

Gustavo | Vitor  
**Tepedino | Almeida**  
COORDENADORES

# Trajетórias do Direito Civil

Estudos em Homenagem à **Professora Heloisa Helena Barboza**

Alexandre de **Serpa Pinto Fairbanks** • Aline de **Miranda Valverde Terra** • Allan **Rocha de Souza** • Ana Carolina **Brochado Telxela** • Ana Carolina **Velmovitsky** • Ana Luiza **Mala Nevares** • Andressa **Souza de Albuquerque** • Bruna **Lima de Mendonça** • Calo **Pires** • Carlos Edison do **Rêgo Monteiro Filho** • Carlos Henrique **Félix Dantas** • Carlos Nelson **Konder** • Daniel **Bucar** • Diana **Loureiro Paiva de Castro** • Eduardo **Freitas Horácio da Silva** • Eduardo **Nunes de Souza** • Elisa **Costa Cruz** • Fabiana **Rodrigues Barletta** • Frederico **Price Grechi** • Gabriel **Schulman** • Giselda **Hironaka** • Guilherme **Calmon Nogueira da Gama** • Guilherme **Magalhães Martins** • Gustavo **Kloh Muller Neves** • Gustavo **Tepedino** • João **Quinelato** • Juliana da **Silva Ribeiro Gomes Chediek** • Lívia **Barboza Mala** • Lucía Maria **Telxela Ferreira** • Luiz Edson **Fachin** • Malci **Barboza dos Santos Colombo** • Manuel **Camelo Ferreira da Silva Netto** • Milena **Donato Oliva** • Nelson **Rosenvald** • Paula **Greco Bandeira** • Paula **Moura Francesconi de Lemos Pereira** • Pedro Marcos **Nunes Barbosa** • Raquel **Bellini Salles** • Raul **Choeri** • Roberto **Dalledone Machado Filho** • Rodrigo da **Guaia Silva** • Rose **Melo Vencelau Meireles** • Samir **Namur** • Thiago **Rosa Soares** • Vanessa **Ribeiro Corrêa Sampaio Souza** • Vitor **Almeida**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

1768

Trajетórias do direito civil: estudos em homenagem à professora Heloisa Helena Barboza / coordenado por Gustavo Tepedino, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

648 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5315-764-2

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Heloisa Helena Barboza. I. Tepedino, Gustavo. II. Almeida, Vitor. III. Título

CDD 347 CDU 347

2023-782

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

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito civil 347

2. Direito civil 347

2023 © Editora Foco

**Coordenadores:** Gustavo Tepedino e Vitor Almeida

**Autores:** Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks, Aline de Miranda Valverde Terra, Allan Rocha de Souza, Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Carolina Velmovitsky, Ana Luiza Maia Nevares, Bruna Lima de Mendonça, Caio Pires, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Andressa Souza de Albuquerque, Bruna Lima de Mendonça, Caio Pires, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Carlos Henrique Félix Dantas, Eduardo Nunes de Souza, Elisa Costa Cruz, Fabiana Rodrigues Barletta, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Frederico Price Grechi, Gabriel Schulman, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Frederico Price Grechi, Gabriel Schulman, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Magalhães Martins, Gustavo Kloh Muller Neves, Gustavo Tepedino, João Quinelato, Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek, Livia Barboza Maia, Lucia Maria Teixeira Ferreira, Luiz Edson Fachin, Maici Barboza dos Santos Colombo, Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Milena Donato Oliva, Nelson Rosendal, Paula Greco Bandeira, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Raquel Bellini Salles, Raul Choeri, Roberto Dalledone Machado Filho, Rodrigo da Guia Silva, Rose Melo Vencelau Meireles, Samir Namur, Thiago Rosa Soares, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor Almeida

**Diretor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberta Densa

**Assistente Editorial:** Paula Morishita

**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias

**Capa Criação:** Leonardo Hermano

**Diagramação:** Ladislau Lima e Aparecida Lima

**Impressão miolo e capa:** FORMA CERTA GRÁFICA DIGITAL

## AUTORES

### Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

Mestre em Direito Civil na UERJ e em Direito Processual Civil na PUC/SP. Diretor administrativo e pesquisador do Instituto Brasileiro de Direitos Autorais (IBDA). Professor na Faculdade de Miguel Pereira – RJ. Advogado. E-mail: alexandre.fairbanks@spfadvogados.com.br.

### Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. *Master of Laws* pela Queen Mary University of London – International Dispute Resolution. Professora do Departamento de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio. Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito Civil e Prática Jurídica da PUC-Rio. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil.

### Allan Rocha de Souza

Professor e Pesquisador de direito civil e propriedade intelectual no curso de Direito da UFRRJ/ITR; de direitos autorais e políticas culturais do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento da UFRJ (IE/PPED); de direitos autorais e conexos na especialização em Propriedade Intelectual da PUC-RJ. Diretor Científico do Instituto Brasileiro de Direitos Autorais (www.ibdautor.org.br). Vice Coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT) Proprietaris.

### Ana Carolina Brochado Teixeira

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora de Direito Civil do Centro Universitário UNA. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogada.

### Ana Carolina Velmovitsky

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro–UERJ. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: anacarolina@velmo.com.br.

### Ana Luiza Maia Nevares

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Membro do IBDFAM, do IBD-Civil e do IAB. Advogada.

### Andressa Souza de Albuquerque

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ), na área de concentração "Pen-

samento Jurídico e Relações Sociais", na linha de pesquisa "Direito Civil". Graduada em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Multidisciplinar e membro do grupo de pesquisa DIALOGOS (UFRRJ/CNPQ), na linha "Direito Civil além do Judiciário" (DiCAJ). Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

### Bruna Lima de Mendonça

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

### Caio Pires

Mestre em direito civil pela UERJ. Professor de pós-graduação e graduação. Advogado.

### Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Professor Titular de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente e Coordenador da Linha de Direito Civil do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Doutor em Direito Civil e Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Advogado, parecerista em temas de direito privado.

### Carlos Henrique Félix Dantas

Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisador dos Grupos Institucionalização das Relações Privadas (Conrep/CNPq/UFPE) e Cebid Jusbiomed (CNPq/UNEB). Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero (CDSG) e da Comissão de Direito de Família (CDF) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Pernambuco (OAB/PE). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado. E-mail: carloshenriquefd@hotmail.com.

### Carlos Nelson Konder

Doutor e Mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália).

**DIREITOS AUTORAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

#### NOTAS DA EDITORA:

**Atualizações e erratas:** A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

**Erratas:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br), na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br). O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2023) – Data de Fechamento (04.2023)

2023

Todos os direitos reservados à  
Editora Foco Jurídico Ltda.  
Avenida Itororó, 348 – Sala 05 – Cidade Nova  
CEP 13334-050 – Indaítuba – SP  
E-mail: [contato@editorafoco.com.br](mailto:contato@editorafoco.com.br)  
[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

# SUMÁRIO

AUTORES.....	V
APRESENTAÇÃO	
Gustavo Tepedino e Vitor Almeida.....	IX
NOTAS PESSOAIS DOS COORDENADORES	
Gustavo Tepedino e Vitor Almeida.....	XV
PREFÁCIO – HELOÍSA HELENA BARBOZA: UMA VIDA EXTRAORDINÁRIA	
Luiz Fux .....	XVII
PREFÁCIO	
Luís Roberto Barroso.....	XIX
<b>PARTE I</b>	
<b>PESSOA, AUTONOMIA E VULNERABILIDADE</b>	
<b>NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL</b>	
PERSONALIDADE, CAPACIDADE E PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	
NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	
Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva .....	3
VULNERABILIDADE E CONSENTIMENTO INFORMADO	
Carlos Nelson Konder.....	19
É POSSÍVEL MITIGAR A CAPACIDADE E A AUTONOMIA DA PESSOA COM	
DEFICIÊNCIA PARA A PRÁTICA DE ATOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS?	
Aline de Miranda Valverde Terra e Ana Carolina Brochado Teixeira.....	29
APOIOS PROSPECTIVOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: EM BUSCA DE NOVOS	
INSTRUMENTOS	
Vitor Almeida .....	49

# VULNERABILIDADE E CONSENTIMENTO INFORMADO

*Carlos Nelson Konder*

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O aspecto dual da proteção à pessoa humana no biodireito: beneficência como heteronomia, consentimento como autonomia – 3. A vulnerabilidade como pedra de toque da tutela da pessoa humana – 4. O consentimento informado como instrumento de efetiva proteção à autonomia – 5. Considerações finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Na iminência da entrada deste século, há mais de vinte anos, desenhava-se um cenário promissor, com a difusão cada vez maior da constitucionalização do direito civil, mas, ao mesmo tempo, repleto de promessas constitucionais ainda não cumpridas. Naquela ocasião, em artigo significativamente intitulado “Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século”, lecionava Heloísa Helena Barboza:

Apesar dos princípios humanísticos e de todos os direitos assegurados na Constituição Federal, notadamente a plena igualdade, constata-se que há no Brasil de hoje – de fato – duas classes bem distintas: a primeira composta pelos *reconhecidos* pela lei, porque tiveram a sorte de a ela se adaptar; a segunda, integrada por verdadeiros ‘inexistentes jurídicos’. Na primeira encontram-se os verdadeiros cidadãos: tem nome, bem ou mal, pai e mãe, certidão de nascimento, carteira de trabalho, CPF, o direito de vota, às vezes estuda, geralmente de mora, raramente à assistência médica de qualidade, mas certamente ‘direito’ de pagar impostos e, quem sabe um dia, com a ajuda de Deus, até poderão ser legítimos proprietários. Na segunda categoria, bem mais numerosa, estão os incontáveis excluídos do sistema jurídico, Marias e Josés por força do batismo, que até 1988 sequer poderiam constituir família legítima, porque não se casavam ‘no civil!’

A reflexão exposta pela professora no texto se acentuava diante dos novos desafios colocados pelo desenvolvimento da tecnologia, que além de seu potencial de desenvolvimento civilizatório, também trazia a possibilidade de acentuar as desigualdades sociais. Assim, a persistência, de reflexões sobre as novas tecnologias ainda pautadas por modelos dogmáticos tradicionais, indicada na ocasião, acabava por aguçar situações de exploração e desumanização, às quais cabia ao direito coibir em lugar de legitimar.

A preocupação não poderia ser mais atual. Nos últimos vinte anos o salto tecnológico intensificou-se e os receios quanto à proteção da pessoa humana que deram origem à bioética exigiram atuação mais incisiva, consolidando-se o chamado biodireito, no qual a professora Heloísa Helena Barboza foi uma das pioneiras. No presente texto, em

---

1. BARBOZA, Heloísa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 6 e 7. p. 36-37. Rio de Janeiro: 1999.

homenagem à Professora, pretende-se apresentar breve reflexão sobre a ligação entre dois institutos que ela desenvolveu em seus trabalhos e cuja atuação, em complementariedade, tornaram-se centrais para tutela da pessoa humana: a vulnerabilidade e o consentimento informado.

## 2. O ASPECTO DUAL DA PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA NO BIODIREITO: BENEFICÊNCIA COMO HETERONOMIA, CONSENTIMENTO COMO AUTONOMIA

Em seu estudo acerca do “breve século XX”, o historiador Eric Hobsbawm observou que “nenhum período da história foi mais penetrado pelas ciências naturais nem mais dependente delas do que o Século XX. Contudo, nenhum período, desde a retratação de Galileu, se sentiu menos à vontade com elas”.<sup>2</sup> Esse profundo desconforto, que teve origem na revelação, ao fim da II Guerra Mundial, das experiências supostamente científicas realizadas durante o holocausto nazista, e que foi incrementado pelo grande desenvolvimento tecnológico sobre a vida humana a partir da década de 1970 – cirurgias de transgenitalização, proliferação de transplantes e novas técnicas de reprodução assistida – impuseram uma nova reflexão para avaliar suas consequências sobre a pessoa humana.

Nasceu assim a chamada *bioética*, reflexão sistemática sobre a conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde que, como parte da ética aplicada, “funciona como ferramenta que contribui eficazmente para a solução de problemas que surgem na vida cotidiana, especialmente os resultantes dos avanços tecnológicos”.<sup>3</sup> A corrente da bioética que mais se difundiu e popularizou foi a *princípioalista*, que, a partir da obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress, preconiza princípios éticos para a atuação sobre a vida e a saúde humana: a beneficência (e não maleficência), consistente em agir em benefício dos pacientes (e não lhes causar mal); a autonomia, de modo a respeitar as escolhas de cada um; e a justiça, referente à distribuição adequada de atendimento e recursos.<sup>4</sup> Os princípios se sustentariam *prima facie*, sem preferências abstratas, devendo ser ponderados para cada situação concreta.<sup>5</sup>

2. HOBBSBAWN, Eric J.. *Era dos extremos. O breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 504.
3. BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 487. Ressalta a professora em outra ocasião: “Talvez esse [seja] o maior mérito da Bioética: sistematizar (ou ao menos tentar) o tratamento de questões diversas, mas que devem guardar entre si, necessariamente, princípios e fins comuns” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios da Bioética e do Biodireito*. *Revista Bioética*, v. 8 n. 2, 2000, p. 210).
4. Sobre o tema, v. entre nós, AZAMBUJA, Leticia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei. A teoria da moralidade comum na obra de Beauchamp e Childress. *Revista bioética*, v. 23, n. 3, p. 634-644, 2015.
5. Destaca Heloisa Helena Barboza: “Não há entre os princípios [da bioética] qualquer hierarquia, dado que num primeiro momento todos têm valor e devem ser respeitados, mas na medida em que outras razões suficientemente fortes exigirem a adoção de outro princípio, a ‘infração’ poderá ser justificada” (BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil e bioética. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 488).

Como reflexão filosófica, todavia, a bioética carece da eficácia coercitiva para impedir condutas científicas que se constatem perigosas para a proteção da pessoa humana, cenário em que entra em vigor o chamado *biodireito*. Trata-se não apenas de atribuir veste jurídica à bioética, mas de um campo científico próprio voltado a normatizar, no plano jurídico, as situações conflituosas também analisadas pela bioética.<sup>6</sup>

O biodireito nasce a partir de um grupo fragmentário de normas, elaboradas a partir de situações concretas, como um caleidoscópio de variadas expressões normativas, interligadas para formar um corpo coerente.<sup>7</sup> O fundamento do biodireito, que lhe prevê unidade, deve ser identificado, portanto, nos valores de cada sistema jurídico vigente, ou seja, “os princípios constitucionais devem constituir os *princípios do Biodireito*”.<sup>8</sup>

Considerando que a bioética nasce sob a marca da proteção à pessoa humana e o princípio constitucional basilar de nosso ordenamento é a dignidade da pessoa humana, é natural encontrar certo paralelismo – ainda que não identidade – entre os princípios da bioética e os do biodireito.<sup>9</sup> Nesse sentido, tem se reconhecido na doutrina jurídica certo aspecto dual na dignidade da pessoa humana: de um lado, como autonomia, a proteção do poder individual, envolvendo a capacidade e as condições para autodeterminação do sujeito; de outro lado, como heteronomia, a proteção pelo bem da pessoa a partir da visão comunitária.<sup>10</sup> Sob essa perspectiva, a liberdade é um dos princípios componentes da dignidade da pessoa humana, mas que pode ser ponderado com outros princípios, perante os quais pode ceder lugar em certos casos concretos.<sup>11</sup> Mesmo as posições mais reticentes à dignidade como heteronomia reconhecem que a autonomia que deriva da dignidade humana não deve ser tomada como absoluta.<sup>12</sup>

Dessa forma, em última instância, o dilema enfrentado tanto pela bioética como pelo biodireito, diante do impacto das novas tecnologias científicas sobre a saúde e vida das pessoas humanas, consiste em conciliar a proteção de seu bem com o respeito à sua

6. Explica Heloisa Helena Barboza: “Não se cuida, simplesmente, de encontrar um ‘correspondente jurídico’ para Bioética, mas de estabelecer quais as normas jurídicas que devem reger os fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, também disciplinados pela Bioética” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente; MEIRELLES, Jussara (Coord.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70-71).
7. LENOIR, Noëlle; MATHIEU, Bertrand. *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris: PUF, 1998; p. 17.
8. BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente; MEIRELLES, Jussara (Coord.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73.
9. Afirma Heloisa Helena Barboza: “Na verdade, os princípios da Bioética guardam, de modo geral, correspondência com princípios do Biodireito, sem prejuízo para a integridade metodológica quanto a sua aplicação, na medida da relação entre Direito e Ética, como antes assinalado, que revela identidade de valores. Observe-se, porém, que essa correspondência não se verifica sempre e de forma exata” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente; MEIRELLES, Jussara (Coord.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77).
10. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 38, n. 1, 2010, p. 235-274.
11. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.
12. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 188.

autonomia, resguardando-as quando ameaçadas juntas e, equilibrando-as quando estiverem em polos opostos. Essa avaliação, todavia, depende das circunstâncias concretas em que a pessoa se encontra, mais especificamente, a consideração da sua vulnerabilidade.

### 3. A VULNERABILIDADE COMO PEDRA DE TOQUE DA TUTELA DA PESSOA HUMANA

A proteção da pessoa humana, especialmente em vista desse aspecto dual, nunca é tarefa simples. Agrava-se a dificuldade, todavia, porque embora toda pessoa humana seja, pela sua própria natureza, passível de ser ferida, cada pessoa humana tem suas próprias fragilidades, decorrentes da mesma individualidade que a torna única e merecedora de proteção. Dessa forma, é necessário que a tutela seja sempre sensível às condições concretas de cada sujeito, as quais, em razão das circunstâncias sociais que a cercam, pode torná-la especialmente *vulnerável*:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhe é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade.<sup>13</sup>

A vulnerabilidade torna-se então pedra de toque para a proteção da pessoa humana. Embora depois desvirtuada pela generalização para qualquer situação de inferioridade, mesmo nas relações puramente patrimoniais, a expressão vulnerabilidade foi cunhada originalmente no âmbito da saúde pública, para se referir a pessoas ou grupos fragilizados.<sup>14</sup> Em vista dessas circunstâncias, essas pessoas se encontram em minorias frequentemente oprimidas socialmente, razão pela qual incumbe ao direito papel especial no seu empoderamento.<sup>15</sup>

Nesse sentido, já se definiu essa vulnerabilidade existencial como a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup> Os exemplos mais recorrentes são crianças, idosos e pessoa com deficiência. No caso da criança, a

vulnerabilidade existencial se associa à sua personalidade ainda em desenvolvimento, conforme reconhecido na Constituição Federal, no seu artigo 227, junto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).<sup>17</sup> Desde o seu nascimento, a criança demanda amparo material, para a sua sobrevivência, e amparo afetivo, para a construção de personalidade de forma sadia e socialável.<sup>18</sup>

No caso do idoso, a vulnerabilidade – também prevista na Constituição Federal, no art. 230, e objeto do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) – se coloca, em um primeiro plano, associada à queda das condições de saúde decorrente do envelhecimento.<sup>19</sup> Todavia, não há como deixar de reconhecer que essa vulnerabilidade se acentua na sociedade contemporânea, centrada na produtividade.<sup>20</sup>

No tocante às pessoas com deficiência, a previsão constitucional somada à internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Decreto 6.949/09, foi em fim regulamentada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). O EPD trouxe numerosos instrumentos voltados a compatibilizar proteção e autonomia das pessoas com deficiência, mas sua maior conquista parece ter sido consolidar o modelo social, segundo o qual a deficiência decorre na realidade das barreiras sociais e ambientais, e não das pessoas em si consideradas.<sup>21</sup>

Não há – nem poderia haver – um rol taxativo de pessoas em vulnerabilidade, podendo ser ainda mencionados os indígenas, no que tange aos contrastes com os costumes

17. “Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado *a priori*, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*wound*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerable*) ou é vítima facilmente” (MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 129). Sobre o tema, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e PENALVA, Luciana Dadallo. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, n. 180, p. 293-304, Brasília: out./dez. 2008; e GIRARDI, Viviane. O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar: o cidadão como valor jurídico e a adoção por homossexuais. *Revista do Advogado*, p. 116-123. São Paulo: dez. 2008.

18. IENCARELLI, Ana Maria. Quem cuida ama – sobre a importância do cidadão e do atleto no desenvolvimento e na saúde da criança. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 163.

19. Sobre o tema, entre tantos, v. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saravá, 2010; SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014; BARBOZA, Heloisa Helena. O melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, T. S. e OLIVEIRA, G. (Coord.). *O cidadão como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira. Lei: Procurador para cuidadas de saúde do idoso. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

20. MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 145.

21. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L.; ALMEIDA JR., V. A. (Coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 14-15; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015.

13. BARROZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cidadão: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

14. BARROZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cidadão: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, T. S., OLIVEIRA, G. (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114. Sobre a expansão e generalização indireta do conceito de vulnerabilidade, v. KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cintia Muniz de Souza. Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade: exame crítico de uma trajetória de generalização. *Revista Interress Pública*, v.127, p. 53-68, 2021.

15. Segundo Heloisa Helena Barboza, “Embora bastante diversificados, os grupos submetidos à dominação apresentam uma característica comum: a vulnerabilidade” (BARROZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicas e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 420).

16. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

predominantes;<sup>22</sup> as mulheres, em razão não de condições biológicas, mas por conta da opressão masculina, cultural e social, historicamente consolidada, em especial as vítimas de violência doméstica;<sup>23</sup> os pacientes médicos, pois a doença, por si só, remete à fragilidade do corpo humano, mas especialmente os enfermo terminais, uma vez que confrontados com a iminência da morte.<sup>24</sup>

Isso permite constatar que a criação de categorias, embora possa ser útil em alguns casos, é prescindível. A vulnerabilidade prescinde de qualquer tipificação, eis que decorre da aplicação direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, devendo sempre ser avaliada em atenção às circunstâncias do caso concreto.<sup>25</sup> Fundamental é a construção de uma tutela específica para a pessoa, adequada à sua vulnerabilidade.<sup>26</sup>

Nesse contexto se encontra o desafio relativo à proteção da autonomia desses sujeitos vulneráveis. Com efeito, a vulnerabilidade, por si só, não deve significar uma prevalência abstrata e *prima facie*, da heteronomia (ou, em termos bioéticos, da beneficência) sobre a autonomia, mas sim a exigência de instrumentos adequados de empoderamento para que o vulnerável possa exercer sua própria autonomia. Como afirma Heloisa Helena Barboza, a autonomia dos vulneráveis, “na verdade, deve ser protegida, quando não encorajada.”<sup>27</sup>

22. Indica-se também como vulneráveis os indígenas, como destaca XAUD, Geysa Maria Brasil. Indígenas: dificuldades de aplicação do ECA a curumins e cunhãs no tocante aos costumes (infanticídio, acasalamento precoce – ela diferencia de abuso sexual, banimento de adolescente infrator). In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Cidadão e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 119-137.

23. Sobre o tema, v. LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiane (Coord.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; OLIVEIRA, Adriana Vidal. *Constituição e direitos das mulheres*. Curitiba: Jurua, 2015, *passim*; e BARTLETT, Katharine. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, n. 108, Boston: Feb. 1990, p. 829-888.

24. Sobre o tema, v. BURLA, Claudia, AZEVEDO, Daniel Lima, PY, Ligia. Cuidados Palliativos. In: TEIXEIRA, A. C. B. e DADALTO, L. (Coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 297-312; MENEZES, Rachel Aisengart. Autonomia e decisões ao final da vida: notas sobre o debate internacional contemporâneo. In: PEREIRA, T. S. et al. (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 9-30; MALA, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86, p. 203, São Paulo: mar. 2013, referindo-se à jurisprudência, indica ainda a hipótese dos enfermos em vulnerabilidade por outro fator, como: “(a) grupo indígena carente de assistência médica - odontológica (REsp 1.064.009/SC); (b) os deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RJ); (c) os portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG)”.

25. KONDER, Ginta Muniz de Souza. Vulnerabilidade, hipervulnerabilidade ou simplesmente dignidade da pessoa humana? Uma abordagem a partir do exemplo do consumidor superendividado. In: MONTEIRO FILHO, C. E. R. (Coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Curitiba: Jurua, 2014, p. 69-93.

26. Leclonam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida: “Necessária, por conseguinte, a existência simultânea de uma *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontram em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializam sua vulnerabilidade, ou já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade expressões por excelência da dignidade humana” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dignidade à efetividade do direito civil* – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBD CIVIL). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43-44).

27. BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: ensaios jurídicos e utópias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 423.

#### 4. O CONSENTIMENTO INFORMADO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVA PROTEÇÃO À AUTONOMIA

A vulnerabilidade, como pedra de toque da proteção à pessoa humana, envolve não somente eventual proteção heterônoma do sujeito, mas principalmente a busca por mecanismos de viabilizar de forma efetiva o exercício da sua autonomia. Nesse sentido, “autonomia e vulnerabilidade são pilares que funcionam em articulação, devendo a autonomia ser pensada em função da vulnerabilidade, como se componente indispensável, sendo esta entendida como pedido de apoio ou de suporte.”<sup>28</sup>

Instrumento fundamental nessa tarefa foi o *consentimento informado*, também referido como consentimento livre e esclarecido. Como já se destacou entre outra sede, é “possível conceituar o consentimento livre e esclarecido como a anuência, livre de vícios, do paciente, após explicação 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.”<sup>29</sup>

Trata-se, portanto, de uma reformulação do conceito tradicional de consentimento no âmbito do direito civil, que se limitava à proteção contra vícios externos, pautado em um sujeito abstrato e hipotético senhor de sua própria vontade: um “ser conceitual pronto e acabado”, “hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância.”<sup>30</sup> Vinculava-se, ainda, à categoria binária da *capacidade*, cunhada para a disposição de direitos patrimoniais: ou bem o sujeito preenchia os requisitos legais e toda manifestação de vontade livre era vinculante, ou faltava-lhe a prerrogativa legal e sua vontade seria indiferente para o ordenamento.

Entretanto, as transformações sociais operadas no curso do século XX impuseram uma releitura do papel da liberdade individual, que deve ser tutelada para o exercício genuíno e efetivo, e não em termos puramente formais. Mais do que isso, deve-se apartar a autonomia negocial para fins econômicos dos espaços de livre desenvolvimento da personalidade.<sup>31</sup> Como destaca Perlingieri: “a intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional – e o consentimento a um trans-

28. BARBOZA, Heloisa Helena, ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dignidade à efetividade do direito civil* – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBD CIVIL). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.

29. KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transsexuais e dos wannabes. *Revista trimestral de direito civil*, v. 15, p. 61. Rio de Janeiro, 2003.

30. Os termos são de FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11 e 14, respectivamente.

31. Destaca Heloisa Helena Barboza: “melhor do que individualizar o fundamento constitucional da autonomia contratual e pesquisar os fundamentos constitucionais da autonomia negocial” (BARBOZA, Heloisa Helena. Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva et al (Coord.). *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 38).

plante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição.<sup>32</sup>

Daí a necessidade de, em ações que envolvam a saúde e a vida da pessoa humana, o consentimento exigir uma proceduralização especial, impondo ao médico/cientista uma postura ativa e interrogante, com vistas a verificar o perfeito entendimento do paciente, considerando suas características específicas, isto é, adequando-se à sua vulnerabilidade, de forma a amoldar a decisão individual à dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup> O consentimento passa de ato a processo, que se manifesta em diversos momentos e fases.<sup>34</sup>

Nascido a partir do Código de Nuremberg, como afirmação da necessidade de consentimento para a pesquisa com seres humanos, em reação às experiências nazistas, o consentimento informado generalizou-se por toda a prática médico-científica, sendo requisitado hoje para qualquer intervenção invasiva ou extraordinária.<sup>35</sup> Nas palavras de Rodota: “A revolução do consentimento informado modifica as hierarquias sociais recebidas, dando voz a quem era silencioso diante do poder do terapeuta e define uma nova categoria geral constitutiva da pessoa. Consentir equivale a ser.”<sup>36</sup>

O consentimento informado atravessa, dessa forma, a rígida e abstrata divisão entre capacidade e incapacidade, destacando que, assim como mesmo entre os incapazes o consentimento pode ser necessário, na medida de sua possibilidade, e que, também entre os capazes, as condições que o tornam vulnerável pode exigir cuidados especiais na obtenção desse assentimento.<sup>37</sup> Assim, por exemplo, a oitiva de crianças e adolescentes, especialmente no que tange a procedimentos médicos, não pode ser suprida em absoluto pelo assentimento de seus representantes legais.<sup>38</sup> Por outro lado, exige-se atenção

especial ao consentimento dado por pacientes terminais, detentos, minorias e qualquer pessoa que receba algum tipo de compensação pecuniária para participar.<sup>39</sup> Trata-se, justamente, de modular o consentimento justamente à vulnerabilidade de cada pessoa.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mesmo pioneiro texto “Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século”, Heloisa Helena Barboza concluiu que “é preciso que aqueles que fazem as leis e, particularmente, os que as estudam ou aplicam se aferem a esses valores, dando às normas, antigas ou novas, interpretação condizente com os mesmos e, sobretudo, com nossa realidade social, tornando efetivos os objetivos fundamentais da República, os quais se podem resumir no estabelecido no inciso I, do artigo 3º, da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária.”<sup>40</sup> A conclusão também é extremamente atual.

A difusão do consentimento informado no âmbito das intervenções na saúde e na vida das pessoas permitiu compreendê-lo como mecanismo adequado de conciliação da proteção da autonomia com a vulnerabilidade de cada pessoa humana, adequando a tutela da autonomia em abstrato com a da dignidade em concreto. Consentimento informado e vulnerabilidade, assim, interligam-se em complementariedade como instrumentos de persecução dos objetivos constitucionais, em sintonia, de liberdade e solidariedade.

32. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 276.
33. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 115.
34. CASABONA, Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. E. (Coord.). *Biogenética e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131.
35. CLOTET, Joaquim. O consentimento informado nos comitês de ética em pesquisa e na prática médica: contextualização, origens e atualidade. *Revista Bioética*, v. 3, n. 1, p. 5, 1995.
36. RODOTA, Stefano. *Perché laica*. Roma: Bari: Laterza, 2009, p. 85.
37. Para Heloisa Helena Barboza, “Embora ingenuamente ligadas, a autonomia privada não se esgota na capacidade civil, questão que allora e causa perplexidade no que diz respeito aos atos praticados por incapazes. Mas do que isso, não há como negar aos que têm sua capacidade civil restringida, evidentemente nos limites do razoável, o poder de decisão com relação a determinados atos do cotidiano e mesmo da vida civil” (BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEJINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 417).
38. Explica Heloisa Helena Barboza: “Parcer razoável a orientação no sentido de que, sempre que possível, se cumpre a regra do Estatuto, ou seja, se ouve a criança ou adolescente, respeitando sua vontade, desde que não agrave seu estado ou ponha sua vida em perigo. Em outras palavras, consideradas as condições pessoais do paciente menor sua idade, capacidade de percepção e de cumprir as prescrições médicas, deve-se respeitar, o quanto possível, o consentimento livre e esclarecido da criança e do adolescente” (BARBOZA, Heloisa Helena. Poder familiar em face das práticas médicas. *Revista do advogado*, n. 76, p. 40-46, jun. 2004). Em outra sede, reforça a autora: “Em tese, teria o representante o poder de decidir sobre as intervenções no corpo do representado, que em certos casos de grande risco, equiva a escolher entre a vida e a morte do incapaz. Importante destacar que a Lei Civil, ao disciplinar o exercício da representação legal e estabelecer os poderes dos pais, tutores e curadores manteve praticamente o regime anterior, de perfil nitidamente patrimonial, pouco ou nada dizendo sobre si

questões existenciais relativas à saúde do representado e às intervenções em seu corpo” (BARBOZA, Heloisa Helena. A pessoa na Era da Biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU Ideias* (UNISINOS), v. 194, p. 3-20, 2013).

39. Como alerta Heloisa Helena Barboza, “Problemas relacionados à pressão a que se submetem pessoas recrutadas mediante oferta de ganho financeiro, notadamente aquelas de baixa renda, a relação entre pagamento oferecido e riscos da pesquisa, bem como a questão do enfraquecimento dos laços de solidariedade, surgem e desafiam os bioeticistas que lidam com a temática” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALBUQUERQUE, Alaine. Remuneração dos participantes de pesquisas clínicas: considerações à luz da Constituição. *Revista Bioética* (Impresso), v. 24, p. 29-36, 2016).

40. BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 6 e 7, p. 34. Rio de Janeiro: 1999.