

ORGANIZADORES  
Ricardo Villas Bôas Cueva  
Caroline Somesom Tauk  
Flávio Galdino  
Gustavo Tepedino  
Laura Schertel Mendes

# **Direitos Fundamentais e Novas Tecnologias**

**Homenagem ao Professor Danilo Doneda**

**GZ**  
EDITORA

Rio de Janeiro  
2024

1ª edição – 2024

© Copyright: Ricardo Villas Bôas Cueva / Caroline Somesom Tauk / Flávio Galdino / Gustavo Tepedino / Laura Schertel Mendes

Presidente do Conselho Editorial: Nelson Nery

Conselho Editorial: • Álvaro Mayrink • André Brandão Nery Costa • Araken de Assis • Arnaldo Rizzardo • Arruda Alvim (in memoriam) • Cláudio Brandão • Florisbal de Souza Del' Olmo • Geraldo Magela Alves • Mathias Coltro • Nelson Nery Costa • Sylvio Capanema de Souza (in memoriam) • Tânia da Silva Pereira

Diagramação: Olga Martins

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direitos fundamentais e novas tecnologias : homenagem ao professor Danilo Doneda / organizadores Ricardo Villas Bôas Cueva ... [et al.]. - 1. ed. - Rio de Janeiro : GZ, 2024. 952 p. ; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice  
ISBN 978-65-5813-100-7

1. Doneda, Danilo, 1970-2022. 2. Direito - Brasil. 3. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. I. Cueva, Ricardo Villas Bôas.

24-89263

CDU: 342.721:004(81)



Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

15/03/2024 19/03/2024

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafator o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela  
GZ EDITORA

contato@editoragz.com.br  
www.editoragz.com.br

Estrada do Capuava, nº 1325 - Box Q - CEP 06715-410  
Bairro Barro Branco - Município de Cotia - SP  
Tels.: (0XX21) 99585-0737 / 99755-0737

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

## APRESENTAÇÃO

Este livro é uma singela homenagem ao professor, jurista e amigo Danilo Doneda. Foi a forma que escolhemos de demonstrar toda a nossa admiração e de prestar tributo a quem deixou uma marca indelével não apenas em seus alunos e colegas, mas também na comunidade jurídica nacional e internacional.

Com humildade e discrição que não foram capazes de encobrir seu protagonismo, Danilo despertou o Brasil para o debate sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais que já ocupava a Europa, onde morou com sua esposa Luciana para dedicar-se aos estudos na Itália, convidado por Stefano Rodotà. Desde o mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, em 1997, Danilo pesquisava sobre o tema, orientado por Gustavo Tepedino.

Ao retornar ao Brasil, coordenou a redação do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados, base do que viria a ser a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Teve, ainda, atuação fundamental para a aprovação da Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e, por fim, da Emenda Constitucional nº 115/22, que inseriu no art. 5º o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Sua atuação no Judiciário não foi menos importante, em especial contra a utilização abusiva de dados pessoais. Entre outras, destacam-se duas sustentações orais de Danilo no Supremo Tribunal Federal, impecáveis no conteúdo e na oratória. A primeira foi a ADI nº 6649, cujo objeto era o Decreto nº 10.046/19, que autorizava o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal, ocasião em que Danilo defendeu a inconstitucionalidade do ato normativo. A segunda foi a ADI nº 6387 (julgada em conjunto com as ADIs nº 6388, 6390 e 6393), chamada de "Caso IBGE", cujo objeto era a Medida Provisória nº 954/20, que permitia o compartilhamento de dados pessoais de empresas telefônicas com o IBGE, oportunidade em que o professor sustentou a inconstitucionalidade do ato.

Bem-humorado, sorridente e com um brilhantismo acadêmico diferenciado, Danilo fez de todos nós seus alunos. Suas aulas, palestras, livros e artigos, ao mesmo tempo em que produzem encantamento com as mudanças sociais impulsionadas pela evolução tecnológica, mostram a importância de uma abordagem jurídica inovadora e interdisciplinar e a necessidade de novas formas de proteção dos direitos fundamentais na sociedade digitalizada.

Certamente essas são algumas das muitas razões que levaram os 70 autores desta obra coletiva a prestarem-lhe homenagens. Cada um deles teve uma história com Danilo e os textos aqui reunidos dão continuidade ao seu legado intelectual e humano. Explorar seus ensinamentos e manter sua sensibilidade

O direito à proteção de dados pessoais e o uso do reconhecimento facial na segurança pública: desafios jurídicos  
*Lucia Maria Teixeira Ferreira* ..... 728

**Parte V**

**TRANSAÇÕES COMERCIAIS NO AMBIENTE DIGITAL**

Notas sobre a contratação eletrônica na economia do compartilhamento  
*Gustavo Tepedino / Jeniffer Gomes da Silva / Mariana Ribeiro Siqueira* ..... 759

Panorama regulatório dos ativos virtuais no direito brasileiro  
*Pablo Renteria / Júlia Dantas Saavedra* ..... 782

**Parte VI**

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PLATAFORMAS E REGULAÇÃO DA INTERNET**

Regulamentação de plataformas e moderação de conteúdo: uma análise do Online Safety Act 2023 do Reino Unido  
*Beatriz Kira / Laura Schertel Mendes* ..... 803

Impactos da inteligência artificial na tutela da liberdade de expressão nas redes sociais: memes e posts políticos  
*Cássio Monteiro Rodrigues* ..... 817

A necessária convivência do Direitos da Personalidade e da liberdade de expressão  
*José Roberto de Castro Neves* ..... 848

**Parte VII**

**CRIANÇAS E O MUNDO DIGITAL**

Crianças e adolescentes influenciadores digitais: a proteção na Lei Geral de Proteção de Dados  
*Ana Carla Harmatiuk Matos / Bianca Ketlyn Anderle Correia* ..... 887

Online antes do nascimento: como a internet invade o útero  
*Anna Ascenção Verdadeiro de Figueiredo* ..... 913

Coleta e arquivamento de material genético de recém-nascidos e parturientes sem prévio consentimento  
*Carlos Nelson Konder / Cíntia Muniz de Souza Konder* ..... 927



**PARTE I**  
**INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL,  
ALGORITMOS E GOVERNANÇA**

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. #Sem Abusos #Mais Saúde, nº 2, 2021. Disponível em [https://www.sbp.com.br/fileadmin/user\\_upload/\\_22969c-GPA-SemAbusos\\_MaisSaude.pdf](https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/_22969c-GPA-SemAbusos_MaisSaude.pdf). Acesso em 18.out.2023.

PHILIPS CONSUMER LIFESTYLE B. V. Nota de Privacidade GRAVIDEZ+ e BEBÊ+, atualizada em 9 de maio de 2022. Disponível em <https://info.philips-digital.com/PrivacyNotice?locale=pt&country=BR>. Acesso em 18.out.2023.

## COLETA E ARQUIVAMENTO DE MATERIAL GENÉTICO DE RECÉM-NASCIDOS E PARTURIENTES SEM PRÉVIO CONSENTIMENTO

Carlos Nelson Konder<sup>1</sup>  
Cíntia Muniz de Souza Konder<sup>2</sup>

### 1. Introdução

A troca de bebês em maternidades é um fato que gera grande impacto na sociedade civil. Recentemente a mídia divulgou caso de enorme repercussão, ocorrido na Paraíba, que só foi descoberto quase trinta anos após os nascimentos e representou uma troca tripla de bebês: três mães que deram à luz no dia 05 de agosto de 1994 saíram do hospital com as filhas trocadas.<sup>3</sup>

Na busca por evitar ou dificultar a troca de bebês, o Estado do Rio de Janeiro editou a L. 3.990/2002, que, dentre outras medidas, previa, compulsoriamente e sem prévio consentimento do titular e dos representantes, a coleta de material genético de todas as parturientes e recém-nascidos. O material deveria ser retirado na sala de parto para arquivamento na unidade de saúde, à disposição da Justiça.

A colisão da medida com a tutela da personalidade dos envolvidos deu origem à ADI 5545, cujos fundamentos o presente artigo pretende examinar. Trata-se de um caso extremamente ilustrativo de sacrifício da privacidade e da proteção dos dados pessoais, especialmente tendo em vista dados genéticos que compõem o chamado “corpo eletrônico”, cujo

1 Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Consultor, parecerista e árbitro.

2 Professora do Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Ibmec. Professora dos cursos de Pós-graduação *latu sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Doutora em direito civil pela UERJ. Mestre em direito e sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

3 FANTÁSTICO. Troca tripla de bebês em maternidade da Paraíba é descoberta por acaso quase 30 anos depois. Disponível em <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/04/23/troca-tripla-de-bebes-em-maternidade-da-paraiba-e-descoberta-por-acaso-quase-30-anos-depois.ghtml>>, acesso em 12/09/2023.

debate traz à tona a relevância desses conceitos, tais como desenvolvidos na doutrina nacional a partir da obra de Danilo Doneda.

## 2. O caso

O Estado do Rio de Janeiro publicou, em 23 de outubro de 2002, a L. 3.990, que “obriga a adoção de medidas de segurança que evitem, impeçam ou dificultem a troca de recém-nascidos nas dependências de hospitais públicos ou privados, casas de saúde e maternidades, que possibilitem posterior identificação através de exame de DNA”. Ocorre que dentre as medidas de segurança previstas na lei, estava a coleta de material genético de todas as parturientes e recém-nascidos, que deveriam ser retirados na sala de parto para arquivamento na unidade de saúde, à disposição da Justiça, sem prévio consentimento dos titulares e representantes dos titulares. A ideia era permitir a identificação posterior, através de exame de DNA comparativo em casos de dúvida.

A lei deu origem à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.545, proposta pelo Procurador-geral da República em 13 de junho de 2016, quatorze anos após a sua publicação. Entendeu-se ter ocorrido a violação à privacidade e à intimidade, bem como ao devido processo legal, em sua aceção substantiva de proteção da proporcionalidade. Não houve pedido de medida liminar.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro entendeu não existir ofensa à intimidade, pelo fato de o material genético coletado permanecer armazenado na unidade de saúde e somente ser utilizado por decisão judicial. A Assembleia Legislativa reforçou que a confidencialidade dos bancos de dados genéticos já é garantida pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, defendendo a constitucionalidade da norma.

A Advocacia-Geral da União entendeu que o Estado do Rio de Janeiro editou a norma em questão de acordo com a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre infância e juventude, na forma do art. 24, XV da Constituição da República, o que tornaria a norma formalmente constitucional. No aspecto material, defendeu que a norma protege a intimidade e a privacidade, observando as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O parecer da Procuradoria-geral da República foi no sentido de que a norma, ao estabelecer a coleta compulsória e sem prévio consentimento de DNA da parturiente e do recém-nascido, sem veicular disposição relativa à manutenção de sigilo e do risco de usos diversos deste ma-

terial, viola a intimidade, a vida privada e o devido processo legal na vertente substantiva.<sup>4</sup>

Ao final, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º, parte final, e 2º, inciso III, da Lei nº 3.990, de 11 de outubro de 2002, fixando a seguinte tese: “É inconstitucional a lei estadual que preveja o arquivamento de materiais genéticos de nascituros e parturientes, em unidades de saúde, com o fim de realizar exames de DNA comparativo em caso de dúvida”.<sup>5</sup>

## 3. “Da privacidade à proteção de dados pessoais”

O caso relatado demonstra a relevante passagem analisada por Danilo Doneda como a transição “da privacidade à proteção de dados pessoais”: “a disciplina da proteção de dados pessoais engloba temas relacionados ao direito à privacidade, seu porto de origem, porém acaba por extrapolar este âmbito”.<sup>6</sup>

Com efeito, o direito à privacidade nasce sob o estigma da imagem de um “direito ser deixado só”.<sup>7</sup> Trata-se da concepção formulada por Warren e Brandeis, a partir do caso da atriz que se viu fotografada em trajes íntimos durante uma peça de teatro, para defender a existência de uma prerrogativa de evitar intrusões na esfera íntima de cada pessoa.

Sob essa formulação, a privacidade é um reflexo do contexto histórico em que foi formulada. Invocada principalmente contra atividades de imprensa e de vigilância, funciona como um instrumento de defesa quando as informações sobre a vida privada do sujeito encontram-se sob seu domínio, dentro de seu domicílio e sua propriedade privada, individualmente considerada. Por isso, traz marcas bastante individualistas e patrimonialistas.<sup>8</sup>

4 DODGE, Raquel Elias Ferreira. Manifestação da Procuradoria-Geral da República. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>>, acesso em 25/09/2023.

5 STF, Pleno, ADI 5545, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 13/04/2023, publ. 16/06/2023.

6 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403.

7 BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, December 15, 1890, disponível em <<http://migre.me/cKpZ>>, acesso em 20/08/2013.

8 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 129.

A tecnologia, contudo, reformulou esse cenário, uma vez que as informações privadas sobre a pessoa deixaram de estar sob seu domínio e passaram a ficar em bancos de dados de terceiros, sejam eles órgãos públicos ou privados. Para viver em sociedade e fruir de serviços, a pessoa se vê obrigada a entregar seus dados pessoais, de modo que a perspectiva puramente defensiva da privacidade se torna ineficaz: ser deixado só não é mais suficiente para proteger a privacidade.<sup>9</sup>

A privacidade passa a associar-se então menos a segredo e mais a controle.<sup>10</sup> A garantia de livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação passa a envolver, portanto, não mais evitar que seus dados sejam alcançados, mas sim assumir o controle da transferência deles. Formula-se, assim, um direito ao controle de seus dados pessoais.<sup>11</sup>

No contexto do *big data*, isto é, do processamento por algoritmos de quantidades incomensuráveis de dados, a proteção dos dados pessoais ganha mesmo autonomia. Torna-se um direito de natureza instrumental, apto a tutelar a privacidade como um todo, mas por vezes também outros aspectos da personalidade.<sup>12</sup> A segurança sobre o acesso a esses dados e as formas de sua utilização torna-se, então, objeto de necessária atenção ao direito, uma vez que o tratamento de dados pessoais, em particular por processos automatizados, é uma atividade de risco.<sup>13</sup>

Observa-se essa releitura da privacidade como premissa ao julgado, na medida em que define a privacidade originalmente como a “prer-

rogativa de exigir do Estado e dos demais sujeitos particulares uma abstenção da intervenção em sua intimidade e em sua vida privada”, mas a complementa como abrangendo também “medidas de segurança a respeito de dados que incidam diretamente na esfera privada dos indivíduos, assumindo caráter preventivo, a fim de se evitar acessos não autorizados a essas informações”. Concluiu-se que a lei atinge os dois aspectos, já que, além de não permitir a intromissão “naquilo que cabe aos sujeitos decidir”, além de deixar de tomar as medidas de proteção cabíveis, especialmente ante os interesses de particulares envolvidos.

#### 4. O “corpo eletrônico” como “nova camada de complexidade na proteção da pessoa”

Novos desafios à proteção da privacidade se colocam pela conjugação do trinômio dados pessoais, tecnologia e corpo. O estatuto jurídico do corpo sempre foi objeto de alguma controvérsia, em virtude do influxo também de questões sociais, morais e religiosas por trás dessa regulação. No expressivo questionamento de Rodotà:

“De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe há doado, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas dele se apossa, de um médico ou de um magistrado que estabelecem o seu destino?”<sup>14</sup>

Assim, de um lado, o direito ao corpo como um mecanismo de defesa contra intervenções externas era veiculado pela criminalização de lesões corporais e atentados à saúde, bem como pela responsabilização civil de médicos e agressores, mas excepcionado por medidas de saúde pública, como a vacinação compulsória e práticas sociais religiosas (como a circuncisão). De outro lado, também os atos de disposição do corpo, embora praticados desde a antiguidade como o *Kisedjé*, o *pa-daung* e a escarificação são vedados pelo legislador civil até hoje quando

9 Nas palavras de Stefano Rodotà: “Tudo isso é apresentado como um preço compulsório para fruir das crescentes oportunidades oferecidas pela sociedade da Informação. Concretamente, isso significa que a contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria persona, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito” (*A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113).

10 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

11 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

12 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 132.

13 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Joaçaba*, v. 12, nº 2, pp. 91-108, jul./dez. 2011, p. 92.

14 RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 73.



causarem diminuição permanente ou violarem os bons costumes, salvo em caso de exigência médica.<sup>15</sup>

O conflito em torno do controle do corpo se aguça também em razão da tecnologia. O corpo sempre esteve associado à privacidade, em virtude justamente desse conflito entre a intimidade individual e o interesse da comunidade.<sup>16</sup> Entretanto, novas técnicas permitem modificações corporais mais incisivas, que geram repercussões em variadas esferas. A utilização de óculos de grau, bengalas, andadores e cadeiras de roda, próteses dentárias, médicas e estéticas alcança um novo nível diante de drogas inteligentes, chips oculares, “clorina e6” e “CRISPR”, contexto no qual o embate entre bioconservadores e transumanistas levanta questões sobre isonomia, dignidade e consentimento livre e esclarecido.<sup>17</sup>

Mais do que isso, o próprio conceito de corpo se reformula. Os dados biológicos são digitalizados, e conformam então um “corpo eletrônico”: “um conjunto de dados, um sistema informativo”.<sup>18</sup> Esse corpo eletrônico pode ser então dissociado da pessoa, distribuído no espaço, virtualizado digitalmente e disponibilizado na rede.<sup>19</sup> As informações desse corpo podem deslocar-se livremente, de forma instantânea, integrar bancos de dados, serem analisadas e processadas, manipuladas

15 Sobre o tema, v. BARBOZA, Heloísa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU ideias*, nº 194, 2013, pp. 1-27; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leita (coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

16 SOLOVE, Daniel J.. Conceptualizing privacy. *California law review*, vol. 90, 2002, p. 1135. Entre nós, v. KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar (UNIFOR)*, v. 18, pp. 352-398, 2013.

17 RODOTÀ, Stefano. Post-umano. In *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, pp. 370-371. Sobre o tema, v. SILVA, Denis Franco. *Do humano ao pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, maio de 2009, e seja consentido remeter também a KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Transumanismo e inteligência artificial. In: TEPEDINO, G.; SILVA, R. G. (coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 103-120.

18 RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 19. Rio de Janeiro, jul./set. 2004, p. 91.

19 RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 73.

para formar perfis.<sup>20</sup> A proteção dos dados pessoais desse corpo eletrônico constitui, portanto, nova perspectiva fundamental de um renovado direito ao corpo.

## 5. A “genetização da vida”

Em meio ao corpo eletrônico, ganham especial relevância os dados genéticos. Entre os dados que compõem esse corpo eletrônico, os dados genéticos apresentam dois elementos distintivos de significativa relevância.<sup>21</sup> Em primeiro lugar, são dados estruturais, isto é, compõem de forma única e indissociável a identificação da estrutura física daquela pessoa. Portanto, em princípio não se alteram nem se vinculam a ela de forma transitória. A identidade genética é o que (quem) a pessoa é, e, em princípio, o que ela sempre será.

Em segundo lugar, são dados geracionais. Portanto, identificam e vinculam-se não só aquele sujeito, mas a todos seus parentes biológicos, especialmente os mais próximos. Pais, filhos e irmãos são potencialmente atingidos de imediato pelo tratamento desses dados. Em maior medida, a depender do grau de isolamento, toda uma comunidade de origem comum pode ser abarcada.

Em terceiro lugar, são dados com potencial preditivo. Servem a identificar características e tendências ainda não manifestadas, como o potencial desenvolvimento de doenças. Trazem em si a perspectiva de transformar a incerteza em fatalidade – ou, ao menos, em probabilidade – e, dessa forma, gerarem significativa repercussão para o exercício genuinamente autônomo do livre desenvolvimento da personalidade.

Por isso tudo são amplamente reconhecidos como dados sensíveis.<sup>22</sup> Como já se indicou em outra sede, os dados sensíveis são “dados pessoais especialmente suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, como estigmatização, exclusão ou segregação, de modo que seu

20 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 173-180.

21 TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Dados pessoais sensíveis - qualificação, tratamento e boas práticas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022, pp. 105-106.

22 SCHIOCCCHET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. In TEPEDINO, G.; FA-CHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 410.

tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionando sua identidade pessoal ou privacidade”.<sup>23</sup> Em realidade, destaca-se que “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo”.<sup>24</sup>

Essa peculiaridade dos dados genéticos, a exigir regime normativo especial, é destacada no julgado, que afirma:

A informação genética própria da pessoa e a de seus pais biológicos contém conhecimento sobre vulnerabilidades, resistências a agentes químicos e físicos, reações a medicamentos e, possivelmente, inferências sobre comportamento. O código genético possui o condão de identificar individualmente alguém e, assim, fornecer informações pessoais relevantes sobre sua saúde e até mesmo, por via indireta, sobre a saúde de seus familiares, como possíveis doenças ou características passíveis de ser transmitidas geneticamente. Dados genéticos são dados sensíveis ou supersensíveis, revelando-se de real poder científico, político, estratégico e bélico.<sup>25</sup>

Diante disso, ressalva o julgado as “profundas questões bioéticas relacionadas à posse e ao processamento de DNA de terceiros” e aponta os perigos envolvidos no cenário de “genetização da vida”:

23 KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018 In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, pp. 445-463. Sobre o tema v. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 19, nº 3, pp. 159-180, set./dez. 2018, p. 170; MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 9. São Paulo: out.-dez./2016, pp. 35-48; FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *Jota*, 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>>, acesso em 15 fev. 2019; e, especialmente, TEFFÉ, Chiara Spadacini. *Dados pessoais sensíveis - qualificação, tratamento e boas práticas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

24 DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. *Escola nacional de defesa do consumidor*. Brasília: SDE/DPC, 2010, p. 26.

25 STF, Pleno, ADI 5545, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 13/04/2023, publ. 16/06/2023.

“fenômeno que reduz o indivíduo à sua dimensão exclusivamente genética, do qual resulta, a partir deste conhecimento, discriminação de determinadas pessoas denominados sadias-doentes, vale dizer, pessoas que potencialmente são capazes de desenvolver uma doença genética, configurando uma nova categoria social para a conduta de seguradoras de saúde e ambientes de trabalho”.<sup>26</sup>

## 6. Segurança e razoabilidade: o desafio de “legislar sobre tecnologia”

A força mais ameaçadora à privacidade ainda parece residir no medo. Embora, como já destacado, muitos sacrifiquem seus dados pessoais em troca de conveniências, serviços e mercadorias, a renúncia à proteção de dados pessoais para ser mais comum e mais intensa quando é feita em troca da promessa de segurança. A perspectiva de uma vigilância total, mais completa e absoluta graças à tecnologia, é frequentemente a razão para que a privacidade seja abandonada.

Esse movimento é alimentado pela multiplicação midiática de ameaças: doenças novas, possíveis golpes, catástrofes iminentes, as notícias que mais atraem – e, portanto, mais vendem – são aquelas que cultivam o medo. Fala-se, assim, de uma “arquitetura do medo e da intimidação”, pela qual o espaço de convivência torna-se espaço de vigilância.<sup>27</sup>

Nesse contexto, aquele que não se dispõe a expor seus dados é visto com preocupação, já que tem algo a esconder. A privacidade perde o status de direito e vira um obstáculo à segurança, a ser superado pela legislação de emergência.<sup>28</sup> Entretanto, como direito fundamental, a privacidade e a proteção de dados pessoais devem ser trunfos de uma minoria perante a maioria, sopesados com proporcionalidade em uma ponderação à luz do caso concreto.

A conclusão do julgado foi justamente nesse sentido. Partindo da excepcionalidade e da necessidade de rigoroso controle de qualquer interferência do Estado na vida privada, o julgado invoca em primeiro o aspecto substantivo do devido processo legal, consistente em “proteger

26 STF, Pleno, ADI 5545, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 13/04/2023, publ. 16/06/2023.

27 BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 63.

28 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.



os indivíduos contra a atuação governamental e o processo legislativo majoritário que excedam os limites oriundos da autoridade estatal legítima". Nesse sentido, a medida adotada foi reputada "excessivamente restritiva a direitos fundamentais ao impor a coleta de material genético à revelia da vontade da parturiente", especialmente ante a falta de previsão de pedido de exclusão das informações, bem como de impedimento de utilização do DNA para outras finalidade.

Invocou-se, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>29</sup> Constatou-se que a medida não é idônea a resolver o problema da troca de bebês, já que apenas o substituiria pela troca do próprio material genético coletado, enquanto há outros meios eficazes e menos restritivos para isso, como pulseiras de identificação e grampo umbilical. Concluiu-se, com isso, que "a lei fluminense impõe uma restrição desproporcional à privacidade genética, porquanto excessiva frente aos fins visados".<sup>30</sup>

## 7. Considerações finais

A pretexto de combater o risco de troca de bebês nas maternidades, o Estado do Rio de Janeiro editou legislação que prevê a coleta de DNA de recém-nascidos e das mães, sem consentimento prévio dos envolvidos e sem previsão de prazo de armazenamento, pedido de exclusão de informações do banco de dados ou sequer impedimento de uso para outras finalidade. O diploma legislativo, como observado, colide com o desenvolvimento da tutela da privacidade e dos dados pessoais.

A expansão tecnológica impôs a reformulação da tutela da privacidade para permitir a autodeterminação da pessoa no que tange ao controle da circulação dos próprios dados. Esse direito fundamental que foi profundamente sacrificado pela legislação em questão, não somente pela intrusão na esfera privada dos envolvidos, mas pela falta de medidas adequadas de proteção e segurança.

Os dados referentes ao corpo da pessoa merecem proteção especial, já que tocam aspectos mais íntimos de sua identificação pessoal. Nesse sentido, uma vez digitalizados esses dados biológicos, constituem

verdadeiro "corpo eletrônico", que foi justamente ameaçado pela coleta não consentida de DNA imposta pelo diploma legal em questão.

Em particular, dados genéticos são dados sensíveis, uma vez que especialmente idôneos a serem utilizados para fins discriminatórios. São dados estruturais, geracionais e preditivos e, por isso, devem seguir regime jurídico próprio, diante dos riscos envolvidos em seu tratamento.

Diante disso, a Lei estadual nº 3.990/2002(RJ) foi declarada inconstitucional em juízo de ponderação que conclui pela violação do devido processo legal em seu aspecto substantivo e da razoabilidade e da proporcionalidade, já que a medida nela prevista sacrificava excessivamente a privacidade, sem as medidas de segurança adequadas, inidônea a alcançar o resultado pretendido, e com a possibilidade de resolver o problema por outros meios mais eficazes.

## Referências

- BARBOZA, Heloísa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU ideias*, nº 194, 2013, pp. 1-27.
- BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, December 15, 1890, disponível em <<http://migre.me/ciKpZ>>, acesso em 20/08/2013.
- BRASIL. STF, Pleno, ADI 5545, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 13/04/2023, publ. 16/06/2023.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. Manifestação da Procuradoria-Geral da República. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>>, acesso em 25/09/2023.
- DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. *Escola nacional de defesa do consumidor*. Brasília: SDE/DPC, 2010.
- DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico Joaçaba*, v. 12, nº 2, pp. 91-108, jul./dez. 2011.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FANTÁSTICO. *Troca tripla de bebês em maternidade da Paraíba é descoberta por acaso quase 30 anos depois*. Disponível em <[t.ly/xUGmL](http://xUGmL)>, acesso em 12/09/2023.

29 Sobre o tema, em doutrina, v. TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. B.; ALMEIDA, V. (coord.). *Da dogmática à efetividade*, 2. ed.. Belo Horizonte, Fórum, 2019, pp. 29-40.

30 STF, Pleno, ADI 5545, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 13/04/2023, publ. 16/06/2023.

- FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. *Jota*, 19 set. 2018. Disponível em: <t.ly/llsN>, acesso em 15 fev. 2019.
- KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018 In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, pp. 445-463.
- KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar (UNIFOR)*, v. 18, pp. 352-398, 2013.
- KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Transumanismo e inteligência artificial. In: TEPEDINO, G.; SILVA, R. G. (coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, pp. 103-120.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do projeto de lei 5.276/2016. *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 9. São Paulo: out.-dez./2016, pp. 35-48.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 19, nº 3, pp. 159-180, set./dez. 2018, pp. 159-180.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012.
- RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006.
- RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista trimestral de direito civil*, vol. 19. Rio de Janeiro, jul./set. 2004, pp. 65-107.
- SCHIOCCHET, Taysa. Acesso às informações genéticas humanas e direitos da personalidade: impactos sobre o consentimento informado. In TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 401-426.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Denis Franco. *Do humano ao pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, maio de 2009.
- SOLOVE, Daniel J.. Conceptualizing privacy. *California law review*, vol. 90, 2002, pp. 1087-1155.
- STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leita (coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 267-285.
- TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Dados pessoais sensíveis - qualificação, tratamento e boas práticas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. B.; ALMEIDA, V. (coord.). *Da dogmática à efetividade*, 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2019, pp. 29-40.