAS?

Demonstrou-se até o momento que os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares, e que existem teorias que disciplinam essa aplicação. Ademais a doutrina reconhece, basicamente, dois planos de incidência dos direitos fundamentais, quais sejam, uma eficácia vertical e outra eficácia horizontal destes direitos. Esta se refere à “esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares” (SARLET, 2012, p. 357).

Para fins de comparação e para que se possa, efetivamente, adentrar ao assunto deste tópico, demonstra-se o entendimento do STF no RE nº 201.819/RJ:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e****



garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais[...]⁹.Grifei

Desta forma, conforme exposto no referido Recurso Extraordinário, apesar de os contratos serem regidos, no Direito Civil, pela autonomia da vontade, tal direito não se trata de um direito absoluto. Isso porque encontra limitações no ordenamento jurídico.

É certo que os direitos fundamentais não são absolutos, seus limites são implicitamente ou explicitamente previstos pela própria Constituição, e se incluem na própria essência dos direitos fundamentais (SILVA, 2009, p. 132). Nesse contexto, quando se fala em restrição de direitos e garantias fundamentais “é necessário conhecer o âmbito de proteção das normas que instituem esses direitos e garantias” (STEINMETZ, 2001, p. 25-61).

Contudo, afirma-se também que não há um “sistema de valores” pré-estabelecidos pela Constituição, visto que ao fazer isso o resultado seria uma violação ao Estado de Direito, devendo os limites serem interpretados de acordo com o caso concreto (MULLER, 2005, p. 17-20).

Afirma-se que “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” (ALEXY, 2008, p. 50). Assim, Robert Alexy ensina que as normas de direitos fundamentais, por um viés de definição geral, “são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional” (ALEXY, 2008, p. 75-76).

⁹ Parte da ementa do: RE nº 201.819/RJ, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005.



Entretanto, alerta que para um aprofundamento da demonstração dos motivos de validade daquilo que a Constituição diz, normalmente possui, na concretização dos direitos fundamentais, “um interesse apenas teórico” (ALEXY, 2008, p. 76).

Por esse motivo, Robert Alexy afirma que a generalização de uma definição de normas de direitos fundamentais, não exclui “a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente” (ALEXY, 2008, p. 76), isto é, há uma diferença quando da fundamentação das normas de direitos constitucionais.

Esta afirmação possui extrema relevância no tema central tratado nesta pesquisa, visto que o consentimento livre e esclarecido não está expresso diretamente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do “catálogo” (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados (SARLET, 2012, p. 101).

Outrossim, os “direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (SARLET, 2012, p. 98).

Relembra-se ainda, que a vinculação “materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição com a dupla nota da



fundamentalidade ao mesmo tempo formal e material inerente à noção de direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 98).

O artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil versa que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, afirma-se que o consentimento informado embora não figure na Constituição brasileira expressamente como um direito fundamental é tutelado pelo ordenamento jurídico, principalmente em tratados de direitos humanos. Ademais, decorre do princípio da autonomia privada do sujeito (CORREA, 2010, p. 15), sendo exigido, para a intervenção corporal, ou para o tratamento de dados pessoais, inclusive dados genéticos.

Frisa-se que não foi por acaso que o consentimento livre e esclarecido passou a figurar no ordenamento jurídico, por isso para que seja feita a análise deste instituto se faz necessário, antes de tudo, o seu contexto histórico.

Afirma-se que o consentimento livre e esclarecido teve fundamental importância após o Código de Nuremberg de 1947, pois “deveu-se às atrocidades cometidas por cientistas nos campos de concentração na Alemanha nazista” (RODRIGUES FILHO et al., 2014, p. 326), principalmente no que tange a pesquisas com seres humanos.

Os campos de concentração, em Auschwitz, foram verdadeiros laboratórios para um cientista ambicioso chamado Joseph Mengele, que tinha o objetivo de fazer cumprir a “demoníaca ambição do Führer por uma super-raça alemã” (POSNER, 2019, p.31). Nesse cenário as piores crueldades aconteceram com pessoas, desde arrancar olhos na tentativa de alterar sua pigmentação até a realização de cirurgias brutais que muitas vezes eram realizadas sem anestesia (POSNER, 2019, p.54), conforme a seguinte passagem do livro de Gerald Posner, que destaca o fascínio do médico nazista pela engenharia genética, na tentativa assustadora em cumprir seus objetivos.



“[...] embora muitos experimentos de Mengele cobrissem uma variedade de estudos, de bacteriologia a transplantes de medula óssea, o objetivo principal parece ter sido desvendar o segredo de criar nascimentos múltiplos com traços arianos produzidos por engenharia genética [...]” (POSNER, 2019, p.54).

De uma forma, muitíssimo resumida, esse foi o principal motivo pelo qual o consentimento livre e esclarecido passou a figurar nos documentos internacionais.

Em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirmando em seu preâmbulo a dignidade da pessoa humana, além de promover a justiça, a liberdade e a igualdade de direitos entre as pessoas (RODRIGUES FILHO et al., 2014, p. 326). Em 1964 surgiu a Declaração de Helsinki, da Associação Médica Mundial, que também passou a estabelecer sobre o consentimento nas pesquisas com seres humanos (RODRIGUES FILHO et al., 2014, p. 326).

Desta forma, o consentimento livre e esclarecido deve ser obtido através de um termo por escrito, e há necessidade de acompanhamento médico quando houver experiências com seres humanos. Nesse caso, para tratar, por exemplo de dados genéticos, para realizar a intervenção corporal deve haver o consentimento, assim como para inserir as informações em bases de dados, conforme a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos e, a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos (SARLET; PETTERLE, 2014, p.14).

No sistema jurídico brasileiro o consentimento livre e esclarecido é consagrado pelo princípio da autonomia (BAÚ, 2001), e da integridade com previsão no art. 5º da Constituição da República Federativa.

Com o avanço tecnológico e sua influência que resultou em uma transformação global tanto na economia, como na medicina, ciência e na cultura humana em geral, o ser humano se viu frente a possibilidades que anteriormente eram apenas possíveis na



ficção científica, no entanto a Inteligência Artificial ainda é considerada um universo com inúmeras possibilidades inexploradas e desconhecidas (GOMES, 2019, p. 10-13).

É por isso que o consentimento prévio e esclarecido, tornou-se obrigatório não só no momento da intervenção corporal, mas estendendo-se de modo a abranger elementos imateriais do humano, como é o caso das informações genéticas (CORREA, 2010, p. 126). O avanço tecnológico possibilitou o uso de bases de dados que possam conter amostras de DNA (CORREA, 2010, p. 75).

“De modo geral, esses bancos de dados genéticos destinam-se, sobretudo, a servir como repositório de material para pesquisas futuras [...] São reservatórios de material e dados genéticos com a finalidade de fornecer essa “matéria-prima” da pesquisa genética e genômica a diversas instituições de pesquisa e a companhias do setor biotecnológico” (CORREA, 2010, p. 79).

Desta forma, desde o momento histórico em que para a intervenção corporal passou-se a ser obrigatório o consentimento livre e esclarecido em pesquisas científicas, o avanço da tecnologia permitiu o processamento de dados e sua inserção em biobancos, como falado acima. Contudo, o consentimento seria obrigatório apenas no momento da intervenção corporal, de acordo com a legislação existente, mas o avanço tecnológico permitiu que os resultados das pesquisas e as amostras biológicas compusessem um banco de dados e esses dados, uma vez digitalizados, poderão ser utilizados quantas vezes for necessário (CORREA, 2010, p. 162-164).

Adriana Espíndola Correa, explica que devido ao desenvolvimento tecnológico é permitida a estocagem de amostras de material biológico por um longo período, e deste material, outros podem derivar como cópias (CORREA, 2010, p. 94). Além disso, a sistematização destes dados ocorre por redes computacionais, possibilitando um maior volume de informações e integração de diferentes fontes (CORREA, 2010, p. 94-95).



Ora, a informação genética não só é alvo de estudos, como possui grande interesse para a farmácia por revelar características identificadoras de uma pessoa (CORREA, 2010, p. 147).

A possibilidade de inserir dados genéticos em sistemas computadorizados vai além da obtenção de informações genéticas na pesquisa científica, pois no campo da saúde os dados dos pacientes são armazenados para que se tenha uma interação e controle entre médico e paciente, podendo atuar também na prevenção de epidemias (MAGRANI, 2018, p. 172). Contudo, considerando-se que estas informações podem ter cunho positivo e eficaz, os dispositivos interconectados podem ser um risco aos direitos e garantias fundamentais de pacientes e usuário, no tocante a sua privacidade (MAGRANI, 2018, p. 172).

Outro potencial lesivo ao direito à privacidade, e que necessita o consentimento para o tratamento de dados nas relações entre particulares, é a informação pessoal disponibilizada nas redes sociais e, principalmente quando envolve o público infanto-juvenil.

Isso devido à existência da voluntariedade na disponibilização de dados pessoais na internet e que, inclusive, podem ser fornecidos por crianças e adolescentes que utilizam dispositivos de Inteligência Artificial, seja por meio de celulares de seus pais, ou ainda através de jogos e brinquedos que utilizam a tecnologia (TEIXEIRA; RETTORE, 2020, p. 183-201).

Nesses casos, “há fragilidades referentes à segurança e privacidade dos usuários, já tendo sido identificados até mesmo casos de captação de voz e dados sem prévio consentimento” (TEIXEIRA; RETTORE, 2020, p. 183-201).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, alguns dispositivos de lei versam sobre o tratamento e proteção de dados pessoais. De maneira específica, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), prevê a “a proteção à privacidade e aos dados pessoais (art. 3º, II e III) e estabelece regras para a coleta dos dados, dentre elas a exigência do consentimento do titular para o uso e tratamento das informações (art. 7º, VII a X, dentre outros)” (TEIXEIRA; RETTORE, 2020, p. 183-201).



Bruno Ricardo Bioni, destaca que visando a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, o consentimento foi fortemente discutido sendo considerado, inicialmente, a “única base legal para o tratamento de dados pessoais” (BIONI, 2019, p. 133).

Contudo, após as consultas públicas o texto da Lei nº 13.709/2018 (LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) colocou o consentimento como um dos requisitos legais e não como o principal elemento, mas ainda assim possuindo fundamental importância (BIONI, 2019, p. 133). A LGPD é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, e tem o objetivo de disciplinar informações coletadas, principalmente nos meios digitais, no tocante aos dados pessoais em geral (CONPEDI, 2018).

Quanto ao tratamento de dados pessoais referentes às crianças e adolescentes a LGPD, destaca no artigo 14 que “o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente”. Desta forma, o §1º do artigo em comento revela que tal tratamento de dados pessoais, envolvendo crianças “deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”.

Portanto, ainda que se preze pela autonomia privada nos contratos entre particulares, sejam eles contratos formais ou contratos eletrônicos, deve haver o consentimento prévio para o tratamento de dados pessoais, principalmente no tocante aos dados sensíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a incidência dos direitos fundamentais no tratamento de dados pessoais, em especial dados sensíveis, e o seu armazenamento em bancos de dados, provenientes das relações entre



particulares. Foram realizadas pesquisas em livros, artigos científicos, legislação em âmbito internacional e nacional, bem como na jurisprudência brasileira.

Demonstrou-se que existem diferentes teorias que versam sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e, que no Brasil, esta aplicação ocorre de modo direto e imediato. Destaca-se que toda a discussão jurídica sobre os a horizontalidade dos direitos fundamentais gira em torno do princípio da autonomia privada e é justamente sobre este princípio que esta pesquisa se desdobra, pelo princípio do consentimento livre e esclarecido, que decorre na autonomia privada, conforme se demonstrou.

Contudo, o objetivo não foi esgotar o tema sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas propriamente dita, e sim apresentar estas teorias para adentrar no objeto de pesquisa, qual seja o armazenamento de dados pessoais em bases de dados privadas.

Ao falar sobre tratamento de dados pessoais na esfera jurídico-privada, nota-se que o principal direito fundamental a ser atingido é o da privacidade da informação e, o principal interesse é a comercialização destas informações, pelas grandes empresas de tecnologia. Ademais, os danos que poderiam ser gerados às pessoas, cuja informação é tratada, podem ser imensuráveis, tendo em vista o poder discriminatório, como resultado do mau uso de dados pessoais.

As relações entre particulares podem ocorrer de diversas maneiras, seja para realizar exames laboratoriais, cadastro digital, planos de saúde, ou pelo simples fato de o ser humano sentir-se incluído nas redes sociais. Quanto a este último, pode-se notar que são realizados contratos eletrônicos.

A LGPD, como novidade no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe que os dados pessoais são quaisquer dados que se refiram a uma pessoa. Portanto, desde os dados genéticos, os quais são considerados dados sensíveis, até os dados fornecidos pelo titular para que este participe das redes sociais, são informações que devem ser protegidas, visto que se referem à vida privada.



Além disso, ainda que a autonomia privada seja um princípio norteador das relações privadas, concretizada de maneira formal ou eletronicamente, os direitos fundamentais entre as partes devem ser respeitados e aplicados direta e imediatamente. Ou seja, o consentimento prévio sobre as finalidades no uso de dados pessoais deverá ser respeitado pelas partes, principalmente quanto ao destino destes dados, sendo a finalidade no uso de dados pessoais o principal elemento que atinge o direito fundamental da privacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003. p.131-140.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAÚ, M. K. (Marilise Kostelnaki Baú). Capacidade Jurídica e Consentimento Informado. *Revista de Bioética do Conselho Federal de Medicina*, Brasília, v. 8, n.2, 2001.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOZZETTI, Rodrigo Porto. A dimensão informacional e documental dos biobancos: uma análise do UK Biobank, Rio de Janeiro, 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação). Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Escola de Comunicação, Rio de Janeiro, 2016.

BRENA SESMA, Ingrid. Biobancos, un asunto pendiente de legislar. *Bol. Mex. Der. Comp.*, México, v. 43, n. 129, p. 1055-1079, dic. 2010.



CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 08 ago.2021.

CORREA, Adriana Espíndola. Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORREA, Adriana Espíndola. O corpo digitalizado. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. 2ª edição. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FABIANA LOPES Sparemberger, Raquel. BERLESI THIESEN, Adriane. O direito de saber a nossa história: Identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 7 n.7, 2010.

GOMES, Luis Roberto. RÊGO, Carolina Noura de Moraes. Revolução digital, dispositio e democracia: objetivação-subjetivação, captura e governo do homem na sociedade hodierna. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, Vol. 13, Nº 2, jul./dez. 2019.

JACOB DE MENEZES NETO, Elias; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A fragilização do estado-nação na proteção dos direitos humanos violados pelas tecnologias da informação e comunicação. Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 23, p. 231-257, 2018.

MAGRANI, Eduardo. A internet das coisas. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.



MOROZOV, Evgeny. BIG TECH. A ascensão dos dados e a morte da política. Ubu Editora. Ebook Kindle.

MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3ªed.rev. e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, R. F.. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 08, p. 52-79, 2014.

POSNER, Gerald L. Mengele: a história completa do anjo da morte de Auschwitz. São Paulo: Cultrix, 2019.

RODRIGUES FILHO, EURÍPEDES ; PRADO, MAURO MACHADO DO ; PRUDENTE, CEJANE OLIVEIRA MARTINS . Compreensão e legibilidade do termo de consentimento livre e esclarecido em pesquisas clínicas. Revista Bioética (Impresso), v. 22, p. 325-336, 2014.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos. Contratos eletrônicos no direito brasileiro. Revista Dataveni@ (UEPB), v. 01, p. 141-145, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; PETTERLE, Selma Rodrigues. Liberdade de pesquisa como direito humano e fundamental e seus limites: a pesquisa com seres humanos e os parâmetros protetivos estabelecidos pelo direito internacional e sua recepção no brasil. Revista Espaço Jurídico, 2014.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vergílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Desenvolvimento infanto-juvenil e riscos na interação das crianças e adolescentes com sistemas de inteligência artificial. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). O direito civil na era da inteligência artificial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 183-201.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 2, dezembro de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>