

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS
II**

EDSON RICARDO SALEME

BEATRIZ DE CASTRO ROSA

GUSTAVO CESAR MACHADO CABRAL

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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

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

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

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

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito, Governança e novas tecnologias II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz de Castro Rosa; Edson Ricardo Saleme; Gustavo Cesar Machado Cabral. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-810-3

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no durante o XXX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, no GT DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II e foi presidida pelos professores Edson Ricardo Saleme, Beatriz de Castro Rosa e Gustavo Cesar Machado Cabral. O Evento, realizado nos dias 15 a 17 de novembro de 2023, sob o tema geral “ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO”, teve a participação da sociedade científica das várias áreas do Direito e recebeu amplo apoio do Centro Universitário Christus - Unichristus, que foi o anfitrião do evento em Fortaleza/CE.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante e atualizada discussão, na qual os pesquisadores tiveram a possibilidade de interagir em torno de questões relacionadas à inteligência artificial, ao uso de informações pessoais, à IA generativa, como no caso do Chat GPT, dentre outros temas relacionados ao tema central do grupo de trabalho. O tema da governança e dos uso de novas tecnologias traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no estudo do futuro da regulação no País e os destinos decorrentes do abuso da inteligência artificial, bem como soluções possíveis à preservação de dados em um mundo globalizado.

As temáticas seguiram por questões como o compliance, o consentimento informado e o uso de dados pessoais, o emprego da inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário, a regulamentação e a governança da inteligência artificial, a precarização do governo digital e a aplicação da inteligência artificial em diversos setores jurídicos.

Nesta coletânea que tivemos a honra de coordenar, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review).

A todos direcionamos o convite para uma leitura proveitosa das colaborações inestimáveis dos pesquisadores diretamente envolvidos no GT.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

CONSENTIMENTO INFORMADO E A DISPOSIÇÃO DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS: O QUE O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PODE APRENDER COM A BIOÉTICA?

INFORMED CONSENT AND THE PROVISION OF PERSONAL INFORMATION: WHAT CAN THE DATA PROTECTION LAW LEARN FROM BIOETHICS?

Anderson Sobral De Azevedo

Resumo

A partir da necessidade de se discutir uma ética digital para fazer frente aos riscos advindos do uso massivo de tecnologias relacionadas ao tratamento de dados pessoais, este artigo propõe a realização de aproximação entre a ética digital e a ética médica, por meio do estudo comparativo entre os institutos do consentimento para fins de tratamento médico e o consentimento para tratamento de dados pessoais. Examina-se o desenvolvimento científico de ambos institutos, a fim de localizar semelhanças e diferenças, partindo da premissa de que tanto a proteção ao corpo como a privacidade são elementos do postulado da integridade psicofísica que, por sua vez, integra o princípio da dignidade da pessoa humana. A hipótese jurídica levantada relaciona os princípios elencados no art. 6º, da LGPD, com o consentimento do inciso XII do art. 5º, introduzindo os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência como suporte e reforço dos valores existenciais do desenvolvimento tecnológico e da autodeterminação informativa. O resultado esperado é utilizar a interpretação dogmática da Bioética para compreender os paradigmas do regime jurídico do consentimento do inciso XII do art. 5º e relacioná-los à disciplina normativa dos princípios do art. 6º da LGPD.

Palavras-chave: Consentimento, Ética médica, Ética digital, Privacidade, Dados pessoais

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the need to discuss digital ethics to face the risks arising from the massive use of technologies related to the processing of personal data, this article proposes to bring digital ethics and medical ethics closer together, through a comparative study between the institutes of consent for the purposes of medical treatment and consent for the processing of personal data. The scientific development of both institutes is examined in order to locate similarities and differences, based on the premise that both body protection and privacy are elements of the postulate of psychophysical integrity which, in turn, integrates the principle of human dignity. The legal hypothesis raised relates the principles listed in art. 6th, of the LGPD, with the consent of item XII of art. 5th, introducing the bioethical principles of beneficence and non-maleficence as support and reinforcement of the existential values of technological development and informational self-determination. The expected result is to use the dogmatic interpretation of Bioethics to understand the paradigms of the legal regime of consent in

section XII of art. 5th and relate them to the normative discipline of the principles of art. 6th of the LGPD.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consent, Medical ethics, Digital ethics, Privacy, Personal data

1. INTRODUÇÃO

A despeito dos primeiros trabalhos sobre o direito à privacidade no mundo ocidental datarem do final do Século XIX (Warren e Louis Brandeis, 1890), apenas recentemente com o desenvolvimento da tecnologia da informação, da criação de banco de dados gigantes (*Big Data*), da disseminação das redes e plataformas sociais e da Inteligência Artificial, a privacidade tomou novos contornos, pois deixou de ser o “direito a ser deixado só” para transformar-se no “direito do titular controlar as informações sobre sua pessoa”. Com esta inclusão de significância, transmutou-se de um direito negativo para um direito positivo, com efeitos jurídicos distintos.

Ao trasladar do paradigma *zero-relationship* ou do eixo “pessoa-informação-segredo”, para a premissa “pessoa-informação-circulação-controle”, passou-se a exigir do Estado não apenas proteção ao âmbito da dimensão defensiva da privacidade do titular, mas principalmente que garanta condições para que o indivíduo tenha pleno conhecimento das informações pessoais que estão ao alcance de terceiros e com isso possa avaliar sobre a conveniência de deixá-las, ou não, em circulação. Esta ambivalência de significado pode ser incluída na projeção textual-normativa da autodeterminação informativa, segundo o art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei nº 13.709/2018).

Com efeito, não se pode argumentar sobre controle dos dados pessoais e privacidade, sem, conseqüentemente, incluir a centralidade do consentimento para fazer circular as informações pessoais, que nada mais é do que a concretização da autodeterminação informativa. Diante do recente debate sobre essa temática, a procura por institutos semelhantes em outras disciplinas certamente contribui para melhor compreensão do consentimento para fins de tratamento de dados pessoais, bem como auxilia na antecipação de erros e problemas. Este é o caso do consentimento informado para fins de tratamento médico, consolidado na Bioética há muitos anos. Ao teor do que antecede, cabe questionar: as premissas do consentimento previsto no inciso XII do art. 5º, da LGPD são coerentes com os paradigmas do consentimento informado presentes na Bioética?

Objetiva este artigo examinar o desenvolvimento científico do consentimento para fins de intervenção médica, bem como compará-lo com o consentimento para tratamento de dados pessoais, a fim de localizar semelhanças e diferenças. O referencial teórico parte das propostas de Carissa Véliz (2019) no sentido de se fazer uma aproximação entre a ética digital e a ética médica. A hipótese jurídica é relacionar os princípios elencados no art. 6º, da LGPD,

com o consentimento do inciso XII do art. 5º a partir de uma premissa: o acatamento dos princípios da beneficência e da não maleficência. Esta proposição reforça os valores existenciais do desenvolvimento tecnológico e a autodeterminação informativa. O resultado esperado é utilizar a interpretação dogmática da Bioética para compreender os paradigmas do regime jurídico do consentimento do inciso XII do art. 5º e relacioná-los à disciplina normativa dos princípios do art. 6º da LGPD.

Procede-se uma pesquisa teórica a partir de uma revisão bibliográfica da dogmática, com aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, para dialogar com os conceitos e com as categorias aptas a identificar e descrever o objeto de pesquisa, tais como os postulados da dignidade da pessoa conforme preconizados por Maria Celina Bodin de Moraes e a ética na visão de Carissa Vélez.

No primeiro capítulo, será abordado como a autodeterminação e a integridade psicofísica entrelaçam-se normativo e valorativamente no princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo que se extraiam fundamentos para aproximação interpretativa entre o consentimento para fins de intervenção médica e consentimento para fins de tratamento de dados pessoais. Logo após, no segundo capítulo, será tratado da via histórica percorrida para o estabelecimento dos quatro princípios reitores da Bioética: autonomia, justiça, beneficência e não maleficência. Por fim, no terceiro capítulo, será operada interseção entre a ética médica e a ética digital, tomando por empréstimo os princípios fundantes da Bioética, mormente a beneficência e a não maleficência.

2. A AUTODETERMINAÇÃO E A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA COMO ELEMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Já há algum tempo a literatura jurídica brasileira esclareceu que, tão somente a partir da Constituição Federal de 1988, foi positivado o princípio da dignidade da pessoa humana, na ordem constitucional brasileira, como fundamento da República. Entretanto, é evidente que a pessoa humana não passou a ter dignidade apenas depois da promulgação da nossa Carta Magna. A dignidade é elemento intrínseco da pessoa. É elemento constitutivo. Portanto, a pessoa possui dignidade mesmo antes dessa positivação.

O que se extrai com mais evidência da positivação constitucional é a obrigação estatal de garantia da independência e de autonomia do ser humano, de maneira que impeça toda coação ilícita externa ao livre desenvolvimento da personalidade, como também toda ação que

implique em sua degradação. Compete, pois, ao Estado Constitucional conferir proteção aos direitos inalienáveis do ser humano e promover garantias fundamentais para que nenhum ser humano se desenvolva em condições desumanas.

Parafraseando Paolo Ridola, o princípio da dignidade humana alude a uma concepção complexa da pessoa baseada na espiritualidade própria que faz aquela se destacar das demais criaturas, na exata medida de se ver reconhecida como repositório de decisões autonomamente refletidas, isto é, capazes da autodeterminação (2014, p. 59-60). Esse é o traço essencial que distingue a natureza humana das demais espécies, que segundo Maria Celina, “para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma ‘dignidade’ inerente à espécie humana” (2010, p. 115).

Maria Celina reconhece quatro postulados materiais intrínsecos à dignidade da pessoa humana: o reconhecimento pelo ser humano de outras pessoas iguais a ele (igualdade); com a mesma integridade psicofísica (integridade); não podendo ser marginalizado por ser parte do mesmo grupo social (solidariedade); e dotado de vontade livre, isto é, de autodeterminação (liberdade) (2010, p. 120). Assim, são quatro os postulados: igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. Além disso, ressalta aquela autora que não há hierarquia entre os postulados. Um não pode sobrepujar o outro, já que todos compõem um único universal que se desmembra apenas para fins científico-metodológicos.

Para a finalidade deste artigo, desponta com maior ênfase os postulados da liberdade (autodeterminação) e integridade psicofísica, pois são essenciais ao corpo e à privacidade. O primeiro aspecto do reconhecimento estatal do ser humano como valor em si mesmo é, sem sombra de dúvida, o poder de autodeterminação, isto é, de livre desenvolvimento da personalidade. O poder de autodeterminação, por ser um aspecto imanente da natureza humana, também é extrajurídico, tal como a própria dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana repousa, entre outros aspectos, na possibilidade de realização de suas próprias escolhas, opções e condução da vida pelo ser humano. A autodeterminação é a escolha personificada. É a própria condução da vida mediante escolhas próprias, individualizadas e originadas da subjetividade humana. É, por fim, a autorrealização de si, dinamizando aquilo que se é ou se deseja ser, “O poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências. É, como se vê, um conceito mais amplo e, necessariamente, um conceito de valor” (RIBEIRO, 2003, p. 22-33).

A integridade psicofísica, por outro lado, visa dar sustentação, para além do tradicional respeito às garantias de cunho penal, como por exemplo o direito de não ser torturado, aos direitos da personalidade de índole civil, tais como a vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal, por exemplo (MORAES, 2010, p. 126). É indubitosa a importância do tratamento conjunto deste aspecto com a integridade psíquica, abandonando-se a separação entre corpo e espírito, já que se sabe, hoje em dia, da impossibilidade da fragmentação desses aspectos da condição humana (DONEDA, 2007, p. 49-50). Não sem razão, Szaniawski pontua que “a integridade da pessoa humana envolve todos os seus aspectos, quer físicos, quer psíquicos, constituindo uma unidade, a integridade psicofísica” (2005, p. 469). Esse postulado consiste na garantia de incolumidade do corpo e da mente da pessoa humana, impedindo que seja afetada por atos de terceiros.

Sendo assim, não é demais reafirmar que a proteção ao corpo e a proteção à privacidade encontram origem no postulado da integridade psicofísica, que, por sua vez, integra o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso quer dizer que ambas possuem semelhanças que não podem ser desprezadas.

Portanto, tanto a proteção ao corpo e à privacidade como o poder de autodeterminação possuem suporte comum que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. O CONSENTIMENTO PARA FINS DE INTERVENÇÃO MÉDICA

No plano internacional, a literatura jurídica cita como origem do consentimento do paciente para intervenção médica três precedentes da *Common Law*: Slater vs. Baker & Stapleton, de 1767 (Inglaterra), Luka vs. Lowrie, de 1912 (Michigan, EUA), e Schloendorff vs. Society of New York Hospitals, de 1914 (Nova York, EUA)” (SOARES, 2021, p. 50). Entretanto, de forma mais contundente pode-se destacar como força motriz desse direito as atrocidades praticadas pelo regime nazista, o que culminou, após o fim da Segunda Grande Guerra, com a publicação do Código de Nuremberg (SOARES, 2021, p. 50-51).

O Código de Nuremberg é um conjunto de princípios éticos que orientam a pesquisa em seres humanos. Logo no seu primeiro princípio, o consentimento voluntário do ser humano é o elemento absolutamente essencial para utilização de pessoas em experimentação científica. Em 1964, a 18ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial desenvolveu um conjunto de princípios de ordem ética como forma de conduzir a atividade profissional no tocante à intervenção em seres humanos, principalmente quanto às pesquisas científicas: a

Declaração de Helsinque. Ao longo do tempo, esta Declaração recebeu algumas atualizações, mas sempre manteve o princípio da autodeterminação dos voluntários agregado à informação (“informado”): “os sujeitos devem ser voluntários e participantes informados do projeto de pesquisa”. Além disso, o consentimento informado recebeu atenção destacada como pode-se notar do seguinte princípio:

22. Em qualquer pesquisa envolvendo seres humanos, cada paciente em potencial deve estar adequadamente informado dos objetivos, métodos, fontes de financiamento, quaisquer possíveis conflitos de interesse, aflições institucionais do pesquisador, os benefícios antecipados e riscos em potencial do estudo e qualquer desconforto a que possa estar vinculado. O sujeito deverá ser informado da liberdade de se abster de participar do estudo ou de retirar seu consentimento para sua participação em qualquer momento, sem retaliação. Após assegurar-se de que o sujeito entendeu toda a informação, o médico deverá então obter seu consentimento informado espontâneo, preferencialmente por escrito. Se o consentimento não puder ser obtido por escrito, o consentimento não-escrito deve ser formalmente documentado e testemunhado (ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 2000).

A necessidade de obtenção do consentimento informado também foi citado como princípio e requisito fundamental para pesquisas, tratamentos ou diagnósticos relacionadas com o genoma humano pela Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos da UNESCO: “obter-se-á, sempre, o consentimento livre e esclarecido da pessoa. Se essa pessoa não tiver capacidade de autodeterminação, obter-se-á consentimento ou autorização conforme a legislação vigente e com base nos interesses da pessoa” (2001). Os mesmos princípios e diretrizes estão contidos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO onde, nos artigos 5º e 6º, estabeleceram-se o respeito à autodeterminação e liberdade das pessoas e, conseqüentemente, a necessidade de obtenção de consentimento, que deve ser prévio, livre e esclarecido, nos casos de pesquisas e tratamentos médicos (UNESCO, 2001).

No âmbito interno, infere-se o princípio do prévio consentimento informado do direito fundamental à liberdade, inscrito na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 5º, *caput* e inciso II. No âmbito supralegal, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado pelo Decreto 592/92, dispõe no art. 7º que: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969,

incorporada pelo Decreto 678/92, prevê no seu art. 5º o direito à integridade pessoal: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Não há norma expressa na legislação ordinária que disponha sobre a necessidade de obtenção prévia do consentimento do paciente para realização de pesquisas ou tratamento médico que expressamente cite o termo “consentimento informado”. A Dogmática usualmente postula neste sentido o direito da personalidade de proibição de constrangimento à submissão de tratamento médico com risco de vida, elencado no art. 15 do Código Civil: “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ao tratar sobre o tema, Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 64) opina que este dispositivo normatiza a possibilidade de oposição do paciente às prescrições médicas, principalmente aquelas onde há risco de vida ou à saúde. Dessa forma, está-se diante de norma jurídica de cunho eminentemente negativo, isto é, de oposição da pessoa frente à atividade médica, o que, por si só, não preenche todas as nuances do que vem a ser o princípio do consentimento informado.

Por seu turno, na legislação específica de saúde, a Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) destaca claramente o princípio da autodeterminação das pessoas quanto às ações e serviços de saúde, sejam públicos ou privados, ao preservar a “autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (art. 7º, inciso III). O Código de Ética Médica, instituído pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, estatui que “no processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas”, bem como é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Conforme se percebe dos inúmeros textos normativos elencados anteriormente, o princípio do consentimento informado está alicerçado no poder de autodeterminação, liberdade e integridade psicofísica, que são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, desde que esteja no exercício pleno da capacidade cognitiva, é exercício da própria dignidade a escolha pela pessoa a se submeter, ou não, a pesquisas e tratamentos médicos. Mas o que vem a ser o consentimento informado para fins de intervenção médica? Nas palavras de Flávia Rampazzo Soares, “consentimento é a permissão emitida por um paciente a um médico, de modo expreso ou tácito, escrito ou verbal,

destinado à prática de determinado ato profissional, que atinja a própria esfera física ou psíquica do sujeito que o emite (o consentinte)” (2021, p. 58).

Diferentemente do que se pode inferir do art. 15 do Código Civil, consentimento informado não se restringe à anuência unilateral por meio da exteriorização da vontade, mas é, antes de tudo, um procedimento comunicacional encetado entre médico e paciente, visando o esclarecimento da situação de saúde, das alternativas e dos possíveis resultados, redundando na concordância ou recusa (JOLLUSKIN, 2010, p. 3).

O procedimento comunicacional instaurado entre profissional da saúde e o paciente para obtenção do consentimento informado possui três fases: a) pré-condições; b) elementos de informação; e c) elementos de consentimento. Como pré-condição encontra-se a necessidade do paciente possuir capacidade jurídica para entender o caráter informacional da relação e poder emitir anuência válida, isto é, ter capacidade para entender e decidir. Os elementos de informação consubstanciam-se na ação do profissional de saúde de explicar e informar o paciente sobre sua situação de saúde e as alternativas de tratamento, bem como nas recomendações que entende melhor adequadas ao caso, e na verificação de que o paciente assimilou corretamente todas as informações e, assim, está apto a decidir. Por fim, os elementos do consentimento propriamente dito são a decisão, isto é, o ato de escolha esclarecida, e a exteriorização dessa escolha que se exterioriza com a autorização da decisão tomada (JOLLUSKIN, 2010, p. 4).

Nestes termos, vê-se que o consentimento informado não pode ser comparado a um simples negócio jurídico. Aliás, o consentimento informado para fins de tratamento e pesquisa médica não possui natureza negocial, pois se vincula, em última análise ao exercício da dignidade da pessoa do paciente, isto é, tem cunho existencial. Por possuir natureza existencial, em algumas situações, a intervenção médica pode ser realizada mesmo sem o consentimento do paciente. Ocorre nos casos de emergência, quando há risco iminente de morte, de agravamento do dano ou probabilidade de irreversibilidade; nos casos de tratamentos compulsórios; riscos graves para a saúde pública; recusa à informação e privilégio terapêutico. Nestes casos, o consentimento prévio perde sua natureza de imprescindibilidade, tendo em vista que se está diante de situações que merecem garantia de proteção do critério existencial da pessoa humana em grau superior à liberdade e autodeterminação.

O desenvolvimento da Bioética levou ao estabelecimento de quatro princípios, objetivando o estabelecimento de marco ético para o âmbito clínico e assistencial, a saber: a)

autonomia; b) justiça; c) beneficência; e d) não maleficência (DINIZ, 2017, p. 16). A autonomia, como não poderia deixar de ser, é o respeito pela autodeterminação do paciente. A justiça, por sua vez, impõe a distribuição imparcial dos riscos e benefícios da intervenção médica, na medida em que os pacientes que estejam em situações semelhantes devem ser tratados igualmente. O princípio da beneficência vincula o profissional da saúde a atuar de forma que sua ação proporcione o maior benefício possível ao paciente com o menor índice de risco, somente podendo atuar para o bem daquele. A não maleficência reside na impossibilidade de objetificar o paciente, na exata medida em que não pode ser instrumentalizado, isto é, não pode ser usado como mero e simples instrumento para objetivos de terceiros, sem qualquer correlação, mínima que seja, com sua dignidade (SOARES, 2021, p. 347-351). Destas implicações éticas, cabe indagar se as premissas do consentimento previsto no inciso XII do art. 5º, da LGPD são coerentes com estes paradigmas do consentimento informado presentes na Bioética.

4. O CONSENTIMENTO E A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: A INTERSEÇÃO ENTRE A ÉTICA MÉDICA A ÉTICA DIGITAL

Argumenta Véliz (2019) que uma das mais importantes mudanças éticas na história da medicina é a transição do paternalismo para o respeito pela autonomia das pessoas. Esta transição também se deu em relação à proteção de dados pessoais, de acordo com as lições de Bruno Bioni (2021). Esse ponto de semelhança, portanto, é mais um entre o consentimento para tratamento médico e o consentimento para tratamento de dados pessoais.

Na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a palavra “consentimento” aparece em 37 ocasiões, o que, por si só, requer atenção sobre sua centralidade, a despeito de não ser a única base legal para tratamento de dados pessoais. É correto afirmar, todavia, que não foi a LGPD que pela primeira vez tratou do consentimento para o tratamento de dados pessoais, no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) incluiu dispositivos sobre o consentimento como condição de procedibilidade para o tratamento de dados na Internet. O art. 7º admite que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados direitos, entre os quais, “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei” e “consentimento expresso sobre coleta, uso,

armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais” (incisos VII e IX).

Bruno Bioni (2021) destaca que a observação do desenvolvimento histórico-científico das leis que de alguma forma regulamentaram o tratamento de dados pessoais leva a concluir pela passagem de quatro estágios legislativos, principalmente sobre a exigibilidade do consentimento prévio. É cediço que desde a segunda geração de leis, passou-se a reconhecer à pessoa o direito de controlar a coleta, processamento, armazenamento e compartilhamento das suas informações pessoais, tendo em vista tratar-se de direito fundamental. Na terceira geração de leis, contudo, é que se buscou colocar o indivíduo como centro gravitacional das suas informações pessoais, como forma de dar concretude à autodeterminação que, neste caso, ganhou um qualificativo, passando-se a denominar “autodeterminação informativa” (2021, 203), isto é, “a faculdade de o particular controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e a transmissão de dados relativos a ele” (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020, p. 285). A quarta e última geração de leis apareceu com o objetivo de suavizar alguns inconvenientes surgidos com a imprescindibilidade da exigência de prévio consentimento sem, contudo, eliminar seu protagonismo (BIONI, 2021, p. 204).

O art. 7º da LGPD elenca dez situações jurídicas em que se permite o tratamento de dados pessoais, sendo o consentimento apenas uma delas. Apesar do consentimento encontrar-se no primeiro inciso, as bases legais não possuem hierarquia entre elas. Não há nenhum indicativo normativo que indique que o consentimento tem qualquer carga valorativa superior às demais situações permissivas no que se refere ao tratamento dos dados pessoais genéricos. O mesmo ocorre em relação aos dados sensíveis. Estes são “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II, da LGPD). Apesar de à primeira vista poder-se achar que o tratamento de dados está atrelado somente ao prévio consentimento como base legal, percebe-se da leitura do art. 11 da LGPD que o consentimento convive com outros permissivos legais, destacadamente aqueles discriminados nas alíneas do inciso II.

Somente quanto ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes o consentimento tem supremacia, pois este tipo de informação somente pode ser tratado com autorização prévia dos pais ou responsáveis da criança ou adolescente, ressaltando-se em dois únicos casos: para proteção da própria criança ou adolescente ou quando a coleta for

necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento (art. 16, § 3º).

O consentimento para fins de tratamento de dados pessoais deve ser consubstanciado em manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII). Nas palavras de Tepedino e Teffé, “representa instrumento de autodeterminação e livre construção da esfera privada [...] associa-se, portanto, à autodeterminação existencial e informacional do ser humano” (2020, p. 293). E neste tom, os reflexos do consentimento como veículo da autonomia/autodeterminação impactam na perspectiva existencial e informacional sob todos os efeitos, pois o corpo e a privacidade retiram suas proteções do postulado integridade psicofísica do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual possuem aproximações indubitáveis.

O corpo é o mecanismo pelo qual os indivíduos materializam suas existências no plano material e espiritual. Por essa razão, Carlos Alberto Bittar enfatiza que a pessoa é a combinação inseparável entre componente material e componente espiritual (2008, p. 82). O corpo, portanto, não é formado apenas pelos elementos tangíveis, isto é, pelos órgãos, células, etc, mas também pelos elementos intangíveis: estados mentais, sentimentos, informações pessoais, entre outros. Sabe-se que esta percepção da composição do corpo desenvolveu-se ao longo dos tempos, pois primeiramente reconheceu-se apenas a existência dos elementos tangíveis do corpo e só depois os elementos intangíveis.

Da mesma forma se deu o desenvolvimento do controle e proteção dos elementos do corpo. Primeiro, reconheceu-se a proteção e o controle pelos indivíduos dos elementos tangíveis. Depois, passou-se à proteção dos elementos intangíveis. Agora, neste estágio do desenvolvimento da humanidade, as pessoas foram alçadas ao controle das próprias informações pessoais que circulam em meios físicos e digitais (DONEDA, 2019, p. 41). Não é por outra razão que Danilo Doneda destaca que “a privacidade é uma noção cultural induzida no curso do tempo por condicionantes sociais, políticos e econômicos” (2019, p. 107).

Sendo assim, é possível encontrar claras aproximações entre os institutos do consentimento para fins de intervenção médica e aquele para tratamento de dados pessoais. Ambos devem ser informados, livres e espontâneos, na medida em que o emissor da anuência deve ser previamente instruído com todas as informações necessárias para ter plena compreensão das circunstâncias; deve possibilitar que o titular aceite, ou não, submeter-se à

intervenção médica ou utilização dos seus dados pessoais; e não pode ser originado de coação, erro, ou qualquer outro meio que macule a espontaneidade da declaração. Além disso, ambos são não negociais, uma vez que configuram aspectos do caráter existencial da pessoa humana, e não têm cunho patrimonial.

Estas aproximações se entrelaçam ainda mais pelo fato do desenvolvimento da tecnologia impactar sobremaneira a sociedade, trazendo benefícios e riscos. É neste contexto que Klaus Schwab vaticina sobre a Quarta Revolução Industrial como a revolução que "não está modificando apenas o 'o que' e o 'como' fazemos as coisas, mas também 'quem' somos" (2019, p. 15). Resulta oportuno, portanto, adentrar nas propostas de Carissa Véliz no sentido de se fazer uma aproximação entre a ética digital e a ética médica.

A professora de ética da Universidade de Oxford publicou, na revista *Nature*, artigo intitulado “*Three things digital ethics can learn from medical ethics*” (2019), defendendo o surgimento de uma ética digital para fazer frente às questões morais surgidas com o avanço tecnológico lastreada no desenvolvimento da ética médica. Sublinha-se a necessidade da ética digital espelhar-se na Bioética e com isso fazer florescer códigos de ética digital, comitês de ética digital e fortalecer o respeito pela autonomia dos indivíduos. Para os fins deste estudo, será dada ênfase ao fortalecimento da autonomia, tendo em vista sua intrínseca relação com o consentimento.

As tecnologias persuasivas são, segundo Véliz (2019), exemplos de falhas éticas da tecnologias, porque são arquitetadas para conduzir as pessoas para caminhos que normalmente não intencionavam, enfraquecendo, assim, a autonomia e as escolhas existenciais das pessoas. Por isso, exorta que as tecnologias devem ser ferramentas aliadas das pessoas e da sociedade, e não o contrário. Sobre isto aquela autora destaca que:

“A última década foi referenciada com uso indevido de dados, hacks e ataques corporativos transgressão. À medida que as pessoas se tornaram mais consciente das maneiras pelas quais a tecnologia empresas abusam do seu poder, em 'techlash' se seguiu, combinado com apelos por mais ética. Mas os esforços para responder a esta demanda tem sido repleta de promessas vazias, descuidos e erros que atraíram mais críticas contra as empresas de tecnologia e os limites professados da ética. Talvez não seja surpresa que as primeiras experiências em ética digital falharam; a disciplina é relativamente nova e a maior parte dos esforços por trás da ética digital têm sido feitas por engenheiros de computação, advogados, jornalistas ou empresários com pouco ou sem formação em ética. Dado este contexto, e para sugerir um caminho a seguir para a ética digital, é útil olhar para outro campo dentro da ética prática que tem uma longa história - ética médica” (2019).

Sendo assim, propugna-se, neste estudo, com base em Carrisa Velez, que a ética digital se valha dos princípios da beneficência e da não maleficência, próprios da Bioética, para darem suporte ao instituto do consentimento para fins de tratamento de dados pessoais.

O princípio da beneficência destaca que o profissional deve dispor do maior conhecimento e informações possíveis a fim de que sua intervenção resulte no máximo benefício e no mínimo prejuízo possíveis para a pessoa. A incorporação desse princípio à ética digital teria o condão de fortalecer o princípio da prevenção, inscrito no art. 6º, VIII, da LGPD, na exata medida que exige, além da redução dos riscos e danos, o robustecimento dos benefícios da tecnologia de aplicação no tratamento dos dados pessoais. Por sua vez, o princípio da não maleficência incorporaria na ética digital a obrigação de não causar danos intencionalmente aos titulares dos dados pessoais. Com sua aplicação, por exemplo, seria reduzida a afetação das tecnologias persuasivas que interferem na autonomia dos usuários das tecnologias digitais, fortalecendo a autodeterminação informativa e, conseqüentemente, o livre desenvolvimento da personalidade.

O tratamento de dados deve ser benéfico ao titular, bem como reafirmar sua autonomia, e não somente servir de mecanismo para subjugação dos indivíduos aos mecanismos empresariais ou governamentais. Tanto os pacientes como os usuários de serviços de tratamento de dados pessoais devem ter a autonomia preservada e fortalecida, porque as decisões médicas e de tecnologia da informação não são somente científicas ou técnicas, mas, antes de tudo, repositórios de valor, na exata medida que interferem no caráter existencial das pessoas. Sendo assim, as opções pessoais, desde que esclarecidas, livres e voluntárias, devem ser protegidas, mesmo se aparentemente prejudiciais, como nas situações de recusa a tratamento médico ou de tratamento de dados pessoais indispensáveis à inserção em políticas públicas. Por essa razão, Véliz (2019) enfatiza que “as decisões tecnológicas não são apenas sobre fatos (por exemplo, sobre o que é mais eficiente), mas também sobre o tipo de vida que queremos e o tipo de sociedade que nos esforçamos a construir”.

5. CONCLUSÃO

A dogmática de proteção de dados é reconhecidamente recente no Brasil. Soma-se a isto o fato da Lei Geral de Proteção de Dados, apesar de ter completado cinco anos da sua promulgação, só ter efetivamente entrado em vigor em setembro de 2020. Portanto, podemos

dizer que o direito de proteção de dados ainda está em sua primeira fase de formação. Este aspecto favorece a possibilidade de realização de conexões com as demais disciplinas jurídicas, objetivando desenvolver categorias da proteção de dados que tenham de alguma forma similitude com outros institutos jurídicos.

Partindo desse pressuposto, bem como constatando que a proteção ao corpo e a proteção à privacidade encontram origem no postulado da integridade psicofísica, que, por sua vez, é postulado da dignidade da pessoa humana, consegue-se aproximar os institutos do consentimento para fins de tratamento médico do instituto do consentimento para tratamento de dados e com isso construir um ponto de contato entre a Bioética, disciplina que possui dogmática bastante consolidada, e a Proteção de Dados Pessoais.

Além disso, há necessidade de se discutir uma ética digital para fazer frente aos riscos advindos do uso massivo da tecnologia relacionada ao tratamento de dados pessoais, até mesmo porque, diante da rapidez com que se desenvolvem tecnologias atualmente, começam a surgir, por exemplo, ferramentas de tratamento de dados neurais. Ou seja, um futuro não muito distante, até mesmo as transmissões sinápticas poderão ser tratadas e se transformarem em dados pessoais.

O direito à proteção dos dados pessoais não possui apenas o consentimento como base legal a partir da qual se encontra legitimidade para atividade de interferência na esfera existencial da pessoa humana. Sabe-se que ao lado dele, existem outras bases legais, como por exemplo o legítimo interesse do controlador. Entretanto, ao mesmo tempo em que se enxerga as demais bases legais como hierarquicamente iguais ao consentimento, percebe-se a necessidade de criar-se mecanismos que reforcem a autodeterminação informativa, que além de fundamento da disciplina de proteção de dados, conforme preceitua o art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados, passou a ter envergadura constitucional, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 155/2022.

Neste contexto, há necessidade premente do estabelecimento de padrões éticos para servirem de guia à difusa atividade de tratamento das informações pessoais, o que torna a Bioética disciplina que pode contribuir, e muito, no surgimento de uma ética interna à disciplina de tratamento de dados pessoais, isto é, uma ética digital, principalmente no que toca aos princípios da beneficência e da não maleficência.

A aplicação desta reflexão no nosso contexto, propõe a hipótese de se relacionar uma premissa para interpretar os princípios elencados no art. 6º, da LGPD: o acatamento dos princípios da beneficência e da não maleficência. Esta proposição reforça os valores

existenciais do desenvolvimento tecnológico, fortalece a autodeterminação informativa e, principalmente, contrapõem-se aos potenciais danos do chamado Capitalismo de Vigilância¹.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MUNDIAL MÉDICA. **Declaração de Helsinque**, 2000. Disponível em: https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf. Acesso em: 19 Set 2023.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Curso de direito civil**. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e limites do consentimento**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 19 Set 2023.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: RT, 2019.

FREITAS, Rodrigo. **As informações do corpo e o corpo das informações: novas tecnologias, privacidade e fragmentação do corpo**. MULHOLLAND, Caitlin; DE MORAES, Maria Celina Bodin (Org.). Privacidade hoje: Anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio. Edição do Kindle. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2018.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital e desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração Universal sobre o genoma humano e direitos humanos**, 2001. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em: 19 Set 2023.

¹ Sobre a temática deste tipo de capitalismo destaca-se a obra de Shoshana Zuboff A Era do Capitalismo de Vigilância. São Paulo: Intrínseca, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo** (pp. 111-144). SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD** (pp. 281-317). TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2020.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2003.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCHAWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Edição do Kindle. São Paulo: Edipro, 2019.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Consentimento do paciente no direito médico: validade, interpretação e responsabilidade**. Indaiatuba/SP: Foco, 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

VÉLIZ, Carissa. **Three things digital ethics can learn from medical ethics**. *Nature Electronics* 2, 316–318 (2019). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41928-019-0294-2>. Acesso em: 3/10/2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. São Paulo: Intrínseca, 2020.