

COORDENADORES

Fabiana Rodrigues
BARLETTA

Vitor
ALMEIDA

20
23

VULNERABILIDADES E SUAS DIMENSÕES JURÍDICAS

Adriano Marteleto Godinho · Amanda Guedes Ferreira · Ana Carla Hermetik Matos · Ana Paula Barbosa-Fohrmann · Anderson Schreiber · Andréia Fernandes de Almeida Rangel · Bruno Henrique da Silva Chevaa · Caitlin Mulholland · Carlos Henrique Félix Dantas · Carlos Nelson Konder · Caroline Silvino de Sé Palmeira · Cíntia Muniz de Souza Konder · Cláudia Lima Marques · Daniela Corrêa Jacquin Breuner · Daniela Silva Fontoura de Barcellos · Deborah Pereira Pinto dos Sentos · Elisa Cruz · Fabiana Rodrigues Barletta · Fabiola Albuquerque Lobo · Fernanda Nunes Barbosa · Fernando Rodrigues Martins · Flávia Albaíne Ferreira da Costa · Flávia Zangerolame · Flávio Bellini de Oliveira Salles · Flávio Henrique Silva Ferreira · Francielel Etsabet Nogueira Lima · Gabriele Schulman · Gleilda Maria Fernandes Novais Hironeke · Guilherme Celmon Nogueira de Gama · Guilherme Domingos Wottke · Guilherme Mucelin · Gustavo Cardoso Silva · Gustavo Henrique Baptista Andrade · Heloisa Helena Barboza · Henrique Rodrigues Maireles Matos · Igor Alves Pinto · Ingrid Januzzi Ferreira Gomes · Joanna Dháila · João Victor Ferreira Ximenes · José Luiz de Moura Faleiros Júnior · Káren Rick Danilevici Bertoncello · Kella Pacheco Ferreira · Kelly Cristina Belão Sempalo · Lúcia Souza d'Aquino · Luciane Campos de Albuquerque · Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto · Marcelo Junqueira Calixto · Marcos Ehrhardt Júnior · Marla Stelly Gregori · Mário Gameliel Guezzell de Freitas · Matheus Prestes Tavares Duarte · Maurilio Caasas Maia · Milena Donato Oliva · Nelson Rosenvald · Paulo Emissor Vauthier Borges de Macedo · Paulo Lôbo · Pedro Gueiros · Pedro Marcos Nunes Barbosa · Rachel Saab · Rafael Mansur · Ramon Silva Costa · Raquel Bellini de Oliveira Salles · Renata Pozzi Kretzmann · Ricardo Calderón · Roberta Mauro Medine Maia · Robson Martins · Rodrigo Versiani · Thiago Ferreira Cardoso Neves · Thiago Junqueira · Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza · Vitor Almeida · Vitor Hugo do Amaral Ferreira



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

V991

Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas / coordenado por Fabiana Rodrigues Barletta, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

789 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN: 978-65-5515-666-9

1. Direito. 2. Vulnerabilidades. 3. Dimensões jurídicas. I. Barletta, Fabiana Rodrigues. II. Almeida, Vitor. III. Título.

2022-3550

CDD 340 CDU 34

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

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Direito 340

2. Direito 34

COORDENADORES

Fabiana Rodrigues
BARLETTA

Vitor
ALMEIDA

VULNERABILIDADES E SUAS DIMENSÕES JURÍDICAS

acordo com ISBD

Barletta, Vitor Almeida. - Indaiatuba,

a Rodrigues. II. Almeida, Vitor. III.

CDD 340 CDU 34

0

Adriano Marteleto Godinho · Amanda Guedes Ferreira · Ana Carla Hermetiuk Matos · Ana Paula Barbosa-Fohrmann · Anderson Schreiber · Andréia Fernandes de Almeida Rangel · Bruno Henrique da Silva Cheves · Caitlin Mulholland · Carlos Henrique Félix Dantas · Carlos Nelson Kondér · Carolina Silvino de Sá Palmeira · Cintia Muniz de Souza Konder · Claudia Lima Marques · Daniela Corrêa Jacques Brauner · Daniela Silva Fontoura do Barcellos · Deborah Pereira Pinto dos Santos · Elisa Cruz · Fabiana Rodrigues Barletta · Fabiola Albuquerque Lobo · Fernanda Nunes Barbosa · Fernando Rodrigues Martins · Flávia Albaine Ferias da Costa · Flavia Zangerolame · Flávio Bellini de Oliveira Salles · Flávio Henrique Silva Ferreira · Franciele Elisabet Nogueira Lima · Gabriel Schulman · Giselda Marli Fernandes Novaes Hironeka · Gulherme Calmon Nogueira da Gama · Gulherme Domingos Wodtke · Gulherme Mucelin · Gustavo Cardoso Silva · Gustavo Henrique Baptista Andrade · Heloisa Helena Barboza · Henrique Rodrigues Melreles Matos · Igor Alves Pinto · Ingrid Januzzi Ferreira Gomes · Joanna Dhália · João Victor Ferreira Ximenes · José Lulz de Moura Faleiros Júnior · Káren Rick Danilevitz Bertoncello · Kella Pacheco Ferreira · Kelly Cristine Baíão Sampaio · Lúcia Souza d'Aquino · Luciano Campos de Albuquerque · Manuel Cameto Ferreira da Silva Netto · Marcelo Junqueira Calixto · Marcos Ehrhardt Júnior · Marla Stella Gregori · Mário Gamatto Guazzelli de Freitas · Matheus Prestes Tavares Duarte · Maurilio Casas Maia · Milena Donato Oliva · Nelson Roservald · Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo · Paulo Lôbo · Pedro Gueiros · Pedro Marcos Nunes Barbosa · Rachel Saab · Rafael Mansur · Ramon Silva Costa · Raquel Bellini de Oliveira Salles · Renata Pozzi Kretzmann · Ricardo Calderón · Roberta Mauro Medina Maia · Robson Martins · Rodrigo Versiani · Thilago Ferreira Cardoso Neves · Thilago Junqueira · Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza · Vitor Almeida · Vitor Hugo do Amaral Ferreira

2023 © Editora Foco

Coordenadores: Fabiana Rodrigues Barletta e Vitor Almeida

Autores: Adriano Martelete Godinho, Amanda Guedes Ferreira, Ana Carla Harmatiuk Matos, Ana Paula Barbosa-Fohrmann, Anderson Schreiber, Andréia Fernandes de Almeida Rangel, Bruno Henrique da Silva Chaves, Caitlin Mulholland, Carlos Henrique Félix Dantas, Carlos Nelson Konder, Carolina Silvino de Sá Palmeira, Cíntia Muniz de Souza Konder, Claudia Lima Marques, Daniela Corrêa Jacques Brauner, Daniela Silva Fontoura de Barcellos, Deborah Pereira Pinto dos Santos, Elisa Cruz, Fabiana Rodrigues Barletta, Fabíola Albuquerque Lobo, Fernanda Nunes Barbosa, Fernando Rodrigues Martins, Flávia Albaine Farias da Costa, Flavia Zangerolame, Flávio Bellini de Oliveira Salles, Flávio Henrique Silva Ferreira, Francielle Elisabet Nogueira Lima, Gabriel Schulman, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Domingos Wodtke, Guilherme Mucelin, Gustavo Cardoso Silva, Gustavo Henrique Baptista Andrade, Heloisa Helena Barboza, Henrique Rodrigues Meireles Malos, Igor Alves Pinto, Ingrid Januzzi Ferreira Gomes, Joanna Dhália, João Victor Ferreira Ximenes, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Káren Rick Dánilevicz Bertoncello, Keila Pacheco Ferreira, Kelly Cristine Balão Sampaio, Lúcia Souza d'Aquino, Luciano Campos de Albuquerque, Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Marcelo Junqueira Calixto, Marcos Ehrhardt Júnior, Maria Stella Gregori, Mário Gamaliel Guazzelli de Freitas, Matheus Prestes Tavares Duarte, Maurilio Casas Maia, Milena Donato Oliva, Nelson Rosenvald, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Paulo Lôbo, Pedro Gueiros, Pedro Marcos Nunes Barbosa, Rachel Saab, Rafael Mansur, Ramon Silva Costa, Raquel Bellini de Oliveira Salles, Renata Pozzi Kretzmann, Ricardo Calderón, Roberta Mauro Medina Maia, Robson Martins, Rodrigo Versiani, Thiago Ferreira Cardoso Neves, Thiago Junqueira, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, Vitor Almeida e Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Revisora: Simone Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão miolo e capa: FORMA CERTA GRÁFICA DIGITAL

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 descreverá, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

Erratas: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, ousíssim, 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. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (11.2022) – Data de Fechamento (11.2022)

2023

Todos os direitos reservados à
Editora Foco Jurídico Ltda.

Avenida Itororó, 348 – Sala 05 – Cidade Nova
CEP 13334-050 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

SUMÁRIO

rtins
em Direito da Cidade pela UERJ e Direito
l pela ITE. Mestre em Direito pela UFRJ e
Paranaense. Especialista em Direito Ci-
Registral pela Universidade Anhanguera.
Universidade Paranaense e ESMPU. Procu-
Ública. Promotor de Justiça entre 1999 e
da Justiça Federal entre 1993 e 1999.

siani
reito na linha de pesquisa "Direitos Fun-
sociedade e Sustentabilidade" pela Univer-
al de Uberlândia-UFU. Pós-graduado em
Empresarial pela Faculdade Damásio de
ndo. Professor no Centro Universitário de
s-UNIPAM.

eira Cardoso Neves
orando em Direito Civil pela Universida-
do Rio de Janeiro – UERJ. Professor dos
-graduação da Escola da Magistratura do
de Janeiro – EMERJ, da Pontifícia Univer-
a do Rio de Janeiro – PUC-Rio e do Centro
Pesquisas no Ensino do Direito da UERJ.
e Administrativo da Academia Brasileira
– ABDC. Advogado.

ueira
reito Civil pela Universidade do Estado do
. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas
ade de Coimbra. Professor da FGV Direito
nhecimento e da Escola de Negócios e Se-
de Relações Internacionais da Academia
reito Civil. Advogado, Sócio de Chalfin,
nboim Advogados Associados.

ro Corrêa Sampaio Souza
reito Civil pela UERJ. Professora-Associa-
iva da UFRRJ– ITR.

a
re em Direito Civil pela Universidade do
de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de
a Universidade Federal Rural do Rio de
). Professor de Direito Civil do Departamen-
to da PUC-Rio. Pós-doutorando em Direi-
-universidade do Estado do Rio de Janeiro
do. E-mail: almeida.vitor@yahoo.com.br

o Amaral Ferreira
reito, pela Universidade Federal do Rio
com ênfase em direito do consumidor e
Docente do Curso de Direito da Universi-
na (UFN).

UMA BREVE INTRODUÇÃO: VULNERABILIDADES EM CAMADAS

Vitor Almeida	V
---------------------	---

SOBRE OS AUTORES	IX
------------------------	----

EIXO I VULNERABILIDADES, CAMPO DE APLICAÇÃO E NOVAS FRONTEIRAS

A TUTELA DAS VULNERABILIDADES NA LEGALIDADE CONSTITUCIO- NAL: OS DESAFIOS DA FUNÇÃO PROTETIVA EM FACE DA AUTODETER- MINAÇÃO

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida.....	3
---	---

A DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE PATRIMONIAL E VULNERA- BILIDADE EXISTENCIAL

Carlos Nelson Konder.....	19
---------------------------	----

CAPACIDADE CIVIL, VULNERABILIDADE E EMPODERAMENTO: RE- LEITURA DAS INCAPACIDADES À LUZ DA VULNERABILIDADE

Gabriel Schulman	31
------------------------	----

A VULNERABILIDADE COMO ELEMENTO DE CONEXÃO E INTEGRA- ÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DESIGUALDADE E INVISI- BILIDADE. UMA PERSPECTIVA DO SISTEMA RESPONSIVO NO ÂMBI- TO DO MERCOSUL

Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira.....	43
--	----

VULNERABILIDADE E TRANUMANISMO: O ACESSO À TECNOLOGIA COMO PRIVILÉGIO E A RUPTURA DO PRINCÍPIO BIOÉTICO DA JUSTIÇA

Adriano Marteleto Godinho	57
---------------------------------	----

**EIXO II
VULNERABILIDADES EM PERSPECTIVA DE GÊNERO**

REPENSANDO A APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ENQUANTO REGRA GERAL: REFLEXÕES A PARTIR DE CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO (2021)

Ana Carla Harmatiuk Matos e Francielle Elisabet Nogueira Lima 69

VULNERABILIDADE NO AMBIENTE FAMILIAR: A SIMBIÓTICA LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) E O ALARGAMENTO DA SUA PROTEÇÃO

Andréia Fernandes de Almeida Rangel 83

VULNERABILIDADE DA MULHER, AUTONOMIA PRIVADA E O EXERCÍCIO DE DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS

Fabiana Rodrigues Barletta e Carolina Silvino de Sá Palmeira 97

DIVERSIDADE DE GÊNERO E VULNERABILIDADE: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIOLOGICOS DO ESTUPRO NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Kelly Cristine Baião Sampaio e Ingrid Januzzi Ferreira Gomes 111

CORPOS DISSIDENTES DE UM MUNDO DIVIDIDO EM AZUL E ROSA: UM OLHAR SOBRE O SEXO BIOLÓGICO E A PERFORMATIVIDADE DE GÊNERO NA CONSTRUÇÃO DA VULNERABILIDADE DE PESSOAS TRANS, NÃO BINÁRIES E INTERSEXO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto e Carlos Henrique Félix Dantas 125

**EIXO III
VULNERABILIDADES, ENVELHECIMENTO E DEFICIÊNCIAS**

AS VULNERABILIDADES DA PESSOA IDOSA COM DEFICIÊNCIA: POR UMA ÉTICA DO CUIDADO EMPÁTICA E RESPONSÁVEL

Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Gustavo Cardoso Silva 145

O MODELO DE INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Daniela Silva Fontoura de Barcellos e Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo 157

A DE GÊNERO		
COMPARTILHADA EN-		
R DE CONTEXTOS DE		
A JULGAMENTO COM		
reira Lima	69	
SIMBIÓTICA LEI MA-		
O DA SUA PROTEÇÃO		
.....	83	
PRIVADA E O EXERCÍ-		
neira	97	
DE: ASPECTOS JURÍ-		
IEDADE BRASILEIRA		
omes.....	111	
O EM AZUL E ROSA:		
PERFORMATIVIDADE		
ILIDADE DE PESSOAS		
ES PRIVADAS		
e Félix Dantas.....	125	
E DEFICIÊNCIAS		
M DEFICIÊNCIA: POR		
ÁVEL		
.....	145	
ÃO INTERNACIONAL		
ÊNCIA NO DIREITO		
Borges de Macedo.....	157	
REVISÃO GERAL DO REGIME DAS INCAPACIDADES POR MEIO DO PA-		
RADIGMA DA VULNERABILIDADE: CONCRETIZANDO O PRINCÍPIO DA		
IGUALDADE		
Daniela Corrêa Jacques Brauner	173	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS		
CURADORES APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO		
Raquel Bellini de Oliveira Salles.....	185	
DA AUTODETERMINAÇÃO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS: IMPACTOS		
DO NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES SOBRE A PRESCRIÇÃO		
Rachel Saab.....	201	
A IMPORTÂNCIA DA REDUÇÃO DAS BARREIRAS SOCIAIS PARA A AU-		
TONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS INTELECTUAIS		
Joanna Dhália e Marcos Ehrhardt Júnior	215	
A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO AGENTE FACILITADOR DA ELI-		
MINAÇÃO DA VULNERABILIDADE DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA		
Flávia Albaine Farias da Costa	225	
EIXO IV		
VULNERABILIDADES E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR		
NOVOS CONTORNOS DA VULNERABILIDADE NO DIREITO DO CON-		
SUMIDOR		
Marcelo Junqueira Calixto	243	
VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E DEVER DE RENEGOCIAR		
Anderson Schreiber e Rafael Mansur	253	
A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO ASSÉDIO DE CONSUMO:		
A PROBLEMÁTICA DAS CHAMADAS ROBOTIZADAS		
Fernanda Nunes Barbosa e Henrique Rodrigues Meireles Matos	263	
A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUmen-		
TO DE PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: O EXEMPLO DO CRÉDITO		
CONSIGNADO E DO CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO		
Cíntia Muniz de Souza Konder	275	

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM MEIO DIGITAL – EQUIVALENCIA DE PROTEÇÃO E VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE Guilherme Mucelin e Guilherme Domingos Wodtke.....	287
VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DE PLANOS DE SAÚDE Maria Stella Gregori.....	303
VULNERABILIDADE INFORMATACIONAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ATUAIS: A ESSENCIALIDADE DO BEM INFORMAR Renata Pozzi Kretzmann	317
OS NECESSITADOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA COLETIVA VIA DEFENSORIA PÚBLICA: A AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS POR MEIO DO CONCEITO DE COLETIVIDADE CONSUMIDORA Fabiana Rodrigues Barletta e Maurilio Casas Maia.....	333
AVANÇOS DA ATUAÇÃO DOS NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO NAS SITUAÇÕES DE SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR Káren Rick Danilevicz Bertoncello	351
VULNERABILIDADES E GERAÇÃO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS: PERSPECTIVAS DO DIREITO AO REPARO Flavia Zangerolame e Pedro Gueiros.....	367
A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA Robson Martins	381
ENSAIO PARA UMA TEORIA GERAL DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: PREMISSAS ENTRE A VULNERABILIDADE DIGITAL E TECNOLÓGICA Vitor Hugo do Amaral Ferreira	393
ASSÉDIO DE CONSUMO E VULNERABILIDADE: A CONTRIBUIÇÃO DA LEI 14.181/2021 PARA A SANÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO EM ASSÉDIO PELO ART. 46 DO CDC Claudia Lima Marques.....	409

		EIXO V VULNERABILIDADES DAS PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO
EQUIVALENCIA DIGITAL – EQUIVALENCIA INSUFICIENTE	287	A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PROPOSTAS DE TRATAMENTO JURÍDICO Elisa Cruz 429
NOS DE SAÚDE	303	A CRIANÇA CONSUMIDORA SOB A PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: VULNERABILIDADE E PROTEÇÃO Lúcia Souza D'Aquino, Rodrigo Versiani e João Victor Ferreira Ximenes 439
LAÇÕES DE CONSUMO	317	A VULNERABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO Flávio Bellini de Oliveira Salles e Matheus Prestes Tavares Duarte 451
UTELA COLETIVA VIA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS DE CONSUMIDORA	333	A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO VULNERÁVEIS: AS CONTRATAÇÕES CELEBRADAS PESSOALMENTE POR CRIANÇAS, ADOLESCENTES E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA Luciano Campos de Albuquerque 463
EDIAÇÃO NAS SITUAÇÕES IDOR	351	
ELETÔNICOS: PERS- SONALIZAÇÃO	367	EIXO VI VULNERABILIDADES NAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS
BSOLESCÊNCIA PRO- TECIDA	381	VULNERABILIDADE DO CONTRATANTE ENTRE O MERCADO E O ESTADO SOCIAL Paulo Lôbo 479
BILIDADE NAS RELAÇÕES VULNERABILIDADE DIGI- TAL	393	CAMINHOS ALTERNATIVOS PARA A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS VÍCIOS DO CONSENTIMENTO Flávio Henrique Silva Ferreira 493
CONTRIBUIÇÃO DA DA CONTRATAÇÃO	409	O FAVORECIMENTO DO DEVEDOR VULNERÁVEL Gustavo Henrique Baptista Andrade 515
		ASSIMETRIA DE PODER NEGOCIAL NA CONTRATAÇÃO POR ADESÃO Deborah Pereira Pinto dos Santos 529
		NOTAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENTRE PARTICULARES Thiago Junqueira 547

A VULNERABILIDADE DO LOCATÁRIO NA LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO	
Thiago Ferreira Cardoso Neves.....	561
TITULARIDADE E CONTROLE DAS PATENTES NA SEARA DA SAÚDE	
Pedro Marcos Nunes Barbosa.....	577
USUCAPIÃO FAMILIAR, COMPOSSE E CONDOMÍNIO: UM COTEJO INDISPENSÁVEL	
Roberta Mauro Medina Maia	587
O TRUST COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO ÀS PESSOAS VULNERÁVEIS	
Milena Donato Oliva.....	603
EIXO VII	
VULNERABILIDADE DIGITAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	
VULNERABILIDADE DIGITAL E RESPONSABILIDADE	
Nelson Rosenvald e José Luiz de Moura Faleiros Júnior	621
DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/2018)	
Caitlin Mulholland	645
PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS DE PESSOAS LGBTI+: PERSPECTIVAS SOBRE PERSONALIDADE, VULNERABILIDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO	
Ramon Silva Costa	659
EIXO VIII	
VULNERABILIDADES NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REPERCUSSÕES SOBRE A LEGÍTIMA	
A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE A MONOPARENTALIDADE FEMININA E VULNERABILIDADE	
Fabíola Albuquerque Lobo.....	675
VULNERABILIDADE, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA	
Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Amanda Guedes Ferreira	685

OCADAÇÃO DE IMÓVEL		
	561	
A SEARA DA SAÚDE		
	577	
ÍNIO: UM COTEJO IN-		
	587	
AS PESSOAS VULNERÁVEIS		
	603	
E DADOS PESSOAIS		
ADE		
	621	
DIREITOS FUNDAMEN-		
ROTEÇÃO DE DADOS		
	645	
GBTI+: PERSPECTIVAS		
NÃO DISCRIMINAÇÃO		
	659	
FAMILIARES		
GÍTIMA		
TALIDADE FEMININA		
	675	
E REPRODUÇÃO AS-		
es Ferreira		
	685	
FILIAÇÃO E MULTIPARENTALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASI-		
LEIRO: RESSIGNIFICAÇÃO A PARTIR DA AFETIVIDADE		
Ricardo Calderón		705
VULNERABILIDADES PELA POLIGAMIA: UM ESTUDO A PARTIR DO		
PLURALISMO E DAS PRÁTICAS ENTRE INDÍGENAS E “TRISAIS”		
Igor Alves Pinto e Bruno Henrique da Silva Chaves		719
A LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA NECESSÁRIA REVISÃO		
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Mário Gamaliel Guazzeli de Freitas....		733
LEGÍTIMA, LIBERDADE TESTAMENTÁRIA E VULNERABILIDADES		
Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor Almeida.....		745

LEGÍTIMA, LIBERDADE TESTAMENTÁRIA E VULNERABILIDADES¹

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Vitor Almeida

Sumário: 1. A construção do direito civil brasileiro: discussões, objetivos e valores. Breve apresentação – 2. O direito das sucessões no código civil de 2002: fundamentos e diretrizes – 3. A função da legítima e sua revisitação à luz da vulnerabilidade – 4. Considerações finais.

"La fortune est immobile comme le foyer et tombeau auxquels elle est attachée: c'est l'homme qui passe"

Fustel de Coulanges

1. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: DISCUSSÕES, OBJETIVOS E VALORES. BREVE APRESENTAÇÃO

O primeiro Código Civil brasileiro consolidou a aliança que há muito se vinha estabelecendo entre propriedade e família, sobretudo por força da supremacia de interesses políticos e econômicos das elites da época (século XIX), situadas entre o comércio e a produção agrária.

A tão esperada criação de um Código Civil deu-se de forma lenta, totalizando noventa e quatro anos, algo um tanto paradoxal se for considerada a primeira promessa, feita em 1823, que elegia o código como uma das prioridades do novo país.² Para comprovar o afirmado, o art. 179, n. XVIII, da Constituição de 1824, já determinava a criação de um Código Civil.³

Parte-se do pressuposto da vigência das Ordенаções Filipinas (de 1603) no território colonial, com auxílio posterior da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. O objetivo desta última era apresentar novos critérios de interpretação e integração das lacunas normativas,⁴ o que garantiu longevidade às Ordenações após a independên-

1. Texto adaptado do original publicado na *Revista de Ciências Jurídicas – Pensar*, disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11484>.
2. GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. 3. ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 32-33.
3. BRASIL. Constituição de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição24.htm. Acesso em: 09 abr. 2022.
4. FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gislene (Org.). *História e direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

cia (Lei de 20 de outubro de 1823), até que se organizasse o Código ou a matéria civil fosse especialmente alterada. A partir de 1822, leis esparsas foram criadas para regular algumas relações privadas, fazendo com que a cultura jurídica brasileira começasse, ainda que de maneira bastante lenta e peculiar, a adotar um perfil próprio e adequado às necessidades e valores internos.

Em termos mais amplos, a implantação do império no Brasil não significou uma mudança estrutural, pois a classe política permanecia constituída por famílias detentoras de grandes propriedades territoriais e, portanto, acostumadas ao monopólio de mando.⁵ Assim, enquanto na antiga metrópole já se apresentavam ideias vinculadas ao pensamento liberal (o Código Civil português foi promulgado em 1867), no Brasil, a velha legislação foi adaptada aos costumes nacionais e aos interesses da elite agrária, ao mesmo tempo em que as leis genuinamente brasileiras eram fruto de uma mediação dos interesses das elites. Em que pese a Constituição de 1824 tenha apresentado um perfil bastante liberal, a garantir, por exemplo, a plenitude do direito de propriedade, até 1888 foi mantida a escravidão africana, aqui implantada pelos portugueses.

Quando das discussões para a elaboração do código, era perceptível que a elite letreada representava e defendia os interesses de uma sociedade baseada em alianças entre os fazendeiros (interessados na exportação de matérias-primas) e os comerciantes (que importavam produtos para o comércio interno). O tratamento jurídico de institutos como a propriedade, a família e a herança incorporaram os valores da classe senhorial que, por óbvio, não alcançava a grande massa da população, que permanecia alheia ao processo produtivo.⁶ Mesmo entre as elites agrárias e mercantis não havia um consenso amplo, eis que fazendeiros e burguesia de imediato possuíam interesses coincidentes, mas cada classe, no fundo, se aproveitava de estruturas próprias cuja manutenção se baseava em ideologias diversas. A demonstrar tal fato, é possível afirmar que o liberalismo agradava à burguesia, mas não aos fazendeiros escravocratas e, assim, o Código Civil se mostrou como resultante de um esquema de concessões/ganhos entre essas classes.⁷

A falta de consenso sobre alguns temas, tais como a escravidão, a subjetividade dos escravos, o impacto e a possível assimilação de posturas adotadas na Europa e as discussões sobre a unificação do direito privado, contribuíram para a demora na finalização de nossa “constituição do direito privado”, termo atribuído ao código civil por ser legislação que deveria tratar de todos os assuntos pertinentes ao sujeito de direitos em suas relações privadas.⁸

5. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.

6. Idem, *ibidem*, p. 22.

7. FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: NEDER, Gizlene (Org.). *História e direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 123.

8. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

se o Código ou a matéria civil
nas foram criadas para regular
jurídica brasileira começasse,
um perfil próprio e adequado

no Brasil não significou uma
constituida por famílias deten-
costumadas ao monopólio de
entavam ideias vinculadas ao
ulgado em 1867), no Brasil, a
interesses da elite agrária, ao
fruto de uma mediação dos
tenha apresentado um perfil
eito de propriedade, até 1888
português.

, era perceptível que a elite
de baseada em alianças entre
(mas) e os comerciantes (que
mento jurídico de institutos
s valores da classe senhorial
, que permanecia alheia ao
ntis não havia um consenso
am interesses coincidentes,
rias cuja manutenção se ba-
el afirmar que o liberalismo
as e, assim, o Código Civil
ganhos entre essas classes.⁷
escravidão, a subjetividade
as adotadas na Europa e as
am para a demora na finan-
ribuído ao código civil por
entes ao sujeito de direitos

. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,

odificação civil no século XIX. In:
linearidade. Rio de Janeiro: Editora

o do direito civil. Temas de direito

O modelo proprietário adotado baseou-se em poderes exclusivistas, cujo respeito se impôs a todos da sociedade, haja vista sua natureza de direito absoluto. Afigurava-se ainda como modelo abstrato, de modo a compatibilizar-se com a igualdade formal e a liberdade de seus titulares, que atuavam sob a regência de situações jurídicas formais predeterminadas, tais como o contratante, o proprietário e o chefe de família, alheios a quaisquer circunstâncias ou detalhes de natureza pessoal.

Importância central foi conferida às famílias proprietárias, reduto da esfera privada onde se apresentava a manifestação do poder masculino, sempre com o apoio de uma legislação que desconsiderava as mulheres e outros integrantes do grupo, por exemplo, as crianças. A relevância social, política e econômica da família deveria ser sustentada por casamentos endogâmicos ou com parceiros comerciais do marido/pai e já no Brasil colonial essa realidade se fez presente, tendo persistido até o fim do século XIX e início do século XX.⁹ Nesse contexto, tornava-se de extrema seriedade o tratamento jurídico da sucessão hereditária como forma de transmissão patrimonial, com o objetivo de se estabelecer a menor dissipaçao possível dos bens familiares após a morte de seus integrantes.

2. O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES

O direito sucessório brasileiro atual tem enfrentado tormentosos debates, especialmente no que concerne à excessiva rigidez da sucessão legítima e a limitação da liberdade de testar. Não obstante a atualização feita às vésperas de sua aprovação, para sua compatibilização com a então ordem jurídica instaurada a partir da Constituição da República de 1988,¹⁰ o Código Civil deu tratamento sucessório diferenciado às famílias não constituídas pelo casamento, situação que perdurou por mais de uma década, em clara diferenciação desarrazoadas em relação às uniões estáveis. Somente por ocasião do julgamento do RE 878694, o Supremo Tribunal Federal equiparou os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável, inclusive as homoafetivas.

A rigor, a disciplina da sucessão *causa mortis* no direito brasileiro manteve-se atrasada em relação às profundas transformações no âmbito do direito das famílias, especialmente no que concerne ao reconhecimento de novas entidades familiares, com arranjos plurais e fluidos nem sempre captados pelo legislador, mas com forte repercussão sucessória, tais como as famílias recompostas e, por conseguinte, a filiação híbrida. Observa-se, assim, que o Código Civil de 2002 manteve uma tutela sucessória engessada em face das múltiplas formas familiares, além de extremamente atada a uma visão *patrimonializada* da família, voltada ainda à sua compreensão como unidade produtiva e de preservação dos bens no interior da linhagem de parentesco, em clara distanciamento dos valores albergados pela Constituição de 1988.

9. KUZNESOF, Elizabeth Anne. A família na sociedade brasileira: parentesco, clientelismo e estrutura social (São Paulo, 1700-1980). *Revista brasileira de história*, n. 17, v. 09, p. 45 e 55. São Paulo: Anpuh, set./88-fev./89.

10. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 8, v. 29, jan./mar., 2007.

Ademais, a Lei Civil vigente reforçou ainda mais a sucessão legítima, com a ampliação do rol de herdeiros necessários, incluindo o cônjuge e o companheiro, notadamente em razão de serem ainda considerados herdeiros concorrentes com os demais, nos termos do art. 1.829, I e II. Sem dúvida, a inclusão do cônjuge/companheiro como herdeiro necessário e a concorrência sucessória¹¹ têm desencadeado discussão relevante sobre as restrições à liberdade de testar, sobretudo em razão dos muros aparentemente intocáveis da legítima, que encerra severa limitação à autonomia privada sem fundamento que o ampare no atual desenho constitucional.

Entretanto, por outro lado, manteve a supletividade da sucessão legítima (art. 1.788, CC/02) e a repetição de mais de uma centena de dispositivos destinados à sucessão testamentária (arts. 1.886 a 1.990), com institutos que se encontram em desuso, a exemplo do fideicomisso. Tal cenário revela uma tentativa do legislador em equilibrar a liberdade do testador, como consectário da autonomia privada, e o interesse social em amparar os integrantes da família por meio da sucessão legítima, ancorada na solidariedade familiar. Despiciendo afirmar, portanto, que o caráter supletivo da sucessão legítima não corresponde à realidade das sucessões abertas em nosso país e talvez nem mais resista à uma análise sistemática das normas que regem o direito sucessório com a proeminência garantida à sucessão *ab intestato*.

Os próprios fundamentos que justificam a transmissão da propriedade a título *causa mortis* são revisitados com o intuito de compreender sua manutenção na contemporaneidade,¹² eis que com a reconfiguração da instituição familiar em sua função e composições, e a fluidez da dinâmica do tráfego negocial – suas justificativas pretéritas – não mais parecem persistir. Há ainda que assinalar que o direito de propriedade se apresenta como uma das principais garantias para a manutenção e defesa do direito sucessório, embora se reconheça o perfil burguês e individualista presente na codificação, e que, por conseguinte, não passa incólume de críticas a partir de uma leitura constitucional dos seus fins.¹³ Inevitável concluir que propriedade e família são os pilares centrais que sustentam a sucessão hereditária, do que deriva a repercussão imediata de suas transformações, “tornando inevitável a necessidade de revisão do fenômeno sucessório, que deve atender a uma propriedade funcionalizada e complexa nos seus variados conteúdos e a uma família que tem como centro de tutela a pessoa de cada um de seus membros”¹⁴

Em que pese tal discussão, o direito à herança é assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXX), que se apresenta como um direito individual que integra o rol

11. O legislador civil de 2002 introduziu na ordem de vocação hereditária o direito do cônjuge sobrevivente de concorrer com os descendentes exclusivos ou comuns, a depender do regime de bens escolhido, ou com os ascendentes do falecido.

12. CATALAN, Marcos Jorge. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 44, p. 137-138, 2011.

13. Idem, ibidem, p. 138-139.

14. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Função Promocional do Testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

cessão legítima, com a ampliação do companheiro, notadamente entre os demais, nos termos do companheiro como herdeiro da discussão relevante sobre as horas aparentemente intocáveis levada sem fundamento que o

le da sucessão legítima (art. 1.820), positivos destinados à sucessão e se encontram em desuso, a ação do legislador em equilibrar a privada, e o interesse social da legítima, ancorada na solidariedade supletivo da sucessão, em nosso país e talvez nem em o direito sucessório com

cessão da propriedade a título de entender sua manutenção na instituição familiar em sua aspecto negocial – suas justificativas sinalar que o direito de propriedade para a manutenção e defesa é individualista presente e de críticas a partir de uma visão de propriedade e família são o que deriva a repercussão necessidade de revisão do sistema funcionalizada e complexa no centro de tutela a pessoa

urado pela Constituição da individual que integra o rol

o direito do cônjuge sobrevivente de regime de bens escolhido, ou com as flexões a partir da realidade brasileira.

Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

dos direitos e garantias fundamentais, que se exerce nos termos da lei infraconstitucional, no caso o Código Civil.¹⁵

A garantia fundamental do direito à herança apenas foi prevista expressamente na Constituição de 1988, não tendo referência semelhante em Constituições anteriores. Paulo Lôbo leciona que o “direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. [...] Antes da morte, há mera expectativa de direito”.¹⁶ No entanto, não há consenso em relação ao sentido e ao alcance do enunciado constitucional, eis que, para alguns, serve como vedação à apropriação pelo Estado dos bens do falecido, enquanto para outros, atua como garantia dos herdeiros que a lei indica como reservatários.

Assim, a primeira doutrina alerta que o objetivo dessa garantia é “impedir que a sucessão *mortis causa* seja suprimida do ordenamento jurídico, com a consequente apropriação pelo Estado dos bens do indivíduo, após a sua morte”.¹⁷ Nessa linha, os bens integrantes da herança deverão ser transmitidos aos sucessores do falecido, segundo as prescrições da lei civil, e somente diante da ausência de herdeiros legais e testamentários caberão ao ente público na qualidade de herança vacante (art. 1.820, CC/02).

Por outro lado, há quem sustente que embora a Constituição não defina quem seja herdeiro, o legislador infraconstitucional está “limitado ao fim social da norma [...], que é a proteção das pessoas naturais que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco”.¹⁸ Os demais herdeiros, nessa linha de raciocínio, teriam tutela “restritivamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros”.

Em verdade, tal garantia constitucional constitui uma “limitação à autonomia do titular de bens, que deles pode dispor em vida ou *mortis causa* (por meio de testamento), desde que respeite o direito à herança, vale dizer, a parte que a lei reserva para os herdeiros que indica”. Heloisa Helena Barboza afirma que o art. 5º, XXX atua como “fundamento constitucional do direito à legítima, [...] a qual deve ser preservada para os sucessores indicados na lei, considerados herdeiros necessários e a quem pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que constituem a legítima (art. 1.846, CC)”.¹⁹

Defato, nada obsta a compreensão atual de que a Constituição ao garantir o direito à herança tenha não somente o intento de vedar a aquisição de bens pelo Estado, mas também tenha por objetivo impor que parcela do patrimônio deixado pelo falecido,

-
- 15. Cabe mencionar que a Constituição de 1988 também traz antiga norma de direito internacional em matéria de sucessões: “Art. 5º, XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do ‘de cujus’”.
 - 16. LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.
 - 17. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Função Promocional do Testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 08.
 - 18. LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 39.
 - 19. BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Barboza-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019, p. 21.

por lei, tenha como destinatários determinados integrantes da família. No entanto, não parece consentâneo com os valores albergados na Constituição que tal rol contemple de forma abstrata os herdeiros a partir dos vínculos formados por parentesco ou uniões conjugais, sem se ater concretamente aos sucessores e suas vulnerabilidades. Por isso, reduzir a legítima a determinados herdeiros considerados vulneráveis não afrontaria o aludido dispositivo constitucional. Além do mais, o Supremo Tribunal Federal ao analisar Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.715 MC/DF, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, já se manifestou no sentido de que a "Constituição garante o direito de herança, mas a forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado".

O legislador manteve a tradição do Direito brasileiro, ao optar por proteger a legítima, na qual convivem a sucessão por lei e a que se dá por disposição de última vontade (art. 1.786, CC). Há, assim, liberdade de dispor limitada (arts. 1845 e 1846), na medida em que não se pode, a qualquer título, atingir a parte da legítima, que é intangível nos atuais moldes legais. Por tal motivo, é válida a dispensa de colação, desde que as liberalidades se contenham no âmbito da parte disponível do doador (art. 2005, CC).

Uma das críticas que o direito sucessório tem sofrido nos últimos tempos recai sobre a sua neutralidade, na medida em que a transição percebida no direito civil contemporâneo de centralizar a pessoa concretamente considerada, em sua nudez existencial, e não mais o sujeito abstrato, virtual, não parece ter alcançado em especial o direito sucessório, que permanece com o foco voltado para a transmissão em si dos bens do falecido e a presunção da solidariedade familiar a partir da ordem de vocação hereditária estabelecida por lei.²⁰ Um sistema sucessório que aparenta segurança jurídica e estabilidade, mas que, no fundo, desconsidera valores fundamentais do nosso ordenamento jurídico, além da própria vontade do testador. O direito brasileiro contemporâneo, na linha da tábua axiológica fundada na dignidade humana, não mais tutela a família ensimesmada, mas a pessoa concretamente considerada.

Nessa direção, é preciso analisar o fenômeno sucessório como instrumento não só de transmissão de bens do falecido com o fito de manutenção do patrimônio no interior da estirpe familiar, mas também como vetor de promoção dos interesses merecedores de tutela do titular dos bens, e proteção dos familiares vulneráveis que, por força da efetiva solidariedade social, devem ser amparados. Com isso, o direito sucessório contemporâneo atravessa especial momento para redimensionar os limites da própria autonomia testamentária, não somente em perspectiva quantitativa, mas igualmente qualitativa, que procure funcionalizar a liberdade de testar com os valores do ordenamento,²¹ o que de forma acanhada o legislador civil de 2002 já o fez com a necessidade de demonstrar a justa causa para clausular restritivamente os bens da legítima (art. 1848). A partir dessas premissas, indispensável revisitá-la função da legítima de modo a encontrar sua real vocação no contexto da atual legalidade constitucional.

20. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 08, p. 23.

21. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 330.

3. A FUNÇÃO DA LEGÍTIMA E SUA REVISITAÇÃO À LUZ DA VULNERABILIDADE

Os atuais valores informativos da família, insculpidos pelo constituinte, e a fluidez e celeridade da dinâmica do tráfego patrimonial têm provocado severas transformações do fenômeno sucessório. Fortemente apegado ao conservadorismo da instituição familiar e ao formalismo para a transmissão da propriedade *post mortem*, o direito das sucessões, nos termos codificados, não mais atende aos reclamos contemporâneos de agilidade na sucessão do patrimônio e maior autonomia na disposição dos bens.

Pilar central do direito sucessório, a chamada *legítima*, também denominada de *reserva* ou *reserva legal*, consiste na parte da herança que o testador não pode dispor, eis que a lei reserva tal porção aos chamados herdeiros necessários de forma intangível. A teor do artigo 1.845 do CC, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A doutrina aponta que a escolha feita pelo legislador vai “desde a vontade presumida do autor da herança até o controle indireto do direito de propriedade”.²²

Diante desse panorama, eclodem duas premissas fundamentais na análise do itinerário interpretativo percorrido no intento de revisitar a legítima: por um lado, a solidariedade intrafamiliar e, por outro, a autonomia privada dos titulares de bens em dispor da maneira que lhes convém seu patrimônio após a morte. Um duelo de envergadura constitucional que nem sempre é fácil de ponderar em sede normativa por descortinar um direito sucessório neutro e distante dos valores constitucionais. Diante disso, indispensável revisitar a função e os limites da legítima no direito brasileiro.

Importante notar que, a intocabilidade da parte legítima ou indisponível, reservando ao testador apenas a parte disponível, inverte a primazia legal da sucessão testamentária, conferindo-lhe papel secundário, e, por conseguinte, eleva a sucessão legítima ao foco das discussões. Tradicionalmente, afirma-se que a sucessão legítima se fundamenta na “vontade presumida do defunto” com base nos seus vínculos familiares,²³ ancorando-se “nos vínculos de sangue, que fazem presumir qual seria a vontade do *de cuius*, se tivesse disposto de seus bens, pela afeição (sic) e amor que se supõe (sic) existirem entre ele (sic) e seus conjunctos (sic), e em que se funda a vontade de beneficiar”.²⁴ Constata-se, portanto, que a sucessão legítima é amparada nos laços familiares, com nítido intuito de conservar o patrimônio dentro dessa unidade.

A definição das pessoas indicadas na ordem de vocação hereditária e o rol dos herdeiros necessários depende da adequada compreensão da concepção de família, uma vez que as transformações no âmbito familiar impactam diretamente na escolha dos sucessores.

22. BARBOZA, Heloisa Helena. A disciplina jurídica da partilha em vida: validade e efeitos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Barboza-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2019, p. 21.

23. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, 1. v., p. 152-153.

24. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 5 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 405.

Ana Luiza Maia Nevares defende que “é preciso que as regras da sucessão legal observem a pessoa do sucessor, em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas e posições sociais, não havendo discriminação quanto à entidade familiar à qual pertence o chamado à sucessão”, de modo a realizar plenamente a solidariedade constitucional no campo do direito sucessório.²⁵

Inquestionável que, em tempos mais recentes, os nobres objetivos da legítima tem sido severamente questionados. A lei sucessória não oferece solução satisfatória para muitas das situações familiares-patrimoniais hoje existentes, e sua observância, em alguns casos, pode gerar injustiças e mesmo desamparo para algumas pessoas. O testamento não mais atende, por si só, a vontade do testador, em virtude dos requisitos de forma e restrições de conteúdo que lhe são impostas, apesar da ampliação expressa para abranger fins não patrimoniais (art. 1.857, § 2º, CC/02). Mas, a rigor, a sombra da legítima, que restringe a liberdade de testar à quota disponível do patrimônio deixado pelo falecido é constante e imperativa. Diante da multiplicidade de demandas da sociedade atual confrontam-se a vontade do legislador, apegado a fórmulas antigas, e a autonomia privada, que exige cada vez maior respeito e espaço. Com isso, ganha terreno os debates acerca do chamado planejamento sucessório, que consiste num conjunto de instrumentos para o gerenciamento da transmissão do patrimônio, de modo a melhor atender aos interesses de seu titular e seus sucessores,²⁶ mas que esbarra inevitavelmente na intangibilidade da legítima.²⁷

Não é exagero afirmar que o franco debate sobre a autonomia no tocante à plena disponibilidade patrimonial com efeitos sucessórios tem sido preterido sobretudo pelo legislador. Segundo Heloisa Helena Barboza, a “preservação da legítima, nos moldes em que foi configurada em fins do século XIX, é sombra que se ergue e obscurece a análise da questão à luz dos princípios constitucionais, que parecem ser os únicos argumentos capazes de duelar com o tabu da reserva legal”.²⁸

Sem dúvida, os princípios constitucionais parecem hoje não mais amparar e legitimar o instituto da legítima nos moldes estanques e quantitativos como foi erigida no Brasil do início do século passado. Um adequado balanceamento entre a liberdade e a solidariedade no campo sucessório não parece sustentar uma porção de metade da herança para os integrantes da família de acordo com a ordem de vocação hereditária de forma inafastável e sem justificativa razoável para a restrição da autonomia do titular dos bens.

A rigor, a legítima é assegurada como um direito dos herdeiros necessários, independentemente da quantidade de herdeiros enquadrados no rol legalmente previsto.

- 25. NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da Sucessão Legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 662.
- 26. TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- 27. CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais*, v. 4, n. 4, p. 68, Cascavel, PR, 2015.
- 28. BARBOZA, Heloisa Helena. Op. cit., p. 16.

egras da sucessão legal observem ades, interesses, exigências, quais, não havendo discriminação à sucessão", de modo a realizar direito sucessório.²⁵

s nobres objetivos da legítima não oferece solução satisfatória e existentes, e sua observância, amparo para algumas pessoas. O ador, em virtude dos requisitos , apesar da ampliação expressa /02). Mas, a rigor, a sombra da ponível do patrimônio deixado ilicidade de demandas da sonegada a fórmulas antigas, e a spaço. Com isso, ganha terreno que consiste num conjunto de patrimônio, de modo a melhor as que esbarra inevitavelmente

autonomia no tocante à plena sido preterido sobretudo pelo ção da legítima, nos moldes em se ergue e obscurece a análise cem ser os únicos argumentos

je não mais amparar e legitimar os como foi erigida no Brasil do entre a liberdade e a solidariedade de metade da herança para os ereditária de forma inafastável do titular dos bens.

s herdeiros necessários, inde os no rol legalmente previsto.

Cabe destacar que o próprio legislador sinaliza que alguns herdeiros necessários precisam mais da quota recebida pela sucessão legítima do que outros, deixando, por exemplo, uma parte maior da herança ou da porção legítima ao cônjuge (1.832, CC). O direito à legítima é de tal forma assegurado pela lei, que o testador não pode privar os herdeiros necessários, salvo pela deserdação.²⁹ Por conseguinte, duas consequências são constatadas. Em primeiro lugar, o herdeiro necessário não perderá o direito à legítima mesmo se o testador lhe deixar a sua metade disponível. E, em segundo lugar, qualquer disposição ofensiva à legítima é reduzida aos limites da metade disponível.³⁰

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³¹ defende, com propriedade, que "é tempo de rever a proteção obrigatória da legítima e a vedação, trazida por ela, de disposição integral do patrimônio do falecido por meio de testamento", salvo nos casos de herdeiros vulneráveis, a quem o falecido, caso tivesse vivo, teria o dever de prestar alimentos ou de sustentar, de modo a assegurar um patrimônio mínimo e uma vida digna a essas pessoas. As duas linhas principais de argumentos atuais de índole constitucional para a preservação da legítima residiriam na solidariedade familiar e na função social da propriedade, mas ambas são rechaçadas na medida em que nem sempre o parente mais próximo, de fato, teve vínculo afetivo robusto com o finado e apresenta situação de vulnerabilidade a atrair o dever de amparo e sustento, e nem necessariamente o herdeiro reservatório melhor conformará o uso da propriedade aos fins socialmente perseguidos, ou seja, tal análise se dá no efetivo exercício das faculdades proprietárias e não na transmissão forçada do patrimônio para determinadas pessoas previamente indicadas na lei.³²

Desse modo, a legítima não pode ser encarada como um instituto desvinculado dos fins propostos pela Constituição, uma vez que encerra forte restrição à autonomia privada. O fundamento da solidariedade formalmente apontado para definir as pessoas protegidas pela legítima não mais se sustenta diante da necessidade de aferir de maneira efetiva e substancial o imperativo da solidariedade familiar aos vulneráveis. Nesse sentido, a doutrina contemporânea defende o estabelecimento de critérios funcionais para a identificação dos herdeiros necessários, ao invés da abstrata ordem de vocação hereditária estabelecida pelo legislador para proteger as pessoas ali definidas por meio de reserva patrimonial fundada nos graus e classes de parentesco. Anderson Schreiber e Francisco de Assis Viégas afirmam que "diante da inspiração solidarista que deve nortear a funcionalização da legítima, a restrição à disposição dos bens em benefício de pessoas predeterminadas deve encontrar seu fundamento na necessidade econômica de tais pessoas"³³

29. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 5 ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 316.

30. Idem, ibidem.

31. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 499.

32. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 496-499.

33. SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 19, ano 6, p. 240-241, São Paulo: Ed. RT abr./jun. 2019.

Na mesma linha, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas propõem a flexibilização da legítima, nos seus atuais moldes, a partir de uma efetiva e concreta solidariedade em relação à existência de pessoas economicamente vulneráveis, seja dentre os herdeiros legítimos ou mesmo fora desse rol legal. Assim, indispensável verificar a existência de vulnerabilidade econômica, que, em terreno sucessório, se refere às pessoas impossibilitadas de obter sustento próprio, seja em decorrência de idade ou de deficiência, ou seja, toda aquela que não consegue, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade.³⁴ Desse modo, afirmam as autoras que “deve se preferir a autonomia privada exercida solidariamente, afastando-se a transmissão obrigatória de metade da herança apenas por motivo de relações familiares”³⁵ Nessa linha de raciocínio, concluem que “não havendo pessoas em situação de vulnerabilidade econômica dentre os herdeiros legítimos, a autonomia privada, traduzida na liberdade de testar, deve ser a mais ampla possível, afastando-se a patrimonialidade dos vínculos familiares”.³⁶

A doutrina tem proposto que determinados integrantes da família considerados vulneráveis devem ser mantidos como herdeiros necessários numa renovação da legítima à luz da efetiva solidariedade intrafamiliar, “fundada em assistência aos efetivamente necessitados”.³⁷ Nesse quadro, indiscutível que crianças e adolescentes, por força de orientação constitucional (art. 227) e prescrições da Lei 8.069/90,³⁸ exigem da família o dever de amparo e assistência aos infantes, que são pessoas em desenvolvimento e, portanto, merecem tutela prioritária. Além disso, há presunção de dependência econômica dos filhos menores em relação aos pais.³⁹ Os filhos com deficiência devem ser protegidos pela legítima somente nos casos de incapacidade reconhecida pela lei ou de demonstração de dependência econômica. Qualquer entendimento contrário viola as disposições da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015),⁴⁰ que visam a emancipação e inclusão social. Presumir que qualquer pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º do EPD, apresenta necessidade econômica a ponto de atrair a solidariedade familiar para fins da legítima pode incorrer em odiosa discriminação, que desconsidera o modelo social da deficiência hoje adotado.

-
34. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 11, p. 83-84, Belo Horizonte, jan./mar. 2017.
35. Idem, ibidem, p. 91.
36. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 11, p. 91, Belo Horizonte, jan./mar. 2017.
37. SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 242-243.
38. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.
39. SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 243.
40. Também expressamente designada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

enata Marques Lima Dantas es, a partir de uma efetiva e onomicamente vulneráveis, legal. Assim, indispensável em terreno sucessório, se rro, seja em decorrência de segue, por si mesma, asse- a dignidade.³⁴ Desse modo, da exercida solidariamente, ança apenas por motivo de que “não havendo pessoas arlos legítimos, a autonomia mpla possível, afastando-se

es da família considerados ários numa renovação da ada em assistência aos efe- rianças e adolescentes, por da Lei 8.069/90,³⁸ exigem e são pessoas em desenvol- o, há presunção de depen- Os filhos com deficiênci ncapacidade reconhecida Qualquer entendimento da Pessoa com Deficiênci a emancipação e inclusão termos do art. 2º do EPD, riedade familiar para fins considera o modelo social

ireito das sucessões e a proteção dos , p. 83-84, Belo Horizonte, jan./mar.

ireito das sucessões e a proteção dos 11, p. 91, Belo Horizonte, jan./mar.

mília, da comunidade, da sociedade ção dos direitos referentes à vida, à cultura, à dignidade, ao respeito,

(EPD).

As pessoas idosas igualmente merecem proteção especial do legislador constituinte e infraconstitucional (Lei 10.741/2003), que prevê o dever de garantir ao idoso os direitos fundamentais, com especial regra de solidariedade alimentar (art. 12), o que demonstra uma reforçada necessidade em tais casos. Na hipótese de pessoas idosas, a manutenção da legítima tutela tanto a solidariedade quanto a autonomia, eis que a reserva de parcela do patrimônio garante meios de subsistência para realizar suas escolhas e manifestar sua vontade sobre o destino dos bens deixados nos casos em que se constata o direito à herança e não somente o instituto da meação. Assim, se evita o possível controle das escolhas existenciais da pessoa por seus filhos ou enteados, motivados pela dependência material.

Por fim, a questão mais sensível diz respeito ao cônjuge e ao companheiro. Sem dúvida, boa parte das críticas dirigidas à legítima atualmente são fruto da sua inclusão como herdeiro necessário. Desse modo, mantê-los no rol, ainda que presente o critério da dependência econômica, parece não atender aos mais profundos reclamos de uma maior autonomia privada para fins sucessórios. Pelo contrário, acaba por atrair, ainda que por analogia, regra dos alimentos entre ex-cônjuges e companheiros, fundada hoje na transitoriedade, para o fenômeno sucessório, que transmite em definitivo a propriedade após a morte. No caso de cônjuges e companheiros em idade avançada e em situação de vulnerabilidade, a proteção à pessoa idosa, acima referida, já supre tal tutela, uma vez que igualmente se basearia na maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho e na relação de dependência comumente encontrada nessas situações. Nesse sentido, parece mais salutar, de fato, excluir cônjuges jovens e capazes do manto da legítima, mesmo porque o direito de família dispõe de instrumentos para sua proteção por meio da livre escolha do regime de bens, que já garante a meação a depender da opção realizada. Trata-se de conceder plena liberdade para a construção da vida patrimonial em comum a pessoas capazes. A única exceção que deve ser cogitada, reafirme-se, é o cônjuge/companheiro que se torna incapaz ou é pessoa idosa.⁴¹

Como se vê, indiscutível que a doutrina contemporânea tem enfrentado o dogma da intangibilidade da legítima, uma vez que não mais se encontram fundamentos razoáveis para a forte restrição da autonomia privada testamentária com base numa postura paternalista e apegada aos valores familiares oitocentistas de teor patrimonialista e de perpetuação proprietária. A proteção da legítima somente encontra amparo na promoção de uma vida digna de herdeiros economicamente dependentes, vulneráveis dentro da dinâmica familiar e que o princípio da solidariedade duele com a liberdade de testar somente a ponto de restringi-la legitimamente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito sucessório brasileiro manteve-se afastado do movimento personalista operado pelo direito civil contemporâneo, em especial o itinerário percorrido pela metodologia civil-constitucional, que, a um só tempo, centralizou a pessoa humana na

41. SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Op. cit., p. 244.

ordem jurídica, na qualidade de merecedora de proteção especial e unitária, dotada de dignidade que lhe é intrínseca, bem como posicionou as situações existenciais em destaque em relação ao patrimônio, funcionalizando as relações patrimoniais à proeminência do ser. A busca pela pessoa humana concretamente considerada, em meio à teia social envolvida, com suas vulnerabilidades, não alcançou na mesma intensidade das demais áreas do direito civil o campo sucessório, que permaneceu neutro e aparentemente infenso às mutações dos arranjos familiares, notadamente aos valores do cuidado e do afeto, que ressignificaram a tutela das famílias.

A preocupação abstrata da ordem de vocação hereditária por meio da destinação do patrimônio *post-mortem* com base na estática e tradicional estrutura da família reproduz antiga e ultrapassada visão do ambiente familiar como mecanismo de concentração e produção de riquezas, distante da atual compreensão do núcleo familiar como instrumento para a promoção da dignidade dos seus membros. Em direção finalística, as entidades familiares merecem tutela jurídica e especial proteção do Estado na medida em que efetivamente promovem a realização da personalidade de seus componentes.

É paradoxal a ampliação das escolhas nos arranjos familiares em contraposição a hostilidade à autonomia no direito sucessório, insularizado em regras estáticas e arredio à maior liberdade da pessoa em dispor dos seus bens após a morte. A legítima, portanto, se transforma no símbolo da postura paternalista e neutra do direito sucessório, que distante dos valores amalgamados pela Constituição, reserva metade dos bens do falecido para os herdeiros necessários, em severa e desarrazoada restrição à autonomia testamentária. Não se propõe, com isso, a extinção da legítima, mas uma interpretação que a preserve tão somente em benefício de possíveis herdeiros vulneráveis, tais como crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência, por exemplo, que não consigam, por trabalho próprio, suprir suas necessidades de subsistência. A conservação da legítima desprendida de uma análise valorativa calcada no balanceamento entre liberdade individual e solidariedade familiar, em especial da tutela dos vulneráveis, descola-se das transformações do direito das famílias, preservando uma entidade familiar abstrata. Desse modo, a manutenção da legítima se justifica somente no caso de herdeiros economicamente vulneráveis e deferida no percentual de 50% do patrimônio nos termos atualmente em vigor.

Por isso, uma releitura da legítima a partir dos vetores constitucionais, sem prejuízo de uma eventual reforma legislativa, é de todo indispensável na medida em que sua vocação originária não mais se realiza na contemporaneidade, menosprezando a autonomia privada e nem sempre alcançando os mais necessitados, ou seja, os herdeiros vulneráveis. Do modo estático e rígido como se encontra hoje nos moldes legais, a legítima é refratária aos princípios constitucionais, o que impede uma valorização casuística e acaba por criar distorções na sucessão *post mortem*. A partir de tal constatação, imperiosa sua revisitação na busca pela genuína função e correspondente aplicação justa, desapegada de presunções abstratas e voltada à concreta e real necessidade dos herdeiros vulneráveis. O itinerário proposto, portanto, humaniza o gélido e estanque

pecial e unitária, dotada de ações existenciais em destaque patrimoniais à proeminência erada, em meio à teia social ma intensidade das demais u neutro e aparentemente os valores do cuidado e do

ria por meio da destinação iunal estrutura da família como mecanismo de coeção do núcleo familiar us membros. Em direção ca e especial proteção do ação da personalidade de

iliares em contraposição a m regras estáticas e arredio rante. A legítima, portanto, do direito sucessório, que va metade dos bens do fa ada restrição à autonomia a, mas uma interpretação rolos vulneráveis, tais como olo, que não consigam, por A conservação da legítima mento entre liberdade in ulneráveis, descola-se das ntidade familiar abstrata. no caso de herdeiros eco o patrimônio nos termos

constitucionais, sem pre nsável na medida em que eidade, menosprezando a citados, ou seja, os herdei hoje nos moldes legais, a pede uma valoração casu partir de tal constatação, orrespondente aplicação ta e real necessidade dos aniza o gálico e estanque

direito sucessório e defende a vocação da legítima como instrumento de proteção e promoção dos interesses dos sucessores em situação de vulnerabilidade. Diante desse cenário, afigura-se relevante a manutenção da legítima em nosso ordenamento desde que voltada para a proteção de herdeiros vulneráveis, o que concretiza o princípio da solidariedade familiar e permite a restrição à autonomia do testador em termos compatíveis com o ordenamento civil-constitucional brasileiro.