

ANDERSON SCHREIBER
GUILHERME MAGALHÃES MARTINS
HELOISA CARPENA
C O R D E N A D O R E S

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIEDADE TECNOLOGICA

ANDERSON SCHREIBER • ANDRESSA DE BITTENCOURT SIQUEIRA • ANTONIA ESPINDOLA
LONGONI KLEE • CAITLIN MULHOLLAND • CARLOS EDISON DO RÉGO MONTEIRO FILHO •
CARLOS NELSON KONDER • CINTIA MUNIZ DE SOUZA KONDER • CINTIA ROSA PEREIRA DE
LIMA • DANILLO DONEDA • FELIPE RIBAS • FELIPE ZALTMAN SALDANHA • FILIPE MEDON •
GILBERTO MARTINS DE ALMEIDA • GUILHERME MAGALHÃES MARTINS • HELOISA CARPENA
• INGO WOLFGANG SARLET • ISABELLA Z. FRACHOF • JOÃO VICTOR ROZATIL LONGHI • JOSÉ
LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR • JÚLIA COSTA DE OLIVEIRA COELHO • KELVIN PEROLI •
LUCIAMARIA TEIXEIRA FERREIRA • MÁRIA AYRES TORRES • MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO
• NELSON ROSENVALD • NEWTON DE LUCCA • THIAGO JUNQUEIRA • WALTER B. GASPARI

Dados Internacionais de Catalogação (CIP) de acordo com ISBD

D598

Direitos fundamentais e sociedade tecnológica / Anderson Schreiber ... [et al.] ; coordenado por Anderson Schreiber, Guilherme Magalhães Martins, Heloisa Carpena. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2022.

328 p. : 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-510-5

1. Direitos. 2. Direitos fundamentais. 3. Sociedade tecnológica. I. Schreiber, Anderson. II. Siqueira, Andressa de Bittencourt. III. Klee, Antonia Espindola Longoni. IV. Mulholland, Caitlin. V. Monteiro Filho, Carlos Edison do Régo. VI. Konder, Carlos Nelson. VII. Konder, Cintia Muniz de Souza. VIII. Lima, Cintia Rosa Pereira de. IX. Doneda, Danilo. X. Ribas, Felipe. XI. Saldanha, Felipe Zaltman. XII. Medon, Filipe. XIII. Almeida, Gilberto Martins de. XIV. Martins, Guilherme Magalhães. XV. Carpena, Heloisa. XVI. Sarlet, Ingo Wolfgang. XVII. Frajho, Isabella Z. XVIII. Longhi, João Victor Rozati. XIX. Faleiros Júnior, José Luiz de Moura. XX. Coelho, Júlia Costa de Oliveira. XXI. Peroli, Kelvin. XXII. Ferreira, Lucía Maria Teixeira. XXIII. Torres, Maria Ayres. XXIV. Calixto, Marcelo Junqueira. XXV. Rosenvald, Nelson. XXVII. Lucca, Newton De. XXVIII. Junqueira, Thiago. XXIX. Gaspar, Walter B. XXX. Título.

2022-1082

CDD 341.27

CDU 342.7

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direitos fundamentais 341.27
2. Direitos fundamentais 342.7

conjunto uma abordagem verdadeiramente inovadora, que não trata os diferentes avanços tecnológicos como “realidades irresistíveis”, mas tampouco os encara como “inimigos” dos direitos fundamentais, convertendo-os, isto sim, em oportunidade e até instrumento para sua efetiva proteção.

Rio de Janeiro, março de 2022.

Anderson Schreiber
Guilherme Magalhães Martins
Helioisa Carpena

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	V
Anderson Schreiber, Guilherme Magalhães Martins e Helioisa Carpena	
A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	1
Newton De Lucca e Guilherme Magalhães Martins	
OS VAZAMENTOS DE DADOS PESSOAIS E A REPARAÇÃO DOS DANOS COLATIVOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	15
Helioisa Carpena	
LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: QUAL A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?	29
Anderson Schreiber	
ALGUMAS NOTAS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA – O CASO DAS ASSIM CHAMADAS “FAKE NEWS”	39
Ingo Wolfgang Sarlet e Andressa de Bitencourt Siqueira	
FAKE NEWS: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	61
Felipe Ribas	
CENSURA REVERSA, RISCOS À DEMOCRACIA E CONTEÚDOS TÓXICOS: POR UM REPENSAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO POR CONTEÚDO INSERIDO POR TERCEIROS	73
João Victor Rozatti Longhi	
A MITIGAÇÃO DO RISCO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS EM INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS POR MEIO DA PRESERVAÇÃO DE DADOS	91
Danilo Doneida e Walter B. Gaspar	
CONFLITOS NA INTERNET E MEDIAÇÃO	105
Gilberto Martins de Almeida	

O DIREITO AO ESQUECIMENTO APÓS O JULGAMENTO DO STF: O QUE MUDOU?	Isabella Z. Frajhof	115	PADRÕES DE CONDUTA NA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA: A PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL	Maíra Ayres Torres	271
DIREITO AO ESQUECIMENTO E O STF: VALE A PENA VER DE NOVO?	Júlia Costa de Oliveira Coelho	127	NÃO CANCELEIS PARA QUE NÃO SEJAS CANCELADOS: ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CULTURA DO CANCELAMENTO E O PAPEL DAS PLATAFORMAS	Filipe Medon	285
DESINDEXAÇÃO TOTAL E PARCIAL NOS MOTORES DE BUSCA	Marcelo Junqueira Calixto	141	REQUISICIONAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DE INVESTIGAÇÕES: PODERES E LIMITES	Felipe Zalzman Saldanha	299
O CONSENTIMENTO PARA A ADOÇÃO DE TECNOLOGIAS EXPERIMENTAIS: O CASO DA CRIOGENIA	Carlos Nelson Konder e Cíntia Muniz de Souza Konder	155			
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO	Caitlin Mulholland	169			
DESIGN À VANGUARDA? DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E A IGUALDADE NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	Cíntia Rosa Pereira de Lima e Kelvin Peroli	183			
NOTAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENTRE PARTICULARES	Thiago Junqueira	199			
OPEN BANKING E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR	José Luiz de Moura Faleiros Júnior	215			
O NECESSÁRIO REFORÇO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO DO CONSUMIDOR NA ERA DE PRODUTOS E SERVIÇOS DIGITAIS	Antonia Espíndola Longoni Klee	227			
DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	Lucia Maria Teixeira Ferreira	241			
DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: RUMO À IMPLANTAÇÃO DE UMA CULTURA DE DADOS NO BRASIL	Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Nelson Rosenvald	257			

O CONSENTIMENTO PARA A ADOÇÃO DE TECNOLOGIAS EXPERIMENTAIS: O CASO DA CRIOGENIA

Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor do Departamento de Direito Civil da UERJ e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Cintia Muniz de Souza Konder

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora do curso de direito do IBMEC. Professora dos cursos de Pós-graduação (latu sensu) da UERJ e da PUC-Rio.

Estudar o morrer é como olhar para uma poça de água. Nela vemos o reflexo do tipo de gente que viemos a ser. Por trás das imagens frágeis e transitórias do nosso eu individual que aparecem na superfície, existem sugestões de companhia menos familiar: estranhas marés de história, resacas culturais que fluem e refluem abruptamente na vida. As ondulações dessas forças tangem e trabalham a nossa identidade, primeiro para criá-la, e depois para testá-la antes da sua destituição final na morte.¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Um caso especialmente ilustrativo: o julgamento do REsp 1693718 – 3. Direito ao corpo e liberdade morfológica antes e depois da morte – 4. Legitimidade da assunção de risco na adoção de tratamentos experimentais – 5. O conflito entre interpretação da vontade do sujeito e a vontade da família – 6. Considerações – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os efeitos jurídicos da morte são amplamente discutidos no Direito Civil. É comum ser abordada a extinção da personalidade, a abertura da sucessão, a mudança no estado civil, a extinção do vínculo matrimonial, as questões relacionadas ao inventário e até dilemas sobre cremação e sepultamento. Mas dificilmente se discutiu – pelo menos até o advento do caso que será abordado a seguir – se o corpo de uma pessoa falecida deveria ou não ser preservado criogenicamente. A tecnologia, com sua aptidão para criar escolhas onde antes só havia acaso e fatalidade, chegou ao ponto de permitir que a pessoa opte por ter seu corpo preservado. Entretanto, ainda

1. KELLEHEAR, Allan. *Uma história social do morrer*. São Paulo: Unesp, 2016, p. 13.

não há nenhum tipo de garantia de que, um dia, esse corpo poderá efetivamente ser reanimado. Juntando-se isso à ausência de manifestação formal do titular do corpo, não são poucas as questões jurídicas que essa tecnologia enseja. Esse é o embredo de um caso originário do Rio de Janeiro, que levou os julgadores, em todas as instâncias, a refletirem sobre a questão da manifestação do consentimento para a adoção de tecnologias experimentais.

O presente artigo visa analisar algumas das ricas questões jurídicas que o caso envolve. Para tanto, aborda-se inicialmente o direito ao corpo e a liberdade de o titular dele dispor, tanto vivo como no tocante ao cadáver, que foram consideravelmente ressignificados em virtude do desenvolvimento tecnológico. Em seguida, analisa-se o espaço de autonomia do sujeito para submeter-se a procedimentos experimentais, assumindo os riscos relativos à ausência de comprovação científica definitiva. Por fim, o texto dedica-se à controversia que parece ter sido o ponto central do caso, a interpretação da vontade do titular e sua contraposição à vontade dos familiares.

2. UM CASO ESPECIALMENTE ILUSTRATIVO: O JULGAMENTO DO RESP 16937/18

Carmen e Denise ajuizaram ação para obter alvará de liberação, traslado e sepultamento do corpo de seu pai, Luiz Felipe, além do pagamento de indenização a título de danos morais em face de sua irmã Lygia Cristina. Alegaram que ao tomar ciência da passagem do pai, verificaram que o seu corpo estava sendo preservado em câmara frigorífica para posterior envio aos Estados Unidos, de forma a ser preservado criogenicamente e por meio da ação desejavam que o corpo de seu pai fosse sepultado com dignidade e em território nacional. Foi deferida liminar para que o ré não trasladasse o corpo do pai para os Estados Unidos e para que a RioBax não entregasse a ela, Lygia, entretanto, afirmou em contestação que, durante os longos anos em que viveu com o pai, este sempre demonstrou a ela e a outras pessoas o desejo de que seu corpo fosse submetido à técnica da criogenia, por acreditar que com o avanço da ciência, seria possível trazê-lo de volta à vida. Aduziu que o procedimento deveria ser feito no prazo máximo de quarenta e oito horas. O Ministério Público entendeu que não havia prova cabal da vontade do pai de ser submetido ao procedimento de congelamento do corpo após a morte e que o prazo indicado por Lygia já teria transcorrido, inviabilizando o procedimento. O juiz de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido confirmando a liminar, determinando que o corpo fosse entregue para que o sepultamento fosse realizado no local indicado por Carmen e Denise. O juiz fundamentou a decisão na falta de comprovação de garantia científica de sucesso, por ser a criogenia contrária às regras ordinárias e costumeiras e que o corpo ficaria em local distante do território nacional, em contrariedade ao desejo da maioria das herdeiras.²

2. TJERJ, Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital, processo 0057606-61.2012.8.19.0001, juiz rel. Henrique Oliveira Marques, julg. 28.02.2012.

Em sede de apelação, Lygia sustentou que Carmen e Denise, com domicílio no Rio Grande do Sul, não mantinham contato com o pai nos últimos anos de vida e por isso não conheciam o seu desejo de ser criopreservado. A relação entre as duas filhas e o pai desgastou-se a ponto de não haver mais nenhum contato depois que Luiz Felipe outorgou mandato à Lygia com amplos e irrestritos poderes. A decisão de segunda instância, por maioria, reformou a sentença, fundada na averiguação da real vontade do *de cuius* e não na unificação da vontade das partes, já que a destinação dos restos mortais é um direito da personalidade constitucionalmente assegurada. Entendeu que a filha Lygia, sendo sua parenta mais próxima com quem mantinha relação de profundo afeto, tendo acompanhado o pai nos últimos trinta anos, inclusive durante a sua doença e recebendo a sua absoluta confiança – provada pela procuração com poderes irrestritos – era a melhor pessoa para exprimir a vontade do *de cuius*, corroborada por mais de quinze declarações com firma reconhecida de pessoas que mantinham diferentes vínculos com Luiz Felipe e atestavam que este sempre declarou que gostaria de ter o seu corpo submetido à criopreservação após o seu falecimento. Diante da ausência de previsão legislativa, utilizou analogia com a cremação, para a qual não se exige forma especial quanto à declaração de vontade, e que não se mostra razoável que Luiz Felipe desejasse ser sepultado ao lado da primeira esposa, eis que estavam separados há mais de vinte anos, casou-se novamente, mudou o domicílio para o Rio de Janeiro e criou Lygia sozinho e com ela viveu por mais de trinta anos.³

Em sede de embargos infringentes, por maioria, reformou-se a decisão da apelação sob os fundamentos de que não há certeza da vontade de Luiz Felipe pela criopreservação, eis que ausente a sua manifestação expressa e não há indícios de cura dos males que enfrentou em vida e chances de uma vida digna futura pela criogenia.⁴ No Recurso Especial, a decisão foi novamente reformada para garantir que o corpo de Luiz Felipe seja mantido criopreservado. Entre os fundamentos, a necessidade de realizar a analogia *inuris*, em razão da pluralidade de leis que disciplinam a disposição do corpo após a morte; que a filha Lygia era a familiar que conviviu duramente e há mais tempo com o pai, além de ter a sua confiança para ser a sua mandatária com poderes ilimitados e irrestritos, de modo que era ela quem tinha melhores condições de traduzir a sua vontade.⁵

3. DIREITO AO CORPO E LIBERDADE MORFOLÓGICA ANTES E DEPOIS DA MORTE

O caso narrado toca inicialmente em tema tradicional ao direito civil, consistente no direito ao próprio corpo, ou, mais especificamente, na legitimidade dos atos de

3. TJERJ, 20ª Câmara Cível, Ap. Cível 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, julg. 13.06.2012.

4. TJERJ, 7ª Câmara Cível, Emb. Inf. 0057606-61.2012.8.19.0001, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro, julg. 20.08.2014.

5. STJ, 3ª T., REsp 1.693.718, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26.03.2019.

disposição do próprio corpo. O desenvolvimento tecnológico, todavia, deixou espaço para um novo patamar ampliando significativamente as possibilidades de modificação corporal e também os fins que podem ser perseguidos por meio desses atos.⁶

O tratamento jurídico do corpo, mesmo nos contextos de proteção mais ampla à liberdade individual e às manifestações de vontade, sempre padeceu de limitações significativas, seja por conta da influência do pensamento cartesiano, seja da religiosidade de matriz cristã, que encaravam o corpo como um receptáculo material da pessoa, inocável e sagrado, especialmente porque associado ao mundo e à sexualidade. Esse tipo de limitação de viés tradicional se faz sentir ainda na legislação contemporânea, como é o caso do artigo 13 do Código Civil, que estabelece três critérios controversos para verificar a legitimidade dos atos de disposição do corpo praticados em vida.⁶

O critério de *normalização* – por tomar por base o paradigma da estrutura de um corpo dito *normal* – cobra diminuições permanentes da integridade física, sob perspectiva de evitar que o sujeito tome uma decisão sobre sua saúde e cujos efeitos não seriam remediados pelo decurso do tempo, priorizando a disposição de partes regeneráveis,⁷ mas se fosse aplicado a rigor, inviabilizaria práticas recorrentes e socialmente toleradas e mesmo valorizadas, como cirurgias plásticas estéticas. O critério de *moralização* cobra atos de disposição que violem os “bons costumes”, conceito que delimita raízes numa tradição de restrição à autonomia existencial, como se observava no âmbito da censura durante a ditadura militar no Brasil.⁸ O critério de *medicalização* vincula-se à ressalva de “exigência médica”, forma intensa de paternalismo clínico, que vai na contramão das tendências da bioética e da ética médica contemporânea voltadas a empoderar o paciente e sua autonomia contra a tradicional ditadura de que “o médico sabe o que é melhor”.⁹ Nenhum dos três critérios, portanto, parece adequado ao pluralismo que fundamenta a República ou com uma leitura renovada da laicidade que deve guiar o ordenamento: “a laicidade, além de princípio de organização institucional e social, manifesta-se agora também como princípio de governo da vida”.¹⁰

No tocante aos atos voltados para surtir efeito sobre o corpo para depois da morte – comumente referidos por “direito ao cadáver”¹¹ – a situação não é muito distinta.

6. CC, art. 13. “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importa diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.
7. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.
8. CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 112.
9. OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 61.
10. RODOTA, Stefano. *Autodeterminação e laicidade*. Tradução C. N. Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018, p. 139.
11. Entre nós, é o termo utilizado no estudo pioneiro de CHAVES, Antonio. *Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes)*. Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. *Direito ao cadáver e às partes do mesmo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, p. 243-298, 1977. Mais recentemente, v. TRONCO, Arthur Abbad. *O direito ao cadáver e a doação de órgãos pós-morte*. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 13, p. 69-98, out./dez., 2017.

uma vez que o ordenamento somente os admite se, além de gratuitos, tiverem fim científico ou altruístico.¹² Assim, o espaço reconhecido pelo legislador para a liberdade do sujeito dispor do próprio corpo *post mortem* parece bastante limitado. Mesmo no âmbito da doação de órgãos e tecidos, o espaço da vontade do doador acabou atada pela legislação específica, que foi alterada para, de forma bastante controversa, submeter a validade do transplante ao consentimento dos familiares do *de cuius*.¹³

Esse panorama legislativo parece contrapor-se a uma leitura constitucionalizada da relação do sujeito com seu próprio corpo, na qual o próprio conceito de saúde passa a ser lido pelas vias da autodeterminação corporal.¹⁴ A exigência de gratuidade condiz de forma clara com a preocupação em evitar que o sujeito seja compelido a mercantilizar o próprio corpo por razões econômicas, o que seria incompatível com a proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁵ Entretanto, no que tange aos demais critérios parece haver maior dificuldade em encontrar seu fundamento constitucional, especialmente tendo em vista uma realidade social em que se admite comumente modificações corporais para fins estéticos ou para fins funcionais.

No âmbito das modificações com fins estéticos, encontramos não só os casos mais radicais, como o *Kiscedjé*, o disco labial dos indígenas brasileiros, o *padang*, os anéis de bronze usados pelas mulheres do sudeste asiático e da África, e o ritual do *O Ke Pa*, dos indígenas norte-americanos, e os atuais performativos “homem-lagarto”, “mulher vampiro” e “menino zumbi”, mas também práticas da cultura *mainstream*, como clareamento e aplicação de resina nos dentes, bronzamento artificial, cremes redutores de medidas, técnicas de alisamento e implante de cabelo, depilação definitiva etc.¹⁶ Nesse âmbito, as modificações costumam ser amparadas especialmente pela proteção à construção de uma identidade pessoal, “expressão da individualidade, em todas as suas manifestações culturais, religiosas, políticas, sentimentais,

12. CC, art. 14. “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.
13. Depois de reeditada 26 vezes, a MP 1.939-27 foi alterada, exigindo sempre o consentimento expresso dos familiares, e veio a se converter, depois de mais cinco reedições, na Lei 10.211/2001, que alterou definitivamente a Lei de Transplantes (Lei 9.434/1997), para determinar que “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”. Entretanto, vale observar a posição doutrinária corporificada no enunciado 277 das *Jornadas de Direito Civil (CEJ/CJF)* segundo o qual “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”. Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochard; KONDER, Carlos Nelson. *Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, p. 8, 2010.
14. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochard. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 55.
15. KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no biodireito*. Os casos dos transsexuais e dos *wannabes*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 15, p. 56, Rio de Janeiro, 2003.
16. STANCIOLO, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: rejeição de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochard; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 274.

enfim numa diversidade de aspectos que, em seu conjunto, constroem a identidade de cada ser humano".¹⁷

No âmbito das modificações funcionais, lentes intraoculares, próteses que substituem membros amputados ou dentes perdidos, válvulas cardíacas artificiais, todas sempre foram acolhidas como sinais de progresso e de mais qualidade de vida. A evolução natural de instrumentos externos ao corpo, como óculos de grau, bengalas, andadores, cadeiras de roda e aparelhos ortodônticos, reputados "exteriores ao Eu" e suprimento de necessidades.¹⁸ Nos últimos anos esse movimento se acentuou, inspirado por correntes filosóficas como o *transumanismo* e pelo desenvolvimento de tecnologias que, em lugar de corrigir problemas de saúde, produzem melhoria de desempenho, como a edição genética, as *smart drugs* e o caso ilustrativo de Oscar Pistorius.¹⁹ Aqui também a questão do consentimento e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade se colocam de forma central, necessariamente limitadas pela proteção à isonomia e à privacidade.²⁰

Diante desse panorama, cumpre-se investigar quais seriam os fundamentos constitucionais para se limitar a disposição do corpo para adoção de tratamento experimental de criopreservação. Superado então o argumento de que a preservação criogênica do corpo seria contrária "às regras ordinárias e costumes", a perspectiva que o caso relatado demonstra é que, além da discussão central sobre a interpretação da vontade do titular e seu conflito frente à vontade de duas das filhas, há uma preocupação com "a falta de comprovação e garantia científica de sucesso". Passa-se então a analisar a preocupação com a eficácia do tratamento, no que tangê a tutela efetiva da saúde do envolvido ou à ponderação dos riscos envolvidos.

4. LEGITIMIDADE DA ASSUNÇÃO DE RISCO NA ADOÇÃO DE TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS

O regime jurídico e ético aplicável a tratamentos experimentais é, provavelmente, o tema mais central e, ao mesmo tempo, mais delicado do chamado "biodireito". Isto porque toca a um dos capítulos mais sombrios da história da humanidade e que marcou uma revolução na forma pela qual o direito protege a pessoa humana. O rumo tomado pelo direito contemporâneo foi seguramente determinado pelo impacto da revelação, ao final da II Guerra Mundial, dos experimentos científicos realizados durante o Holocausto nazista.

Relatam-se prisioneiros submetidos a câmaras de decompressão para calcular o ponto de explosão dos pulmões, de modo a viabilizar voos em grandes altitudes para evitar fogo antiaéreo inimigo; expostos a temperaturas polares e a congelamento, para testar métodos de ressuscitação aplicáveis aos pilotos da *Luftwaffe* ejetados nas águas do mar do norte; e levados a ingerir somente água salgada, para investigar o tempo de sobrevivência – isso sem contar queimaduras por gás mostarda, corte de ossos, músculos e nervos, injeções de soros cancerígenos e também remédios, gases e venenos.²¹ As experiências ocorridas revelaram não apenas a capacidade dos seres humanos para a crueldade com seus pares, mas também quão dramática pode ser a relação entre o desenvolvimento da ciência e a proteção da pessoa.²²

A divulgação dessas experiências e o julgamento dos 23 médicos acusados de realizá-las levou à elaboração do Código de Nuremberg, destacando alguns princípios gerais para a legitimidade de experimentos com seres humanos, bem como impulsionou a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, colocando, no âmbito internacional e interno de diversos ordenamentos, a dignidade da pessoa humana como prioridade máxima e fundamento central de todo o Direito: "a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores".²³

O Código de Nuremberg, embora já prevísse logo no seu primeiro artigo que, para qualquer experiência, "o consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial", bem como outros princípios como a indispensabilidade e o risco-benefício, foi relegado inicialmente como legislação excepcional, não aplicável aos ensaios clínicos realizados em contextos ditos normais – "good ethics for the barbarian", declarou à época o professor Jay Katz.²⁴ Entretanto, isso caiu por terra a partir da divulgação de outros experimentos realizados em diferentes contextos históricos de arripio dessas normas básicas: experiências com base em radiação realizadas durante a guerra fria, a tentativa de transplantar o rim de um chimpanzé para homem sem estudos anteriores, um estudo sobre os efeitos do LSD sobre a personalidade a longo prazo com 24 pessoas mal informadas ganhando US\$2 por hora, a injeção de células vivas cancerosas para verificar a reação imunológica e, principalmente, o escândalo Tuskegee, em Macon County, Alabama.²⁵ Neste último, durante quarenta

17. BARBOZA, Heloísa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos de História e Ideias*, n. 194, 2013, p. 9.
18. SILVA, Denis Franco. *Do humano ao pós-humano*: pessoa e autonomia privada no contexto do aperfeiçoamento biônico. Tese de doutorado, Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUCC-Rio, maio de 2009, p. 75.
19. Sobre o tema, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cintia Muniz de Souza. Transumanismo e inteligência artificial. In: TEPELINO, G.; SILVA, R. G. (Coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 103-120.
20. RODOTÀ, Stefano. Post-umano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, passim.
21. MORENO, Jonathan D. The dilemmas of experimenting on people. Disponível em: <http://www.techreview.com/articles/july97/moreno.html>. Acesso em: 23 set. 1999.
22. PENCE, Gregory E. *Classic cases in medical ethics*. 2. ed. New York: McGraw-Hill, 1995, p. 226-229.
23. Nas palavras de Hannah Arendt, "os campos destinam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana" (ARENDET, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 489).
24. BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27.
25. KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos *wormholes*. *Revista trimestral de direito civil*, v. 15, p. 13. Rio de Janeiro, 2003.

anos (1932-1972), 399 homens negros portadores de sífilis não foram informados sobre sua moléstia e não receberam tratamento, com o objetivo de verificar os efeitos e efeitos do desenvolvimento natural da doença, apesar de já comprovada a eficácia do tratamento por penicilina, levando, em 1995, o presidente Bill Clinton a pedir desculpas à nação americana pelo incidente.²⁶

No ordenamento brasileiro, teve grande repercussão nacional o caso das fosfoetanolamina, medicação que, ainda pendente de processo de pesquisa e registro da ANVISA, alegava-se ser idônea para tratamento de câncer, o que desencadeou diversas ações judiciais, culminando com a promulgação da Lei 13.269/2016, que autorizou o seu uso e que foi suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5501.²⁷ Restou vencido na ocasião o Ministro Edson Fachin, que admitia a eficácia da lei para pacientes terminais, por entender que “a situação de risco parece demonstrar que as exigências relativas à segurança de substâncias cedem em virtude da própria escolha das pessoas eventualmente acometidas da enfermidade. Essa escolha não decorre apenas do direito à autonomia, mas da autodefesa, ou seja, do direito de agir em prol da qualidade de vida”.²⁸ A questão voltou à tona com a proliferação de notícias falsas sobre tratamentos eficazes contra a Covid-19 e a demora na aprovação de vacinas pelos procedimentos oficiais.

Os ensaios clínicos são regulamentados internacionalmente pela Declaração de Helsinque, produzida pela assembleia da Associação Médica Mundial e revista periodicamente desde 1964, e nacionalmente pela Resolução 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde, com base em alguns princípios gerais, cujas raízes podem ser apontadas no Código de Nuremberg, sem prejuízo de diversas outras normas que podem interferir na relação entre os envolvidos e no regime de responsabilização aplicável.²⁹ Entre eles destacam-se o consentimento livre e esclarecido, o risco-benefício, a indispensabilidade do experimento e a relevância social.³⁰ Vale confrontar esses princípios com o exemplo em exame.

O consentimento livre e esclarecido é uma versão qualificada da manifestação de vontade do sujeito, exigida por conta de se tratar de ato de disposição da saúde, que não se limita à ausência de coerção, mas pressupõe uma prestação positiva de fornecimento adequado das informações necessárias sobre todos os aspectos do

procedimento.³¹ Pelas informações disponíveis no julgamento do caso, parece que o titular do corpo estava consciente dos diversos aspectos da criopreservação quando manifestava seu desejo, inclusive seu alto custo frente à baixíssima esperança de benefício, já que não há prova científica hoje em dia da possibilidade de reanimação.

Isso remete ao segundo princípio, do chamado “risco-benefício”, que abrange não somente o risco propriamente dito – possibilidade de dano de qualquer natureza e sua gravidade – e o custo (econômico e pessoal) do procedimento, como também a proporcionalidade destes à esperança razoável de benefício.³² Esse parece ser o ponto mais problemático, tendo em vista a já mencionada pouquíssima esperança de reanimação. Entretanto, deve-se observar que o procedimento criogênico desejado não visava a tratar o paciente de sua condição, mas somente preservar seu corpo para eventual descoberta de tratamento no futuro, o que revela que o risco de não adotar o procedimento era o mesmo de fazê-lo: somente o custo econômico entraria na equação.

O princípio da indispensabilidade do experimento, que importaria a existência de pesquisas anteriores e o esgotamento de outros meios, e a relevância social, a demandar a busca de resultados socialmente úteis (não perigosos), parecem mais aplicáveis à avaliação de implementação de ensaios clínicos, não à adoção de tratamento por paciente singular. De qualquer forma, considerando não se tratar de tratamento para a melhoria de saúde do paciente, mas para a conservação de seu corpo após a caracterização da morte, o procedimento parece não ser incompatível com esses princípios.

5. O CONFLITO ENTRE INTERPRETAÇÃO DA VONTADE DO SUJEITO E A VONTADE DA FAMÍLIA

Entre os diversos pontos levantados pelo caso, o ponto central parece residir na interpretação da vontade do sujeito e seu potencial conflito com a vontade de seus familiares. Esse tipo de conflito por ocasião da morte tende a se intensificar na medida em que a tecnologia cada vez mais transforma o morrer em um processo. A intervenção da tecnologia permite que esse evento se protraia no tempo, o que transforma em processo não só o morrer em si, mas também a aceitação e a compreensão da morte pelos familiares.

31. “[E] possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após exploração completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, possíveis males, riscos e benefícios, métodos alternativos existentes e nível de confiabilidade dos dados, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o procedimento em qualquer momento, tendo o profissional a obrigação de informá-lo em linguagem adequada (não técnica) para que ele a compreenda” (KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biobanco: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista trimestral de direito civil*, v. 15, p. 61, Rio de Janeiro, 2003). Sobre o tema, v. também CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biociologia e suas implicações jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128-172.

32. AARONS, Derrick. Explorando o balançamento entre riscos e benefícios em pesquisa biomédica: algumas considerações. *Rev. biotéc.* (Impr.), 2017, 25 (2): 320-7.

26. COMPARTO, Fábio Konder. *Afirmiação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 36.

27. “Saúde – Medicamento – Ausência de registro – Inconstitucionalidade. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerado o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal” (STF Pleno, ADI 5501, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 26.10.2020, publ. 1º.12.2020).

28. *Ibidem*.

29. Sobre o tema, v. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. In: *Indatubas*. Foro, 2019.

30. VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 139 e ss.

Muito se fala sobre a morte ser a única certeza que o ser humano tem na vida. Do ponto de vista do Direito Civil, ela é qualificada como fato jurídico ordinário que ocorre cotidianamente, e como termo, posto que é fato futuro, mas certo quanto a ocorrência. Só não se sabe quando acontecerá para cada um. Colocada a questão dessa forma, parece que o homem deveria encará-la de forma simples, como algo cotidiano, natural. No entanto, Maria Julia Kovács lembra que “o homem é deteminado pela consciencia objetiva de sua mortalidade e por uma subjetividade que busca a imortalidade”.³³

No âmbito jurídico, as normas devem estabelecer critérios para considerar quando alguém está clinicamente morto, elegendo um ponto desse processo com base no conhecimento científico existente. É o papel das resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, no presente momento, adotam o critério da morte encefálica.³⁴ A partir dela, os médicos terão a dura missão de explicar para a família como é que o seu ente querido pode estar morto se possui todas as características de estar vivo, o que torna difícil o entendimento do ato de desligar os aparelhos de suporte à vida. A própria fundamentação da resolução do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não doador assim dispõe:

As vezes, causa perplexidade aos familiares do morto o fato de o corpo ainda estar quente e apresentar batimentos cardíacos, o que contrasta com a algidez (frialdade) e ausência de batimentos cardíacos, sinais clássicos da morte, mas que é explicado pela manutenção de suporte ventilatório e medicamentos inotrópicos.³⁵

Vale observar que o direito lida ainda com situações em que a morte é apenas provável, porque não há o corpo para atestá-la clinicamente, por isso ela é apenas presumida. É o caso da comprovação da presença da pessoa em locais de catástrofe, como naufrágios e inundações, ou quando alguém estava em perigo de vida e a sua morte é extremamente provável. Há, ainda, presunção de morte quando uma pessoa desaparece do seu domicílio sem deixar notícias. Após o cumprimento das formalidades e do decurso do prazo previsto em lei, também é possível presumir a morte, novamente colocando os familiares em situação difícil durante o curso desse processo.

A declaração de óbito, todavia, não encerra o dilema vivido pelos familiares, pois o direito ao cadáver também levanta uma série de questões jurídicas. Uma delas decorre do fato de que pouquíssimas pessoas declaram formalmente o que gostariam que fosse feito do seu cadáver. A par de não existir registro formal, esse assunto é praticamente um tabu entre pessoas que se amam. O medo da morte, o receio de atá-la a partir dessas discussões, o temor somente de pensar nesse tema – que como se sabe, é uma certeza – faz com que inúmeras famílias, desoladas diante do falecimento de um

ente querido, não saibam o que fazer. Ou, então, pode ocorrer que surjam opiniões antagonicas entre pessoas de um mesmo núcleo familiar do *de cuius*.

A tecnologia vem intensificando esses conflitos, ao oferecer novas possibilidades, como a cremação em lugar do sepultamento, a doação de órgãos e, agora, a conservação criogênica. Na falta de regulação, é comum que nesses conflitos a vontade dos familiares, movidos pelos seus próprios desejos, acabe por sobrepujar a vontade do sujeito, ou mesmo, na ausencia de manifestação expressa, a busca por entender, levando em conta a personalidade do falecido, qual o destino que ele gostaria que fosse dado ao seu cadáver. No julgamento do Recurso Especial em exame, o relator identificou esse problema:

[...] as autoras da ação (recorridas) não se desincumbiram de refutar, de forma concreta, o fato de que sua irmã Lígia, por ter convivido com o genitor delas por mais de 30 (trinta) anos, teria melhores condições de traduzir sua vontade, sobretudo porque a causa de pedir está totalmente fundada no desejo delas próprias de realizar o sepultamento de seu pai em território nacional, e não na atenção da manifestação de última vontade dele.³⁶

Nesse sentido, tende-se a abrir um conflito entre a vontade da pessoa e a vontade da família, fato que na *praxis* se revela delicado, porque a família está presente para declarar a vontade expressa e formalmente, podendo processar o médico ou quem esteja zelando pelo cadáver, enquanto o *de cuius*, por estar morto, não pode fazê-lo.

A proteção da vontade do falecido, embora asseverada pelo ordenamento, costuma ser condicionada à sua manifestação formal. A questão que se coloca na contemporaneidade, diante do desenvolvimento tecnológico, de novas formas de prolongamento da vida e de inovações para a disposição do cadáver, é, se para atos existenciais *post mortem* ainda se exigiria essa formalização expressa. No tocante ao processo de morrer, vale referir ao debate sobre as chamadas diretivas antecipadas de vontade, sobre as quais embatem-se posições defendendo a forma escrita e pública, por medida de segurança jurídica,³⁷ e aquelas que, alertando dos perigos de rigores demasiados do formalismo no campo da autonomia existencial, entendem que o resumo vital deve ser informal e revogável a qualquer momento.³⁸ A dificuldade se acentua no caso em exame, tendo em vista que, embora a criopreservação tenha por fim a eventual reanimação do sujeito, pela tecnologia existente ela configura apenas sistema de conservação do cadáver, cuja disposição caberia mais propriamente ao testamento do que as diretivas antecipadas.³⁹

Por outro lado, a opção pela criopreservação configura ato de autonomia existencial, reputado “instrumento da liberdade individual para realização das poten-

36. STJ, 3^a T., REsp. 1.693.718, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26.03.2019.

37. DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

38. TEPEDINO, Gustavo; SCHNEIDER, Anderson. O extremo da vida – Eutanásia, acançamento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 39, p. 14, Rio de Janeiro: Padua, 2009.

39. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 251-255.

33. KOVÁCS, Maria Júlia. *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992, p. 28.

34. Atualmente, as Resoluções que tratam do tema são a Resolução CFM 2.173/2017 e Resolução CFM 1.826/2007.

35. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.826/2007.

cialidades da pessoa humana e de seus interesses existenciais”.⁴⁰ Em razão disso, o raciocínio não pode ser o mesmo que se tem diante de atos patrimoniais, de sorte que a interpretação do caso deve se dar de acordo com a autonomia existencial. O caso está em uma fronteira – Luiz Felipe acreditava que poderia ser ressuscitado, que a morte não seria definitiva. Por isso, embora a criogenia seja algo experimental, que a saber disso e estava disposto a assumir o risco. A questão está em que não foi deixado um documento escrito, no qual ele declarava a sua vontade expressamente.

A filha que conviveu com o pai há décadas trouxe ao processo não só o seu depoimento pessoal, mas várias declarações assinadas por pessoas que com ele tinham os mais diversos tipos de vínculo ou que com ele conviveram durante inúmeras fases de sua vida atestando a sua vontade de que seu corpo fosse preservado criogenicamente após sua morte. Essa filha, inclusive, arcou com o pagamento dos valores de seu próprio patrimônio e renunciou à sua parte na herança para que o desejo do pai fosse cumprido. Tais fatos são contrastados com o fato de as outras filhas não terem quase contato com o pai e desejarem – elas – o sepultamento do seu corpo.

Do ponto de vista da autonomia existencial e da proteção aos direitos da personalidade *post mortem*, parece que se uma pessoa não deixa documentados os seus últimos desejos ligados aos seus direitos da personalidade *post mortem*, buscar entender o que teria manifestado de acordo com as suas crenças, características e relações talvez seja a apresentação do mais profundo respeito à sua autonomia existencial. A existência de instrumentos jurídicos como as diretivas antecipadas de vontade e o tradicional testamento não pode ser lida como limitadora dos veículos de manifestação da autonomia existencial.⁴¹ Mesmo na sua ausência é possível reconstruir a vontade do titular por meio de sua trajetória de vida, naquilo a que se pode referir por “consentimento biográfico”.⁴² Se em uma situação em que essa vontade não foi expressa formalmente, mas pode ser reconstruída a partir das suas relações, respeitar essa vontade seria uma decorrência do respeito à autonomia existencial.

6. CONSIDERAÇÕES

O itinerário percorrido permitiu ilustrar as principais questões jurídicas trazidas pelo caso do conflito entre as herdeiras acerca da vontade do pai de ter seu cadáver criogenicamente preservado. Em primeiro lugar, observou-se que uma leitura conceitualizada da relação do sujeito com seu próprio corpo, na qual o próprio conceito de saúde passa a ser lido pelas vias da autodeterminação corporal, deve prevalecer sobre a interpretação resritiva dos critérios legais, os quais, com exceção da exigência de gratuidade do ato de disposição, que protege o sujeito contra imperativos de

mercantilização, não condiz com a proteção ampla à dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ademais, foi abordada a legitimidade da aquisição a procedimento experimental, por meio de consentimento livre e esclarecido, em que o titular assume os riscos envolvidos apesar da ciência da improbabilidade de benefícios, tendo em vista que os procedimentos ocorrerão já sobre o cadáver, não estando mais em jogo sua vida ou saúde física. Por fim, foi analisada a proteção dos atos de autonomia existencial do sujeito, para durante o morrer e para depois da morte, mesmo se contrários aos desejos dos familiares, e independentes de formalização por meio de um dos instrumentos jurídicos existentes, contanto que sua vontade possa ser inferida de forma condizente com a reconstrução de sua biografia.

7. REFERÊNCIAS

- ARONIS, Derrick. Explorando o balanceamento entre riscos e benefícios em pesquisa biomédica: algumas considerações. *Rev. bioet. (Impr.)*, 2017, 25 (2): 320-7.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IJU/Idéias*, n. 194, p. 1-27, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). *Biociologia e suas implicações jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CHAVES, Antonio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e às partes do mesmo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, p. 243-298, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- KELLEHER, Allan. *Uma história social do morrer*. São Paulo: Uhesp, 2016.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, 2003, v. 15.
- 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.
- KOVÁCS, Maria Lúcia. *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.
- MORENO, Jonathan D. *The dilemmas of experimenting on people*. Disponível em: <http://www.techreview.com/articles/july97/moreno.html>. Acesso em: 23 set. 1999.
- NEVARES, Ana Luíza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra, 2005.

40. VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 56. CITEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBD/Civil*, v. 16, p. 75-104, Belo Horizonte, abr./jun. 2018.

41. RODOTA, Stefano. *La vita e le regole: un diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 259.

42. RODOTA, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012, p. 274.

- PENCE, Gregory E. *Classic cases in medical ethics*. 2. ed. New York: McGraw-Hill, 1995.
- PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Responsabilidade civil nos ensaios clínicos*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e lactância. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, v. 17, p. 139-152. Belo Horizonte, jul/set. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012.
- RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Denis Franco. *Do humano ao pós-humano: pessoa e autonomia privada no contexto do pacto coarctado biônico*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito da PUC-Rio, maio de 2009.
- STANGIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: reflexões de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pezza Letta (Coord.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD/Civil*, v. 16, p. 75-104. Belo Horizonte, abr/jun. 2018.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disponibilidade de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 18, p. 8, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida – Eutanásia, acançamento terapêutico e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 39, p. 3-17. Rio de Janeiro: Padua, 2009.
- TRONCO, Arthur Abbade. O direito ao cadáver e a doação de órgãos pós-morte. *Revista de direito e contemporânea*, v. 13, p. 69-98, out./dez. 2017.
- VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO¹

Caitlin Mulholland

Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio, Coordenadora do Núcleo Legalite da PUC-Rio, Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Legalite – Direito e Novas Tecnologias, Doutora em Direito Civil (UERJ).

Sumário: 1. Introdução – 2. Inteligência artificial: conceitos e funções – 3. Inteligência artificial e regulação: entre a ética e o direito – 4. A lei geral de proteção de dados pessoais e o reconhecimento do princípio da não discriminação – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 2014, a Amazon iniciou um projeto de recrutamento de candidatas a vagas de emprego utilizando para tal fim um sistema de Inteligência Artificial (IA) que, aplicando uma metodologia conhecida como aprendizado de máquinas (*machine learning*), selecionava os currículos de candidatos mais aptos para os postos que estavam sendo oferecidos. O sistema, contudo, apresentava uma relevante distorção: privilegiava currículos de homens, desconsiderando os das mulheres. O *software* foi concebido com a finalidade de otimizar o processo de escolha dos melhores currículos e identificar aqueles que teriam a melhor capacidade de enquadrar-se nos critérios estabelecidos na descrição da função. Essa ferramenta, que ainda se encontrava em fase experimental, concedia uma pontuação aos candidatos – de um a cinco –, muito semelhante ao que se experimenta nos cadastros positivos de crédito² ou nos

1. Títulos e argumentos desenvolvidos neste artigo podem ser encontrados nos seguintes artigos previamente publicados pela autora: MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, p. 159-180, 2018; MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOFF, Isabella Z. Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da inteligência artificial. In: BARBOSA, Maláida Miranda; NETTO, Felipe Braga; SILVA, Michael César; FALÉIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021; MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOFF, Isabella. Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação frente à tomada de decisões por meio de *machine learning*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 267-292; MULHOLLAND, Caitlin; KREMER, Bianca. Responsabilidade civil por danos causados pela violação ao princípio da igualdade no tratamento de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Org.). *O Direito Civil na era da Inteligência Artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 565-584; MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade Civil e Processos Decisórios Autônomos em Sistemas de Inteligência Artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, v. 1.
2. A Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011) “disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de