

**LUIZ GUSTAVO DE  
ANDRADE**

Advogado. Mestre em Direito.  
Professor da Graduação e  
Pós-Graduação do Curso de  
Direito da Faculdade de  
Direito de Curitiba  
(Unicuritiba). Membro  
Consultor da Comissão de  
Direito Eleitoral (OAB-PR).  
Membro Relator da Comissão  
de Gestão e Controle da  
Administração Pública (OAB-  
PR). Membro da Academia  
Brasileira de Direito Eleitoral e  
Política (ABRADEP). Membro  
do Instituto Paranaense de  
Direito Eleitoral (IPRADE).  
Editor Executivo da Revista  
Paraná Eleitoral (TRE-PR).  
Membro Fundador do Instituto  
Mais Cidadania. Membro da  
Associação Brasileira da  
Advocacia Municipalista  
(ABAM). Membro da  
Conferencia Americana de  
Organismos Electorales  
Subnacionales por la  
Transparencia Electoral  
(CAOESTE).



**ORGANIZADORES**

Luiz Gustavo de Andrade  
Luciane Maria Trippia  
Fernanda Schaefer

# DIREITO, SAÚDE E OUTROS TEMAS

ESTUDOS EM HOMENAGEM À PROFESSORA  
MARIA DA GLÓRIA LINS DA SILVA COLUCCI

**PREFÁCIO**

Waldyr Grisard Filho

**APRESENTAÇÃO**

Marcelo Luiz Francisco de Macedo Bürger

**AUTORES PARTICIPANTES**

Alice Prado Luiz	Júlia Custódio Olsen
Ana Paula Pavelski	Juliana Oliveira Nascimento
Caio Fernando Ponczek do Prado	Karin Cristina Borio Mancia
Cristina Luiza Czerwonka Surek	Lucia da Rocha Lusa
Dalton José Borba	Luciane Maria Trippia
Eduardo Milléo Baracat	Luciano Elias Reis
Eloete Camilli Oliveira	Luiz Eduardo Gunther
Erika Paula de Campos	Luiz Gustavo de Andrade
Eros Belin de Moura Cordeiro	Nelize Milena Bomfim Milek
Ezequias Losso	Pedro Franco de Lima
Fernanda Schaefer	Regina Maria Bueno Bacellar
Frederico Eduardo Zenedin Glitz	Rogério Helias Carboni
Guilherme Isfer Garcia	Roosevelt Arraes
Henry Levi Kaminski	Rosalice Fidalgo Pinheiro
Ivania Casagrande	Tanya Kristyane Kozicki de Mello
Jean Lucas Marostica Maria	Vitor Henrique Pasini França
José Maurício Pinto de Almeida	

1ª Edição - Curitiba - 2022

**Instituto Memória Editora**

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE



**Instituto Memória**  
Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

Editor: Anthony Leahy      Gráfica: Juliano Carvajal  
Produção: Barbara Marafigo      Jurídico: Jocelino Freitas  
Qualidade: Rivaldo Dantas      Logística: Volney Pacheco

Revisão final realizada pelo próprio autor

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema "double blind review", garantindo a isenção e imparcialidade do corpo de parecerista e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.

#### CONSELHO EDITORIAL

Edson Fachin - Reynaldo Soares da Fonseca - Francisco Rezek - Ingo Sarlet - Sidney Guerra - Flávia Piovesan - Valerio Mazzuoli - André de Carvalho Ramos - Wagner Menezes - Felipe Chiarello - Eduardo Arruda Alvim - Nelson Nery Júnior - Ricardo Seitenfus - René Dotti - Luiz Eduardo Gunther - Eduardo Biacchi Gomes - Luis Alexandre Carta Winter - Octavio Fischer - Betina Grupenmacher - Augusto Bonner Cochran III (USA) - Andrea Pitasi (Itália) - Fernando Araujo (Portugal) - Sara Petroccia (Itália)... (no site, relação completa com qualificação)

**ISBN: 978-85-5523-499-6**

ANDRADE, L. G. de  
SCHAEFER, F.  
TRIPPPIA, L. M.

Direito, saúde e outros temas: estudos em Homenagem à professora Maria da Glória Lins da Silva Colucci. Organizadores: Luiz Gustavo de Andrade, Luciane Maria Trippia, Fernanda Schaefer. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2022.

218 p.

1. Direito Civil. 2. Direito Constitucional. 3. Direito à Saúde.  
I. Título.

CDD: 340

[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)

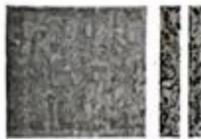
## PREFÁCIO

**P**refaciar aos leitores uma obra coletiva e em homenagem a determinada personalidade é tarefa consideravelmente complexa, seja pela desafiante temática que encerra como pela figura da pessoa homenageada. Arvore-me nessa missão, entretanto.

Início pela figura da homenageada, Maria da Glória Colucci. Professora. Bastava essa qualificação, e só ela, para justificar uma obra em sua homenagem. Em seu sacerdócio, revelou-se rigorosa, ética e competente pesquisadora, sem se afastar um milímetro da afabilidade para com seus colegas de magistério e seus inúmeros alunos, do carinho dedicado a todos, inclusive colaboradores, dos postulados da disciplina e do alto profissionalismo que sempre orientou suas atividades acadêmicas. Conversávamos muito e muitas risadas permearam nossos encontros diários, episódios memoráveis diria, pois crítica atenta dos costumes da sociedade. Agradeço a Maria por sua rica e generosa convivência. Por isso, amigos, colegas, professores e ex-alunos prontamente atenderam a convocação de produzir os interessantes textos que compõem a presente obra.

Nesta edição, em especial homenagem à Professora Maria da Glória, os ilustres autores reúnem conhecimentos sobre a difícil temática do direito à saúde, todos inspirados no exemplo dos estudos desenvolvidos pela homenageada. A presente obra é dividida em quatro partes. Na Primeira, os temas dos trabalhos apresentados examinam *O Direito à Saúde e o Poder Judiciário*. Na Segunda, *Privacidade, Pandemia e Poder Público*. Na Terceira, *Direito, Saúde e Trabalho*. Na Quarta e última parte da obra, *Direito, Felicidade e Jurisdição*.

Sobre direitos fundamentais, assinam o artigo Lucia Rocha Lusa e Caio Fernando P. do Prado. Sobre judicialização de ações de direito à saúde, assinam o trabalho Julia Custódio Olsen e Cristina Surek. Sobre o controle pelo STF na pandemia, discorrem Jean L. M. Maria e Eloete Camili Oliveira, que integram a Parte 1. Na parte 2, Fernanda Schaeffer e Frederico Glitz, discorrem sobre o uso de pulseiras para marcar pessoas. Aplicação da LGPD no tratamento de dados pessoais, é o tema de Alice Prado Luiz e Luiz Gustavo de Andrade. Ivanice Casagrande e Rosevelt Arraes, analisam



marca) gerações inteiras de alunos, profissionais e professores, seja por suas aulas, seja pela vasta obra publicada. Para tanto, seus organizadores uniram esforços com a também tradicional Faculdade de Medicina Pequeno Príncipe para, a partir do encontro dos cursos de Direito (UniCuritiba) e de Medicina (Pequeno Príncipe) ocorrido em setembro deste ano, reunir na presente obra contribuições que tomam como ponto de partida o diálogo entre as ciências jurídicas e a saúde, diálogo este que invariavelmente reverbera na bioética, espacialidade em que a homenageada é jurisconsulta reconhecida.

Para além das Instituições nomeadas, o encontro e a obra contam ainda com o prestigioso apoio do Sindicato dos Médicos do Estado do Paraná e da DataLegis Eventos, novamente a revelar que o prestígio da homenageada transcende a Faculdade de Direito.

Os textos ora reunidos refletem a grandeza da doutrina paranaense na profundidade dos contributos oferecidos, mas também o afeto de seus autores, todos alunos, ex-alunos, professores e amigos da homenageada, já sintetizados no prefácio carinhosamente oferecido pelo Professor Waldyr Grisard Filho.

Espera-se com esta coletânea registrar e laurear os inúmeros contributos da homenageada ao Direito brasileiro, sobretudo a seus alunos e colegas, pelo ensino sempre estribado em uma dogmática séria, mas também atendo aos valores da pessoa humana.

Marcelo L. F. de Macedo Bürger

Professor de Direito Civil. Ontem e sempre aluno da prof. Mária da Glória

## SUMÁRIO

### ARTIGOS EM HOMENAGEM À PROF. MARIA DA GLÓRIA

#### Parte 1 - DIREITO À SAÚDE E PODER JUDICIÁRIO

- Capítulo 1 **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DO INDIVÍDUO E O DIREITO DA COLETIVIDADE À LUZ DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL** ..... 13  
Lucia da Rocha Lusa  
Caio Fernando Ponczek do Prado
- Capítulo 2 **AS RECENTES DECISÕES DO STF ENVOLVENDO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA VISÃO UTILITARISTA** ..... 30  
Júlia Custódio Olsen  
Cristina Luiza Czerwonka Surek
- Capítulo 3 **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID – 19** ..... 48  
Jean Lucas Marostica Maria  
Eloete Camilli Oliveira

#### Parte 2 - PRIVACIDADE, PANDEMIA E PODER PÚBLICO

- Capítulo 4 **DADOS DE SAÚDE E PRIVACIDADE: O USO DE PULSEIRAS PARA MARCAR PESSOAS COM COVID-19** ..... 68  
Fernanda Schaefer  
Frederico Eduardo Zenedin Glitz

# DADOS DE SAÚDE E PRIVACIDADE

## O USO DE PULSEIRAS PARA MARCAR PESSOAS COM COVID-19

FERNANDA SCHAEFER\*

FREDERICO E. Z. GLITZ\*\*

### INTRODUÇÃO

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde reconheceu que a Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2, constituía emergência em saúde pública de importância internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário Internacional (RSI, ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 395, de 9 de julho de 2009 e pelo Decreto n. 10.212 de 30 de janeiro de 2020 - revisão). Em 11 de março de 2020 a OMS finalmente caracterizou a emergência como uma pandemia<sup>1</sup>, sendo esse *status* encerrado no Brasil apenas em 23 de maio de 2022

\* Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Doutorado em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Professora do UniCuritiba. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Médico e da Saúde da PUC-PR. Assessora Jurídica CAOP Saúde MPPR.

\*\* Advogado. Pós-doutorado em Direito e Novas Tecnologias (Reggio Calabria). Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Contratual e Internacional Privado. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB).

<sup>1</sup> Na declaração, Tedro Adhanom Ghebreyesus, Presidente da OMS, fez questão de salientar que "pandemia não é uma palavra a ser usada de forma leviana ou descuidada. É uma palavra que, se mal utilizada, pode causar medo irracional ou aceitação injustificada de que a luta acabou, levando a sofrimento e morte desnecessários". Vide a Integra da nota em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>

(Portaria n. 913, Ministério da Saúde). A ameaça trazida pelo novo vírus exigiu diversas estratégias de ação de todos os países, especialmente buscando-se a proteção da saúde coletiva e a contenção do avanço do vírus.

No Brasil, o reconhecimento do estado de ESPII ocorreu com a publicação da Portaria MS n. 188, de 4 de fevereiro de 2020 e na sequência pela Lei n. 13.979 em 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre as medidas que poderiam ser adotadas para o enfrentamento da doença e proteção da coletividade. Dentro das medidas previstas, destacam-se, para os fins desse trabalho, as contidas no art. 2º:

Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Do reconhecimento do estado de emergência sanitária resultou a autorização para que todos os entes federativos adotassem, dentro do âmbito de suas competências e em conformidade com a epidemiologia regional e local, medidas de enfrentamento ao novo vírus. Estados e municípios, seguindo recomendações de órgãos internacionais e baseados nas evidências científicas disponíveis, passaram a adotar como principais medidas coletivas: o isolamento de pessoas contaminadas; a quarentena de suspeitos de contaminação; o distanciamento social e o uso obrigatório de máscaras (medidas também recomendadas pelo Regulamento Sanitário Internacional).

No entanto, preocupados e sentindo-se impotentes em face do aumento constante dos casos de pessoas contaminadas, da alta mortalidade da doença e com o completo descaso com que alguns doentes estavam tratando o risco de contaminação que carregavam consigo permitindo-se circular em espaços coletivos, vários municípios<sup>2</sup> brasileiros começaram a publicar leis que dispunham

<sup>2</sup> Apenas a título exemplificativo: Apiácas, Glória D'Oeste, Gaúcha do Norte (Mato Grosso); Nova Granada, Catiguá, Tabapuã, Irapuru, Jacanga, Paulo de Faria,

sobre a obrigatoriedade de identificação dos pacientes com suspeita ou confirmados com a Covid-19 com o uso de pulseiras de diferentes cores para pessoas que tiveram contato com doentes, para casos suspeitos e para pessoas com Covid-19. A violação dos dispositivos instalados pelas autoridades sanitárias, na maioria das normas, implicaria a aplicação de multas.

O presente artigo, a partir de revisão bibliográfica e normativa, debruça-se sobre a análise da constitucionalidade dessas leis. Para tanto, começará a análise a partir da discussão sobre a dimensão informativa dos dados de saúde, a delimitação do uso de dados sensíveis em situações de emergência sanitária, a prevalência do interesse social como justificador do tratamento de dados de saúde e, por fim, a análise da constitucionalidade dessas normas.

## 2 DA DIMENSÃO INFORMATIVA DOS DADOS DE SAÚDE

A dimensão informativa dos dados de saúde, encarada quanto aos elementos materiais e imateriais, pode ser vista sob três aspectos: a coleta de dados; sua gestão e tratamento<sup>3</sup> e seu acesso. Essa extensão informativa dos dados de saúde se revela na valoração qualitativa da atividade médica, como também melhor será a prestação ofertada na atividade sanitária, ou seja, quanto mais informações o Poder Público tiver sobre a saúde de sua população, melhores podem ser as ações e políticas públicas de saúde. Dados de saúde, em situações pandêmicas são muito importantes para a contenção da doença, para a busca dos melhores tratamentos e para o

Bálsamo, Pindorama (São Paulo); Chopinzinho, Santa Fé, Laranjeiras do Sul, Pato Branco, Nova Santa Rosa, Cascavel (Paraná), entre vários outros.

<sup>3</sup> Por tratamento deve-se entender qualquer operação (com ou sem meios informáticos) efetuada sobre dados pessoais, como coleta, registro, organização, armazenamento, consulta, utilização, comunicação, difusão, etc. O tratamento automático utiliza meios informáticos para realizar essas operações independente do conhecimento ou consentimento do titular dos dados.

Segundo o art. 5º, X, Lei n. 13.709/18, tratamento é "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração". A lista é exemplificativa e a caracterização como ato de tratamento não depende de qualquer transformação da informação disponível, basta qualquer ação realizada sobre um dado.

estabelecimento de políticas públicas que levem em consideração não só a dimensão curativa, mas também preventiva e promocional da saúde.

A História humana é marcada por episódios de pandemia provocadas por diferentes agentes infecciosos<sup>4</sup>, mas parece que as lições anteriormente aprendidas não foram suficientes para preparar os países para o que estava por vir com a Covid-19. A crença popular havia se estabelecido sob a falsa premissa de que doenças infecciosas poderiam ser facilmente controladas pelo homem (com medicamentos e vacinas) e com o emprego de diferentes tecnologias. E, de repente, o mundo é assolado por uma nova doença cujos tratamentos conhecidos se mostravam ineficazes para os casos mais graves, fazendo com que todos assistissem atônitos os seus devastadores efeitos. Em pleno século XXI, descobrimo-nos novamente vulneráveis a um vírus e à desinformação!

As pandemias para além de serem compreendidas como fenômenos de saúde pública, devem também ser percebidas como fenômenos sociais importantes, especialmente porque "mobilizam comunidades a revelar comportamentos que incorporam e reafirmam valores sociais e modos de compreensão do evento"<sup>5</sup>.

A inquietação social provocada pelos grandes surtos e seus efeitos arrasadores em diversas dimensões (social, econômica, sanitária) permite que discursos segregadores conquistem forte adesão popular, respaldando normas de urgência baseadas principalmente em determinações de isolamento, quarentena e distanciamento social, alastrando-se por diversos espaços e

<sup>4</sup> "Doença sempre esteve intimamente ligada ao contexto social, com significados que vão além de suas características biológicas e são, sobretudo, fruto de um fenômeno cultural. A história das doenças revela muito sobre as crenças, os costumes, as identidades, as organizações social e política, além da moral, e, por isso, a compreensão da doença tem sido cada vez mais ampliada para além do discurso médico-científico. 'Assim como a história, a doença como fenômeno social, também é uma construção'. E esta construção inicia-se a partir do momento em que a doença surge como um problema e, como tal, exige uma explicação" (BARATA, G. O 'fantástico' apresenta a AIDS ao público. In: NASCIMENTO, D.R.; CARVALHO, D.M.; MARQUES, R.C. (Orgs.). *Uma história brasileira das doenças*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2006. p. 116-146. p. 116).

<sup>5</sup> MARQUES, M.C.C. Saúde e poder: a emergência política da Aids/HIV no Brasil. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9 (suplemento), 2002, p. 41-65. p. 42.

destacando-se como as primeiras e mais rápidas medidas de enfrentamento a serem adotadas.

Nesse contexto, "o poder político da medicina [agora] consiste em distribuir os indivíduos uns ao lado dos outros, isolá-los, individualizá-los, vigiá-los uma a um, [...], fixar, assim, a sociedade em um espaço esquadrihado [...]"<sup>6</sup>. A Medicina urbana<sup>7</sup>, remodelou o modelo da purificação e exclusão, deslocando-o para um método de vigilância e hospitalização popularizado com a expressão 'saúde pública'.

As políticas de combate à Covid-19 estão sendo estabelecidas baseadas em dados epidemiológicos importantes e, como não poderia ser diferente, usam também dados clínicos para a definição das ações. No entanto, a utilização dos dados de saúde deve ser sempre feita de maneira limitada à persecução de um determinado fim (esclarecido ao titular dos dados), devendo estar circunscrita à dignidade da pessoa humana, garantindo-se alguns direitos ao paciente (ou a seus responsáveis), como, por exemplo: a) de ser informado sobre os serviços sanitários disponíveis, sobre os requisitos para ser por ele atendido e riscos inerentes aos procedimentos; b) a confidencialidade de toda informação relacionada com seu atendimento sanitário; c) de ser advertido se o procedimento (diagnóstico ou terapêutico) a ser aplicado é experimental ou não e com ele (dis)concordar; d) de se submeter a procedimentos que não provoquem riscos adicionais a sua saúde; e) de lhe ser designado um médico que será considerado responsável pelo seu acompanhamento e fará a comunicação entre o paciente e a equipe que lhe assiste; f) a participar de comunidades sanitárias; g) a utilizar as vias de reclamação administrativas e judiciais; bem como apresentar sugestões; h) a escolher o médico, quando houver essa possibilidade; i) a obter medicamentos e produtos

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 89.

<sup>7</sup> A Medicina urbana possui três objetivos: "1º. Analisar os lugares de acúmulo e amontoamento de tudo que, no espaço urbano pode provocar doença, lugares de formação e difusão de fenômenos epidêmicos ou endêmicos. [...]. 2º. Controle da circulação. Não dos indivíduos, mas das coisas ou dos elementos, essencialmente água e ar. [...]. 3º. Organização do que chamarei distribuições e sequências. Onde colocar os diferentes elementos necessários à vida comum na cidade? [notadamente questões relacionadas a saneamento básico] [...]. A medicina urbana não é verdadeiramente uma medicina dos homens, corpos e organismos, mas uma medicina das coisas: ar, água, decomposições, fermentos; uma medicina das condições de vida e meios de existência. [...]. Era um projeto geral de controle sem instrumento preciso de poder [...]" (FOUCAULT, idem, p. 89-95).

sanitários necessários à promoção, cura e prevenção de doenças; k) de consentir (ou não) com a disponibilização de seus dados para fins de pesquisa<sup>8</sup>, direitos que se relacionam à tutela estabelecida pela vigente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/18)<sup>9</sup> e também estão expressamente previstos na Resolução n. 4/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que estabelece os Direitos Humanos das Pessoas com Covid-19.

A exposição de dados de saúde por meio da obrigatoriedade do uso de pulseiras de identificação por contaminados, suspeitos e seus familiares, sem dúvida, enquadra-se no conceito de tratamento de dados trazido pela art. 5º, X<sup>10</sup>, da LGPD, caracterizando uma forma de controle realizada pelo Poder Público municipal.

O que se discute, portanto, é se essa forma de tratamento e controle se enquadra nas exceções de tratamento de dados sem consentimento do titular autorizadas pela lei (art. 11<sup>11</sup>) ou se podem ser

<sup>8</sup> DE LA CUEVA, P.L.M. El derecho fundamental a la protección de los datos relativos a la salud. In: CARULLA, S.R. (Ed.); MARTRUS, J.B. (Coord.). *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*. Madrid, Espanha: Agência Catalana de Protecció de Dades, 2006. p. 21-43. p. 26.

<sup>9</sup> SCHAEFER, Fernanda; GONDIM, Glenda Gonçalves. Telemedicina e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane; DADALTO, Luciana. *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020. p. 187-202. p. 191-192.

<sup>10</sup> Art. 5º, Lei n. 13.709/18. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; [...].

<sup>11</sup> Art. 11, Lei n. 13.709. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

caracterizadas como abuso de direito do Poder Público que injustificadamente colocam em risco a integridade física do enfermo e seus familiares.

### 3 DO INTERESSE SOCIAL

Sabe-se que o uso dos dados de saúde não só permite uma indiscutível potencialidade de desenvolvimento da Medicina em todas as suas dimensões (curativa, preventiva e promocional), mas também contém em si grande potencial de ferir diversos direitos humanos e fundamentais. Daí, a necessidade de regular o seu tratamento de uma maneira bastante restritiva uma vez que "as novas ferramentas representam a última expressão do controle humano"<sup>12</sup>.

A História humana por mais de uma vez demonstrou que embora os discursos (especialmente aqueles que pregam a desagregação dos dados-fonte de seus titulares) sejam sempre muito sedutores, não podem fazer esquecer os riscos trazidos a direitos e liberdades com o mau uso de dados de saúde. Por isso, a informação neles contida deve ser encarada não apenas em seu valor individual, mas também em seu valor coletivo, uma vez que "a plenitude da esfera pública depende diretamente da liberdade com a qual pode ser construída a esfera privada"<sup>13</sup>.

O interesse social, genericamente considerado, não é suficiente para justificar formas de controle/tratamento a partir dos dados de saúde e tampouco fazer desaparecer direitos fundamentais como a privacidade. Dados de saúde são sempre dados sensíveis. Assim, se é certo que a situação de emergência sanitária de interesse internacional por si só caracteriza um interesse social que visa a proteção da saúde coletiva, por evidente que seus reflexos não podem

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

<sup>12</sup> RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: Makron, 1998, p. 1.

<sup>13</sup> RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

simplesmente desconsiderar direitos humanos e direitos fundamentais secularmente garantidos.

As estratégias para proteção da sociedade e contenção do vírus devem ser pensadas a partir das realidades sociais e não apenas sob o arcabouço generalista do interesse social. O próprio STF ao julgar as ADIs n. 6341 e 6343/20 e a ADPF 672/20, assim se posicionou ao reconhecer a competência concorrente dos Estados e suplementar dos Municípios para adoção de medidas sanitárias de acordo com suas próprias realidades e no âmbito de seus territórios, deixando clara a necessidade de que as medidas sejam justificadas *in concreto*.

A exacerbação do coletivo pode gerar injustiças e até justificar atos de violência, o que é intolerável para Estados que se dizem Democráticos de Direito. Portanto, não se pode aqui tratar o interesse público como sinônimo de prevalência absoluta sobre o direito à privacidade, embora em algumas situações possa ser justificador de sua mitigação. Em momentos de emergência sanitária é necessário identificar em que situações o interesse social pode e deve prevalecer sobre a confidencialidade de dados clínicos.

Normas genéricas como as leis municipais que estabelecem o uso de pulseiras doentes com Covid-19 assentam-se na falsa premissa do já superado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Se há necessidade de um controle maior sobre infectados para que não continuem a alastrar o vírus, isso não justifica por si só a exposição pública de sua condição de doente. Outras formas de controle podem e devem ser pensadas, inclusive com menor custo de implantação, com a utilização de diferentes tecnologias que se revelem mais efetivas e seguras no atendimento do(s) interesse(s) público(s).

A pandemia provoca o inevitável cruzamento de espaços públicos e privados e o ponto de equilíbrio deve ser sempre a proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Hanna Arendt<sup>14</sup> afirma que,

É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo 'privado', em sua acepção original de 'privação', tem significado. Para o indivíduo, viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros,

<sup>14</sup> ARENDT, H. *A condição humana*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 62-70.

privado de uma relação 'objetiva' com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida. A privação da privatividade reside na ausência de outros; para estes, o homem privado não se dá a conhecer, e portanto é como se não existisse. O que quer que ele faça permanece sem importância ou consequência para os outros, e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros. [...]. Uma vez que a nossa percepção da realidade depende totalmente da aparência e, portanto, da existência de uma esfera pública na qual as coisas possam emergir da treva da existência resguardada, até mesmo a meia-luz que ilumina a nossa vida privada e íntima deriva, em última análise, da luz muito mais intensa da esfera pública. [...]. O termo 'público' significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele. Este mundo, contudo, não é idêntico à terra ou à natureza como espaço limitado para o movimento dos homens e condição geral da vida orgânica. Antes, tem a ver com o artefato humano, com o produto de mãos humanas, com os negócios realizados entre os que juntos, habitam o mundo feito pelo homem. Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que nele habitam em comum [...].

Os espaços públicos também são definidores da própria existência humana, da realidade que nos circunda. Por isso, os direitos fundamentais não podem ser analisados exclusivamente a partir de uma perspectiva individualista, mas, também, devem ser percebidos como direitos que compõem a base jurídica da ordem coletiva. Assim, se a pandemia impõe formas de controle para proteção da saúde coletiva, não podem simplesmente esses controles desconsiderarem aspectos próprios da condição humana. Os interesses sociais justificadores da limitação à privacidade em momentos de emergência sanitária devem ser um resultado da convergência entre interesses públicos e privados, somatório de interesses gerais que realizem o verdadeiro bem comum.

No entanto, frise-se, "não se trata de absorver o individual no público, mas sim de adotar uma perspectiva pública que permita a convivência social, estabelecendo competências e limites"<sup>15</sup> capazes de determinar o exato conteúdo daquilo a que se pretende dar primazia, tendo-se em conta ser impossível determinar a existência de um único interesse público universal em sociedades complexas e, pior ainda, em momentos pandêmicos.

<sup>15</sup> LORENZETTI, R.L. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 314.

Dessa forma, a mera invocação da ideia de 'necessidade de saúde pública' não é suficiente para justificar acesso irrestrito a dados clínicos ou exposição desses dados aos olhos do público em geral (lembrando-se que são dados sensíveis). Afirma Aragão que "deve ser dada prioridade aos argumentos jurídicos que mais possam ser objetivamente compartilhados coletivamente, em detrimento das afirmações genéricas [...]"<sup>16</sup>. No mesmo sentido, conclui Binenbojm que

O melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o *conceito de interesse público*, mas tão-somente a existência de um *princípio de supremacia do interesse público*. [...]<sup>17</sup>.

Assim, para além de alegar ser necessária a medida para 'fins de saúde pública' é preciso demonstrar como o melhor interesse público se realizará na medida tomada, pois pressupõe-se que o melhor interesse público só poderá realizar o verdadeiro sentido da solidariedade social se efetivamente representar um interesse que tenha por valor maior a efetivação e defesa da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> ARAGÃO, A.S. A 'supremacia do interesse público' no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, D. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-22. p. 10-11.

<sup>17</sup> BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, D. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-169. p. 167.

<sup>18</sup> SCHAEFER, Fernanda. *Proteção de dados de saúde na sociedade de informação*. Curitiba: Juruá, 2010.

#### 4 DA POSSIBILIDADE DE CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS E ATOS DE VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS MARCADAS COM PULSEIRAS

O apelo coletivo contido nas normas municipais em análise, sem dúvida, é sedutor pois traveste-se de um chamamento à responsabilidade individual em razão da proteção da saúde coletiva.

A necessidade de contenção de locomoção de pessoas contaminadas ou suspeitas de estarem contaminadas é, sem dúvida, uma forma de contenção da propagação do vírus (embora não a única, como revela o exemplo neozelandês<sup>19</sup>), mas não pode ser feita colocando em risco a integridade do doente ou acesso a condições mínimas de subsistência. Trata-se, em primeira análise, de questão de saúde pública (portanto, interesse social) que se sobrepõe a interesses particulares, mas que impõem diversas cautelas.

Diferentes riscos decorrem da identificação ostensiva de contaminados ou suspeitos de contaminação. O primeiro deles é justamente expor um dado sensível aos olhos do público o que pode conduzir às mais variadas formas de discriminação e até mesmo a atos de violência (não são poucas as notícias que narram situações de agressão que levaram até à morte). Infelizmente a História traz exemplos, reiterados, deste tipo de situação, basta lembrar o tratamento (e a obrigatoriedade de identificação) de judeus (estrela de seis pontas – em fundo amarelo – costurada nas roupas<sup>20</sup>), de homossexuais (triângulos rosas<sup>21</sup>), testemunhas de Jeová (triângulo roxo), imigrantes não alemães (triângulo azul), oposição política (triângulo vermelho), a genérica categoria dos 'antissociais' (triângulo preto) e ciganos (triângulo marrom)<sup>22</sup>. Se quisermos ir além, podemos ainda citar as tatuagens dos prisioneiros de campos de concentração.

<sup>19</sup> Vide: <https://www.unasus.gov.br/especial/covid19/markdown/212>

<sup>20</sup> Vide: <https://www.dw.com/pt-br/estrela-de-judeu-s%C3%ADmbolo-de-discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-morte/a-19518174>, acesso em 22 de outubro de 2021.

<sup>21</sup> ELÍDIO, Tiago. A perseguição nazista aos homossexuais: o testemunho de um dos esquecidos da memória. Dissertação de mestrado em Teoria e História Literária. Universidade Estadual de Campinas, 2010. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/270289/1/Elidio\\_Tiago\\_M.pdf](http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/270289/1/Elidio_Tiago_M.pdf), acesso em 22 de outubro de 2021.

<sup>22</sup> Para informações adicionais, sugere-se a consulta da imagem disponibilizada em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-o-que-eram-os-triangulos-do-holocausto.phtml>, acesso em 22 de outubro de 2021.

Todas estas iniciativas, consideradas apenas aquelas mais recentemente praticadas na Europa, serviam ao mesmo propósito: singularização pela exposição.

Além do mais, é preciso ter em conta que este tipo de legislação não costuma prever um sistema de auxílio social às pessoas que obrigatoriamente devem permanecer em isolamento. As leis já editadas preveem apenas o controle de saúde. Nada falam sobre, por exemplo, uma rede de apoio para compra de alimentos e entrega de medicamentos. A realidade brasileira não permite presumir que a maioria das pessoas pode simplesmente se trancar em casa por no mínimo 14 (quatorze) dias com comida estocada previamente para o período. Também não é possível supor que todas as pessoas contam com a solidariedade de vizinhos ou de outros familiares para suprir essas necessidades. Talvez até mesmo o alarmismo gerado pelo uso das pulseiras gere o efeito contrário e, portanto, aja de forma a desincentivar o comportamento esperado.

Esses pontos, por si só, já trazem em si alertas. Ao editar normas como essas, embora claramente pensadas na defesa do melhor interesse público, não pode o Poder Público simplesmente esquecer dos sistemas de apoio necessários ao doente e sua família e até mesmo como a pessoa será protegida contra eventuais atos discriminatórios ou de violência.

Se de fato há uma certa resistência geral ao cumprimento de quarentenas ou isolamentos, não se pode, a partir dela estabelecer atos de controle que possam conduzir a situações de indignidade e até ao agravamento das condições de saúde do enfermo. Se medidas enérgicas se justificam diante da gravidade da doença, inclusive impactando sobre diversos direitos individuais, não se pode presumir que absolutamente todas as restrições a liberdades estão previamente justificadas ou liberadas de apresentação justo motivo.

Trata-se, então, muito mais de se exigir o cumprimento por meio de efetivos instrumentos de fiscalização e sancionamento, que de se expor a personalidade à ataque ou discriminação.

#### 5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

O tratamento de dados de saúde se mostrou um instrumento atraente nesses tempos de pandemia. No entanto, é preciso ter em

mente que há muito o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular foi mitigado por outros princípios, especialmente, a dignidade da pessoa humana (valor-fonte do ordenamento brasileiro).

Embora seja tentador estabelecer formas de controle dos infectados, há interesses privados que também devem ser preservados porque intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. Se é necessário que o doente fique em isolamento, é também necessário que se garanta a esse enfermo o acesso ao mínimo existencial.

Segundo a Resolução n. 4/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que estabelece os Direitos Humanos das Pessoas com Covid-19, "os Estados devem cumprir suas obrigações de respeitar e garantir as condições necessárias para o exercício dos direitos das pessoas com coronavírus, reconhecendo e reafirmado a dignidade da pessoa humana, observando a igualdade e a eliminação de todas as formas de discriminação em suas normas e políticas públicas".

E é justamente nesse contexto de permeabilidade da pele, de digitalização do corpo humano, de segregação de dados dos seus titulares, que se apresentam discursos sedutores que afirmam a redução das dimensões da privacidade em favor de uma suposta segurança pública e proteção da saúde coletiva. Neste sentido, aliás, destaque-se a Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950:

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.<sup>23</sup>

Este tema também foi avaliado pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da Medida Provisória n. 954/2020 que previa "o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC e do Serviço Móvel Pessoal - SMP com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia

<sup>23</sup> EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950). Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf), acesso em 22 de outubro de 2021.

e Estatística - IBGE". (art. 1º). No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6387<sup>24</sup>, o Tribunal considerou que não haveria interesse público para a edição da medida provisória uma vez que,

Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados desempenha não só o importante papel de finalmente intensificar as discussões sobre o tema no Brasil, mas também de inibir o tratamento de dados sensíveis (como os dados de saúde), estabelecendo a proibição de tratamento como regra que, no entanto, admite algumas exceções (art. 4º. III, LGPD).

Por isso, "o tratamento de dados pessoais sensíveis ligados à saúde, deve estar voltado ao interesse das pessoas naturais e da sociedade, em uma visão ligada às políticas públicas"<sup>25</sup>, compreendendo-se a privacidade como a proteção conferida a escolhas de vida e liberdade de escolhas existenciais e as políticas públicas como a prestação de serviços necessários à efetivação de direitos sociais e fundamentais.

O fato de haver uma pandemia, de socialmente no Brasil se encontrar dificuldades para a execução de uma efetiva política de *lockdown*, de convencimento da população sobre a gravidade do momento e a necessidade de isolamento em caso de contaminação, não pode por si só ser justificadora de normas de controle que

<sup>24</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 6387. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>, acesso em 22 de outubro de 2021.

<sup>25</sup> COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damasio. Ética algorítmica e proteção de dados pessoais sensíveis: classificação de dados de geolocalização em aplicativos de combate à pandemia e hipóteses de tratamento. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michel César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Direito digital e inteligência artificial*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 271-288. p. 277.

escancaram a privacidade de dados sensíveis e colocam em risco a saúde e a segurança dos contaminados e de seus familiares.

A privacidade no contexto da Sociedade de Informação é continuamente desgastada e desconsiderada, muitas vezes sob o falso pretexto de prevalência de interesses sociais. Tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que muitas vezes acabam também distanciando o sujeito do controle sobre suas próprias informações, reduzindo a pessoa perigosamente a meras funcionalidades biológicas.

O apelo utilitarista dos discursos é atraente, mas outros direitos e liberdades tão importantes quanto a própria defesa da saúde pública se manifestam. A privacidade não morre na Sociedade de Vigilância, ela se ressignifica a partir do reconhecimento da autodeterminação informativa como um direito autônomo. Por isso, limitações legais à privacidade só podem ser admitidas para fins específicos que não podem interferir na própria essência da autodeterminação uma vez que devem ser consideradas a partir da própria noção de dignidade da pessoa humana. A proteção deve se dar para e pela pessoa não só a partir do meio social em que está inserida, mas também a partir de seus interesses individuais.

A LGPD admite excepcionalmente o tratamento de dados de saúde sem o consentimento do seu titular quando: necessário à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos (art. 11, II, b); para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida quando possível a anonimização dos dados (art. 11, II, c); para proteção de vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro (art. 11, II, e); para tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (art. 11, II, f). A lei embora exaustiva nos fatos que autorizam a exceção à regra, é propositadamente aberta aos descrever as situações.

No entanto, as hipóteses concretas não poderão se apresentar justificadas sob o genérico pretexto do interesse público, devendo o interesse social ser demonstrado objetivamente (inclusive em atos normativos, conforme determina o art. 13, LGPD) para realmente ser justificador do tratamento de dados de saúde, uma vez que, sendo a proteção de dados sensíveis expressão da liberdade e da dignidade humana, não se pode tolerar que se transforme um sujeito em objeto de vigilância constante e onipresente do Estado. E, nesse aspecto, todas as leis municipais que versaram sobre o uso de pulseiras para

situações de Covid-19 são abstratas em suas justificativas, não restando evidenciado ser a melhor nem a única forma de proteger a saúde coletiva nesse momento, nem tampouco estando presentes a necessidade ou a proporcionalidade da medida.

Por sua natureza especial, dados de saúde não podem ser tratados automaticamente, a menos que sejam previstas garantias legais e/ou ainda que se tenha consentimento expresso de seu titular. Se de fato o interesse na defesa da saúde coletiva se apresenta em momentos de emergência sanitária, é preciso ponderar que os riscos da medida de identificação por pulseiras são elevados e não parecem se justificar.

Tanto o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) quanto a lei que estabeleceu as medidas para o enfretamento da emergência de saúde pública de importância internacional (Lei n. 13.979/20) afirmam a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e as liberdades individuais como direitos indisponíveis mesmo durante o combate à pandemia, embora possam sofrer certas limitações. O art. 45, §1º, do RSI, permite o tratamento de dados pessoais de saúde "quando for essencial para os fins de avaliação e manejo de risco para a saúde pública",

Garantindo que os dados pessoais sejam (i) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito; (ii) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito; (iii) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados, garantindo-se que todas as medidas razoáveis serão tomadas para garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e (iv) conservados apenas pelo tempo necessário<sup>26</sup>.

A estratégia de identificação por pulseiras parece violar essas premissas pelo simples fato de desconsiderar a garantia do mínimo existencial para os doentes e seus familiares, pisoteando a privacidade como direito fundamental.

<sup>26</sup> ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira; FREITAS, Márcia Araújo Sabino; MONTEIRO, Renato Leite; FAVARO, Isamine Lima. Covid-19 e contact tracing: tecnologia e proteção de dados pessoais em situações excepcionais de pandemia. In: DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *LGPD na saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 404.

Quando a LGPD autoriza o tratamento de dados de saúde para fins de tutela da saúde não está a dar carta branca para as autoridades estabelecerem formas de controle discriminatórias e violadoras da mais básica privacidade. A utilidade pública declarada na justificativa legislativa deve ser interpretada restritivamente, não podendo os benefícios sociais genericamente serem apontados direta ou indiretamente como contrapartida oferecida ao titular dos dados. Por isso, a atenção não se deve deslocar dos meios de reação individual para os instrumentos de controle social. É preciso que o melhor interesse público seja demonstrado, o que não está evidenciado nas leis municipais analisadas.

Trata-se, portanto, de dar garantias à tutela à dignidade da pessoa humana, ainda que haja um interesse público relevante sobre os dados tratados. Segundo a Resolução n. 4/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que estabelece os Direitos Humanos das Pessoas com Covid-19,

O objetivo principal de qualquer cuidado ou serviço de saúde dirigido a pessoas com COVID-19 é a proteção da vida, da saúde, tanto física como mental, a otimização do seu bem-estar de forma integral, o não abandono, o respeito pela dignidade como um o ser humano e a autodeterminação fazendo uso do máximo de recursos disponíveis, para o melhor atendimento e tratamento possíveis. Em nenhum caso as pessoas devem ser submetidas a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, pois existe uma proibição absoluta e inderrogável a esse respeito.

Não são alarmistas as predições feitas sobre o destino da privacidade de dados, mas sim são prelúdios de uma necessária reflexão sobre os perigos dos usos ilimitados de dados de saúde, ainda que se refiram a situações excepcionais que se justificam pela proteção da saúde coletiva. Tais são os perigos da marcação de doentes da forma proposta nas normas municipais que sequer ela foi uma das alternativas indicadas pela OMS no documento *Implementation of the adjusting of public health and social measures*, que estabeleceu diretrizes para ajustes de normas durante a pandemia<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331773/WHO-2019-nCoV-Adjusting\\_PH\\_measures-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331773/WHO-2019-nCoV-Adjusting_PH_measures-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 12 abr. 2021.

A saúde como direito fundamental, deve ser tida como a convergência de interesses públicos e privados, não podendo haver entre estes colisão, mas sim, a prevalência de situações que tendem a realizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 196, da CF, ao estabelecer o direito à saúde como um dever do Estado e um direito de todos o faz deixando clara a intrínseca relação com a inviolabilidade do direito à vida, estabelecido como direito fundamental no art. 5º, CF. E que segundo o art. 6º, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, é "o direito supremo do qual não permite suspensão alguma, nem sequer em situações de conflito armado ou outras situações de emergência pública que ameacem a vida da nação" e que o direito à vida "constitui em si mesmo o valor mais precioso...cuja proteção efetiva é um requisito indispensável para o desfrute de todos os demais direitos humanos" (Comentário Geral n. 36).

Portanto, o direito à saúde, assume também, um direito à proteção da saúde considerada em seu mais amplo conceito: "estado de completo bem-estar físico, moral e social" (OMS). Por isso, as normas restritivas de direitos devem ser pensadas a partir da probabilidade suficiente de concretização de direitos fundamentais, devendo-se adotar medidas destinadas a garantir de forma sustentada e igualitária o acesso a bens e serviços essenciais.

Marcar doentes é afastar-se da finalidade da norma abrindo as portas para condutas discriminatórias e atos de violência que colocam em risco o próprio enfermo. Nesse sentido, a própria LINDB estabelece em seu art. 20 que "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".

Está claro que as normas municipais em análise se baseiam em valores jurídicos abstratos, desconsideram as consequências práticas da decisão, não estando embasadas em qualquer evidência científica, mas sim em episódios históricos que demonstraram que a marcação de pessoas com base em seus dados clínicos coloca em risco a própria existência humana.

Além disso, a LINDB estabelece em seu art. 22 que "na interpretação das normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados". As normas municipais atacadas desconsideraram as

dificuldades e obstáculos de sua implantação não só com a necessidade do deslocamento de equipes de saúde para controlar os pacientes marcados, mas também as dificuldades reais criadas para os cidadãos que não contariam com nenhuma rede de apoio para ter acesso a bens básicos para a sua subsistência.

Embora a ADI 6341 tenha apontado pela competência concorrente dos Municípios para tomar medidas normativas a partir de suas realidades, não dá o STF ampla autorização para que medidas restritivas de direitos fundamentais sejam tomadas com o fundamento genérico de interesse social. As necessidades imediatas do Município devem ser cabalmente demonstradas.

Ainda que não haja critérios objetivos fixados ou protocolos muito bem definidos, as circunstâncias permitem afirmar que os municípios escolheram a opção do seu ponto de vista de operacionalização mais fácil, embora as consequências possam ser devastadoras para o doente e seus familiares.

Os municípios não apresentaram nenhum estudo técnico ou científico que dê respaldo à marcação de doentes e seus familiares da forma proposta. Ao contrário, as normas deixam claro o mero exercício de uma forma de controle, sem apontar dados sanitários que justifiquem a medida. A autonomia reconhecida pelo STF aos municípios não lhes dá carta branca para agir sob o rótulo abstrato da pandemia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As doenças sempre serão um problema humano (quando não criado pela própria humanidade!), uma vez que afetam diretamente a harmonia social e revelam os diferentes valores individuais e coletivos de cada organização social. Assim, quando se buscam novos valores éticos para dar conta de pandemias é preciso tomar certos cuidados para que essa diligência não provoque o relativismo excessivo desses valores, tornando o Direito mero legitimador das práticas científicas<sup>28</sup>.

A análise da pandemia evidencia as respostas políticas, sociais, morais e científicas diante das diversas ameaças à saúde

<sup>28</sup> SCHAEFER, Fernanda. *Proteção de dados de saúde na sociedade de informação*. Curitiba: Juruá, 2010.

humana, revelando a necessidade de se compreender essas questões como fatos contínuos<sup>29</sup>, que apontam erros e acertos na condução de políticas públicas e análise de dados clínicos populacionais. As respostas à pandemia embora devam pautar-se por práticas científicas, a elas não podem estar restritas, pois ao desconsiderar as demais dimensões corre-se o risco de se instrumentalizar o ser humano tornando-o mero objeto da Biopolítica.

Em momentos de acentuada crise sanitária não se pode utilizar autorizações legais ou judiciais para se estabelecer abstrata e genericamente formas de controle e restrições a direitos fundamentais. Se é verdade que a pandemia impõe às autoridades públicas o dever de agir nas três dimensões da saúde, também é verdade que a adoção das mais variadas medidas deve se pautar pela adequação, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, condições não observadas nas normas municipais aqui analisadas.

As normas examinadas pelos riscos que trazem a direitos fundamentais, extrapolam qualquer lógica razoável, sendo inconstitucionais não só por seus fundamentos, mas especialmente por seus desastrosos efeitos sobre direitos fundamentais indisponíveis e sobre a própria dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A.S. A 'supremacia do interesse público' no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, D. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-22.

ARENDRT, H. *A condição humana*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARATA, G. O 'fantástico' apresenta a AIDS ao público. In: NASCIMENTO, D.R.; CARVALHO, D.M.; MARQUES, R.C. (Orgs.). *Uma história brasileira das doenças*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2006. p. 116-146.

BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, D. (Org.). *Interesses*

<sup>29</sup> A descontinuidade histórica, afirma Eric Hobsbawn (1995, [s.p.]), permite que os fatos não sejam corretamente analisados e que os erros não sejam completamente identificados.

**públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-169.

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damasio. Ética algorítmica e proteção de dados pessoais sensíveis: classificação de dados de geolocalização em aplicativos de combate à pandemia e hipóteses de tratamento. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michel César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **Direito digital e inteligência artificial.** Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 271-288. p. 277.

DE LA CUEVA, P.L.M. El derecho fundamental a la protección de los datos relativos a la salud. In: CARULLA, S.R. (Ed.); MARTRUS, J.B. (Coord.). **Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud.** Madrid, Espanha: Agência Catalana de Protecció de Dades, 2006. p. 21-43. p. 26.

ELÍDIO, Tiago. A perseguição nazista aos homossexuais: o testemunho de um dos esquecidos da memória. Dissertação de mestrado em Teoria e História Literária. Universidade Estadual de Campinas, 2010. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/270289/1/Elidio\\_Tiago\\_M.pdf](http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/270289/1/Elidio_Tiago_M.pdf), acesso em 22 de outubro de 2021.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 6ª. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

HOBBSAWM, E. O presente como história: escrever sobre a história de seu tempo. **Novos Estudos**, São Paulo, CEBRAP, n. 43, p. 103-12.

LORENZETTI, R.L. **Teoria da decisão judicial.** Fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, M.C.C. Saúde e poder: a emergência política da Aids/HIV no Brasil. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9 (suplemento), 2002, p. 41-65.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia.** Trad. Arão Sapiró. São Paulo: Makron, 1998, p. 1.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância.** A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

SCHAEFER, Fernanda. **Proteção de dados de saúde na sociedade de informação.** Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. GONDIM, Glenda Gonçalves. Telemedicina e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane; DADALTO, Luciana. **Responsabilidade civil e medicina.** Indaiatuba, SP: Foco, 2020. p. 187-202. p. 191-192.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira; FREITAS, Márcia Araújo Sabino; MONTEIRO, Renato Leite; FAVARO, Isamine Lima. Covid-19 e contact tracing: tecnologia e proteção de dados pessoais em situações excepcionais de pandemia. In: DALLARI, Analluza Bolívar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na saúde.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 404.

## Capítulo 5

# A APLICAÇÃO DA LGPD NO TRATAMENTO DE DADOS SENSÍVEIS DA SAÚDE PELO PODER PÚBLICO

ALICE PRADO LUIZ\*

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados repercutiu de forma significativa criando uma nova abordagem sistemática para o uso de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A implementação integral das regras da Lei Geral de Proteção de Dados é um projeto de grandes proporções, em razão da quantidade e diversidade dos dados pessoais tratados e dos arquivos, sistemas e bancos de dados nos quais eles são armazenados.

Na Administração Pública, o gerenciamento da privacidade deve incluir estratégias, habilidades e ferramentas que os órgãos e

\* Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Integrante do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Constitucional e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade, coordenado pelo Prof. Luiz Gustavo de Andrade.

\*\* Advogado. Mestre em Direito. Professor da Graduação e Pós-Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba). Membro Consultor da Comissão de Direito Eleitoral (OAB-PR). Membro Relator da Comissão de Gestão e Controle da Administração Pública (OAB-PR). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (ABRADEP). Membro do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (IPRADE). Editor Executivo da Revista Paraná Eleitoral (TRE-PR). Membro Fundador do Instituto Mais Cidadania. Membro da Associação Brasileira da Advocacia Municipalista (ABAM). Membro da Conferência Americana de Organismos Electorales Subnacionales por la Transparencia Electoral (CAOESTE).