

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Arthur Rocha de Barros

**ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Florianópolis

2021

Arthur Rocha de Barros

**ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Renata Raupp Gomes.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Barros, Arthur Rocha de
Análise sobre a (in)constitucionalidade do artigo
1.641, II, do Código Civil Brasileiro / Arthur Rocha de
Barros ; orientador, Renata Raupp Gomes, 2021.
68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. I. Gomes, Renata Raupp. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Arthur Rocha de Barros

**ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

Florianópolis, 14 de maio de 2021.

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Renata Raupp Gomes
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Cristina Mendes Bertocini Corrêa
Avaliadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Jorge Nunes da Rosa Filho
Avaliador
Universidade Federal de Santa Catarina

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Análise sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Arthur Rocha de Barros**, defendido em **14/05/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (DEZ)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de Maio de 2021



Documento assinado digitalmente

Renata Raupp Gomes

Data: 17/05/2021 14:02:20-0300

CPF: 780.859.269-20

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Renata Raupp Gomes
Professora Orientadora



Documento assinado digitalmente

Cristina Mendes Bertoncini Correa

Data: 15/05/2021 10:38:46-0300

CPF: 021.437.739-35

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Cristina Mendes Bertoncini Corrêa
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

JORGE NUNES DA ROSA FILHO

Data: 17/05/2021 11:41:02-0300

CPF: 006.956.469-82

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Jorge Nunes da Rosa Filho
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Arthur Rocha de Barros

RG: 5.228.878

CPF: 076.274.009-45

Matrícula: 16104630

Título do TCC: “Análise sobre a (in)constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro”

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Renata Raupp Gomes

Eu, Arthur Rocha de Barros, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 14 de Maio de 2021.



Documento assinado digitalmente

Arthur Rocha de Barros

Data: 14/05/2021 16:30:06-0300

CPF: 076.274.009-45

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

ARTHUR ROCHA DE BARROS

À Dona Tereza Pizzolo Rocha, a típica “italiana grossa”, como referia-se a si mesma. Com quem mais aprendi a arte de ouvir e respeitar os que estão nessa vida há mais tempo. A saudade do seu abraço acalentador será eterna, assim como o meu amor.

AGRADECIMENTOS

O primeiro e maior dos obrigados é destinado aos meus pais, que nunca mediram esforços para me ver feliz e proporcionar os insumos para que eu alcance as metas a que me predisponho. Além disso, e talvez o mais importante, nunca me deram motivos para duvidar do quanto me amam. É recíproco.

Agradeço também aos meus amigos, que sabem quem são e me deram forças e ânimo para acreditar que eu poderia escrever esse trabalho com qualidade e em tempo hábil no meio de uma pandemia mundial. A minha sanidade mental estaria muito mais abalada se não fosse por eles.

À Universidade Federal de Santa Catarina e seus colaboradores que contribuíram para que os últimos cinco anos fossem recheados de novas descobertas e aprendizados. Em especial aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e à turma 2016.1 Noturno que, muito além do conhecimento jurídico, me proporcionaram boas memórias.

Um obrigado especial à minha orientadora, Profa. Dra. Renata Raupp Gomes, que, mais que me auxiliar nesse trabalho, foi responsável por lecionar as minhas aulas preferidas na graduação, sempre com maestria e entusiasmo.

A todos, meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de analisar a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código de Processo Civil Brasileiro. O problema da pesquisa é debater se a imposição do regime de separação de bens às pessoas com setenta anos ou mais está de acordo com o texto constitucional. Para responder essa pergunta, a hipótese levantada foi que essa obrigatoriedade infringe princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. O objetivo geral do trabalho foi debater as causas que tornam a imposição do regime de separação de bens aos nubentes com setenta anos ou mais inconstitucional, além de traçar um panorama histórico-legal a fim de demonstrar o não cabimento dessa obrigatoriedade no ordenamento atual. Nesse sentido, o primeiro capítulo dedicou-se à análise do instituto do casamento e do regime de bens no sistema normativo e na sociedade brasileira, bem como à apresentação do regime da separação obrigatória de bens. O segundo capítulo, por sua vez, adentrou nos aspectos específicos que tornam o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil inconstitucional. Enfim, com a análise do capítulo terceiro pode-se verificar na atuação jurisprudencial que a imposição desse regime ao casamento dos indivíduos septuagenários vem tendo a seu conteúdo contestado. Os principais marcos teóricos utilizados no trabalho foram Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo, Nelson Roselvald, Cristiano Chaves de Farias, Silvio de Salvo Venosa, Luís Roberto Barroso e José Joaquim Gomes Canotilho. Ao final a hipótese foi confirmada, no sentido de que o artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro possui conteúdo inconstitucional. A pesquisa tem relevância aos debates contemporâneos uma vez que textos infraconstitucionais não podem estar em discordância com a Carta Magna do ordenamento jurídico. Além disso, a expectativa de vida do brasileiro aumentou exponencialmente nos últimos anos e casamentos em que pelo menos um dos nubentes tem mais de setenta anos são cada vez mais uma realidade na sociedade.

Palavras-chave: Regime de Bens. Separação Obrigatória de Bens. Direito Constitucional. Direito de Família.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the debate about the constitutionality of the article 1.641, II, of the Brazilian Civil Code. The problem of the research is debating whether the imposition of the separation of property regime on people aged seventy years old or more is in accordance with the constitutional text. To answer this question, it was hypothesized that this obligation violates constitutional principles, such as the principle of human dignity and the principle of isonomy. The approach method used was the inductive one. The general objective of the work was to debate the causes that turn the imposition of the separation of property regime for couples where at least one of them are seventy years old unconstitutional, in addition to drawing a historical-legal panorama in order to demonstrate the non-fit of this obligation in the current normative system. In this sense, the first chapter was dedicated to the analysis of the marriage institute and the property regimes in the normative system and in Brazilian society, as well as to the presentation of the obligatory separation of property regime. Then, the second chapter is about the specific aspects that make the article 1.641, II, of the Brazilian Civil Code unconstitutional. Finally, with the analysis of the third chapter, it can be seen through the case law that the imposition of this regime on the marriage of septuagenarian individuals has been contesting its content. The main theoretical frameworks used in the work were Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Paulo Lôbo, Nelson Roselvald, Cristiano Chaves de Farias, Silvio de Salvo Venosa, Luís Roberto Barroso and José Joaquim Gomes Canotilho. In the end, the hypothesis was confirmed, in the sense that the article 1.641, II, of the Brazilian Civil Code has unconstitutional content. The research has relevance to contemporary debates, since infraconstitutional texts can not be at variance with the most important text of the legal system. In addition, the life expectancy of Brazilian people has increased exponentially in recent years and marriages in which at least one of the partners is over seventy years old are increasingly becoming a reality in society.

Keywords: Property Regime. Obligatory Separation of Property Regime. Constitutional Law. Family Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

Art. – Artigo

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	NOÇÃO GERAL SOBRE O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	16
2.1	A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DO INSTITUTO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
2.2	REGIME DE BENS.....	24
2.3	REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	30
3	INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	34
3.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	36
3.1.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	37
3.1.2	Princípio da isonomia.....	41
3.1.3	Princípio da autonomia privada.....	43
3.2	CAPACIDADE PARA O CASAMENTO.....	47
4	BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO REGIDOS PELA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	54
4.1	REPERCUSSÃO DA SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	54
4.2	POSSIBILIDADE DE DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES CUJO CASAMENTO É REGIDO PELA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL.....	60
5	CONCLUSÃO.....	64
	REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

O instituto do casamento sempre ocupou um papel importante na sociedade brasileira. Junto com a colonização do Brasil, chegou a Igreja Católica e, com ela, a valorização do matrimônio. O casamento conferia *status* social, além de proteção legal aos indivíduos casados em detrimento dos que não eram. Muitas vezes ainda, o casamento não era somente a união entre dois indivíduos, mas entre seus sobrenomes, e, portanto, entre duas famílias com seus respectivos patrimônios. Sendo assim, funcionava como um contrato de fusão em que a escolha do pretendente nem sempre cabia ao nubente, e sim aos seus pais, que retiravam-lhe a autonomia de escolha e escolhiam o pretendente levando em consideração os aspectos patrimoniais envolvidos. São os conhecidos casamentos arranjados, que perderam espaço no decorrer dos anos, mas que ainda se fazem presentes vez ou outra no país.

Nessa época, o casamento possuía uma dinâmica fortemente patriarcal, em que a mulher passava da tutela, proteção e dependência total de seu pai, para a de seu marido, perdendo sua plena capacidade civil e sempre devendo satisfação de seus atos a uma figura masculina. A dissolução do matrimônio era impensada e inclusive as Constituições da República Federativa do Brasil não permitiam essa opção até a Emenda Constitucional nº 9, de 1977.¹ Todavia, o divórcio só se tornou uma possibilidade direta, sem precisar de prévia separação de fato ou judicial, com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010² já na Constituição da República Federativa do Brasil atual de 1988.

Historicamente o instituto do matrimônio sempre veio acompanhando da preocupação com o patrimônio dos nubentes e o conseqüente patrimônio familiar. Sendo assim, o pacto nupcial e o regime de bens sob o qual as relações patrimoniais se submetem na constância do casamento mostra-se de extrema relevância. Antigamente, seguindo a ideia de que o matrimônio representava a fusão dos bens de duas famílias, o regime legal, ou seja, aquele estipulado pelo Estado no caso de os nubentes não manifestarem vontade por outro regime, era o da comunhão universal de bens, segundo o qual todo o patrimônio de ambos os indivíduos era unido em uma única massa que passava a pertencer aos dois. Com o decorrer do tempo houve uma mudança no pensamento de como o instituto do casamento era visto, tanto pela

¹ BRASIL. Constituição (1967). *Emenda Constitucional nº 9, de 28 de Junho de 1977*. Brasília.

² BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010*. Brasília.

sociedade, quanto pelo mundo jurídico. Isso permitiu que a Lei nº 6515/77³, conhecida como Lei do Divórcio, alterou o regime legal de bens, que passou a ser o da comunhão parcial, segundo o qual se comunicam somente os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, mantendo o patrimônio que os cônjuges detinham antes da união sob titularidade individual.

No entanto, nem sempre o ordenamento jurídico permite que os indivíduos escolham sob qual regime de bens desejam submeter seu casamento. O artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro traz as hipóteses do regime de separação obrigatória de bens, ou seja, quando a lei obriga que os cidadãos que quiserem se casar e recaírem nos casos descritos submetam-se ao regime da separação de bens. Dentre as hipóteses, estão, no inciso I, as pessoas que tem alguma causa suspensiva da celebração do casamento descritas no artigo 1.523 do Código Civil; no inciso II, a pessoa com mais de setenta anos de idade; e, no inciso III, aqueles que dependerem de suprimento legal para casar. Tanto os casos que recaem no inciso I, quanto no III, tem a possibilidade de alteração do regime de bens uma vez cessada a condição que foi causa da imposição do regime de separação de bens. No entanto, isso não é possível nos casos do inciso II, já que ninguém pode ficar mais novo com o passar do tempo e a imposição dá-se unicamente em razão da idade do nubente.

Nesse sentido, o presente trabalho delimita como problema central a ser analisado a possível inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro. Faz-se uso, portanto, do método indutivo e por meio de pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial desenvolve-se o presente trabalho de conclusão de curso.

O trabalho divide-se em três capítulos, dentre os quais o primeiro busca trazer uma abordagem generalista sobre o regime da separação obrigatória de bens. Iniciando pela apresentação da construção histórico-legal do instituto do casamento, expondo o seu aspecto patrimonialista, que se reflete na escolha do regimes de bens. Além de descrever as hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro em que o regime da separação de bens é obrigatório em função de lei.

O segundo capítulo tem por intuito levantar a hipótese da inconstitucionalidade do inciso II do artigo em questão, que impõe o regime de separação de bens aos maiores de setenta anos de idade. Para tal, elenca uma série de princípios constitucionais que são apontados como

³ BRASIL. *Lei nº 6.515 (1977)*. Brasília, 26 dez. 1977.

desrespeitados por essa norma, além de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da capacidade civil do nubente maior de setenta anos.

Por fim, o terceiro e último capítulo traz uma análise da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que declara que os bens adquiridos onerosamente na constância de casamentos regidos pela separação obrigatória de bens se comunicam; além de expor a possibilidade de doações entre os cônjuges cujo casamento é submetido a esse regime, trazendo opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

Dessa forma, espera-se que o presente trabalho sirva para melhor esclarecer a matéria em questão e suscitar maiores debates a respeito do tema analisado e da sua relevância na sociedade atual.

2 NOÇÃO GERAL SOBRE O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O capítulo que inaugura o estudo proposto dedica-se a apresentar a evolução histórico-legal do casamento e dos regimes de bens, com foco no aspecto patrimonialista que acompanha esse instituto e que está enraizado no direito civil brasileiro em razão de um histórico social fortemente ligado ao acúmulo de fortunas e união de sobrenomes. Assim, pretende-se apresentar o regime da separação obrigatória de bens e os casos em que ele se aplica em virtude da lei.

Como se sabe, a vida em sociedade é dinâmica e diariamente surgem novidades em todas as áreas em que o ser humano está inserido, seja por meio de descobertas científicas, matemáticas ou filosóficas. O ordenamento jurídico, por sua vez, deve acompanhar essas evoluções. Sendo assim, não é algo estático e está sujeito a sofrer alterações com o passar do tempo. Tratando-se do direito de família brasileiro isso não é diferente, inclusive é possível perceber claramente diversas mudanças e novidades surgidas na área com o desenvolvimento da sociedade.

A interação entre os seres humanos e o dinamismo dessas relações influencia na troca de conhecimento, valores e experiências que são refletidas no âmbito jurídico. Isso se tornou ainda mais evidente a partir da segunda metade do século passado. Com a presença da mulher assiduamente no mercado de trabalho, a aprovação da Lei do Divórcio em 1977, os avanços cada vez mais constantes da ciência e da medicina e conseqüentemente a melhora na qualidade de vida do cidadão. Inevitavelmente, todas esses aspectos também alteram o cenário familiar e devem refletir no campo do direito de família, exigindo a realização de alterações em conformidade com a realidade vigente.

A interpretação da palavra “casamento”, por exemplo, já sofreu diversas alterações, e ainda hoje é entendida de diferentes formas dependendo do indivíduo que a interpreta ou do lugar do país em que se encontra. Mas o que não se pode negar é que juridicamente ele é representado por um contrato, como será tratado adiante e, assim sendo, deve submeter-se a determinadas normas. O regime de bens é uma das que não se pode fugir.

Portanto, o presente capítulo dedicar-se-á a trazer um panorama histórico-legal de temas basilares do direito de família. São eles: o instituto do casamento e os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com foco no regime da separação obrigatória de bens editado no artigo 1.641 do Código Civil.

2.1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-LEGAL DO INSTITUTO DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora seja um tema milenar, mesmo anterior ao ordenamento jurídico, com cerimônias puramente religiosas ou simbólicas, além de fazer parte do tronco do direito de família e, conseqüentemente, impactar diariamente no cotidiano de todo ser humano, o conceito de casamento não possui unanimidade nem na sociedade como um todo, nem no meio jurídico, com divergências na legislação e na doutrina.

Para o civilista argentino Guillermo Borda, o casamento “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.⁴ Uma definição muito mais ampla do que a trazida por Sílvio Rodrigues: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.⁵ Flávio Tartuce traz o aspecto emocional ao conceituar o casamento como “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”.⁶ Rolf Madaleno concorda em parte com a visão desse último ao afirmar que o casamento é um ato complexo que mescla a autonomia privada dos nubentes com um conjunto de regras preordenadas estipulado pelo Estado.⁷ Sendo assim, é possível perceber que não existe um único conceito de casamento. Portanto, faz-se necessário conhecer os fatos emblemáticos que marcaram esse instituto e que modificaram e continuam modificando o seu conceito dentro da sociedade e do meio jurídico.

Na época do Brasil Colônia, com a forte influência da Igreja católica, do simbolismo que ela carregava e da pressa em disseminar a cultura europeia no novo continente, que possuía valores, crenças e modo de vida completamente diferentes, houve a máxima valorização do matrimônio. O instituto foi ensinado como algo eterno e necessário para a formação do indivíduo. Além disso, na visão dos religiosos colonizadores, era considerado pecado usufruir da sexualidade antes do casamento, o que não combinava com o cotidiano dos indígenas, que

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 40.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 41.

⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*, volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 1242.

⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 164.

tinham outra percepção do corpo. Vania Moreira⁸ cita um exemplo dessa diferença cultural ao afirmar que “aquilo que a moral cristã taxou de luxúria e libertinagem feminina era, da perspectiva indígena, hospitalidade”.⁹

Na visão da Doutora em História Helen Ulhôa Pimentel, o casamento funcionava como uma forma de aquietar a população e de torna-la obediente às normas e ordens, uma vez tenha criado apego aos bens adquiridos pela família.¹⁰ Portanto, o seu significado era muito maior do que o conceito legal de um mero contrato, que poderia ser desfeito a qualquer momento por vontade de um ou de ambos os contratantes. Até porque, nessa época, o casamento era considerado sagrado e indissolúvel, ou seja, não existia qualquer possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial.

Além do aspecto indissolúvel, o casamento tinha muito bem determinados quais os papéis que deveriam ser desempenhados pelo homem e pela mulher na vivência conjugal e perante à sociedade. O Código Civil Brasileiro de 1916¹¹ inclusive demonstra essa divisão com os artigos 233 a 239 dedicados aos direitos e deveres do marido e os artigos 240 a 255 reservados aos direitos e deveres da mulher. Ou seja, existia uma maneira completamente diferente de tratar o homem e a mulher dentro do casamento, revelando o sexismo escrachado da época. A hierarquia era clara, como pode-se constatar no artigo 233 *caput*: “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher”. Sendo assim, a mulher ocupava um lugar coadjuvante dentro de casa, servindo apenas como auxiliar do homem e tendo que pedir-lhe permissão para uma série de afazeres, inclusive para exercer uma profissão, conforme estipulava o artigo 242, VII, do Código Civil de 1916. O artigo 240 do antigo Código Civil trazia: “a mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. Logo, a mulher exercia papel de submissão perante o marido, a quem devia obediência. O homem tinha ainda o poder de gerir o patrimônio do casal, incluindo os bens da esposa, em conformidade com o regime de bens, segundo o artigo 233, II, do Código Civil de 1916.

⁸ Professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

⁹ MOREIRA, Vania Maria Losada. *Casamentos indígenas, casamentos mistos e política na América portuguesa: amizade, negociação, capitulação e assimilação social*. Revista Topoi, Rio de Janeiro, v. 19, n. 39, p. 29-52, set./dez., 2018.

¹⁰ PIMENTEL, H. *O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico*. Em Tempo de Histórias, [S. l.], n. 09, 2011. DOI: 10.26512/emtempos.v0i09.20100.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 3.071 (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1 jan. 1916.

Com o tempo, outras crenças além da pregada pela Igreja Católica chegaram ao Brasil Império e viu-se necessário regular os casamentos celebrados em função delas, já que apenas o católico era entendido como tal. Com essa finalidade, foi publicado o Decreto nº 1.144¹², de 11 de setembro de 1861, que regulava a existência dos casamentos celebrados sob religião diferente da católica e conferia aos celebrantes das religiões toleradas pelo Estado condições para que os atos de celebração matrimonial produzissem efeitos civis. Mas foi somente com a proclamação da República em 1889 que foi rompida a união entre Estado e Igreja e o casamento civil foi instituído.

Percebe-se que a influência da Igreja no casamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro foi tão grande que até a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹³ admite efeitos civis ao ato religioso em seu artigo 226, §2º: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. Sendo assim, desde que respeitados os requisitos legais, o casamento religioso pode ser registrado em cartório a qualquer tempo e os efeitos legais retroagirão à data da celebração religiosa. Essa forte influência do catolicismo contribuiu para que à época da redação do Código Civil Brasileiro de 1916 fosse reconhecida como família apenas a decorrente de um casamento. O que hoje conhecemos como união estável, por exemplo, não era reconhecido como família nem pelo ordenamento jurídico, nem pela sociedade em geral.

Dentre os avanços que acompanham esse tema no cenário jurídico brasileiro, um dos maiores, com certeza, é a conquista do divórcio. Isso porque, conforme já foi citado, o casamento foi ensinado como algo eterno e, portanto, indissolúvel. Sendo assim, uma vez casado, não se podia deixa-lo de ser em vida. Não importava se fosse a vontade de ambos ou de apenas um dos cônjuges.

A mudança só veio em 1942 com a inserção da modalidade “desquite” no inciso III do artigo 315 do Código Civil de 1916 como uma das causas para o término da sociedade conjugal. O desquite ainda contava com duas modalidades: a amigável, em que havia mútuo consentimento; e o litigioso, pelo qual um dos cônjuges acionava o poder público requerendo o desquite por meio de fundamentação em algum dos motivos elencados no artigo 317 do mesmo código (adultério; tentativa de morte; maus-tratos ou injúria grave; ou abandono do lar

¹² BRASIL. *Decreto nº 1.144 (1861)*. Rio de Janeiro, 11 set. 1861.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

conjugal por dois anos contínuos). Embora já fosse motivo para comemoração à época, o desquite ainda não representava o desfazimento do vínculo por completo. Isso porque ele permitia apenas a separação física entre os cônjuges e a resolução patrimonial, ou seja, o patrimônio do casal poderia ser partilhado seguindo o regime de bens estipulado, mas não resolvia o vínculo matrimonial, que continuava intacto e vigente. O vínculo matrimonial só poderia ser rompido pela anulação do casamento ou pela morte de um dos cônjuges. Isso impedia que os indivíduos se casassem novamente e conferia aos desquitados má fama perante à sociedade, sendo motivo de preconceito. Na fala de Maria Berenice Dias, restavam “os cônjuges numa situação *sui generis*. Não eram mais casados, cessavam os deveres matrimoniais, mas não podiam casar novamente”.¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira explica que, na visão da Igreja, a quebra do vínculo matrimonial abalaria a estrutura essencial do casamento e havia o receio de o transformar em uma instituição decadente.¹⁵

A indissolubilidade do vínculo matrimonial levou mais algumas décadas para ser superada. O divórcio no Brasil somente foi introduzido no ordenamento jurídico mediante a Emenda Constitucional nº 9, de junho de 1977, seguida pela Lei nº 6.515, de dezembro de 1977, também conhecida como a Lei do Divórcio, que o regulamentou, e alterou o termo “desquite” para “separação judicial”. Essa lei ainda foi responsável por expandir o conceito de família, uma vez que, com a possibilidade de dissolução do casamento, núcleos que eram considerados como tal e passaram pelo divórcio começaram a viver a mesma realidade de núcleos que não eram casados. No entanto, o divórcio não se concretizava rapidamente, havia certa morosidade para tornar-se, enfim, um indivíduo divorciado. O artigo 25 da referida lei afirmava, em sua redação original, que a conversão da separação judicial em divórcio só se daria após três anos da data da decisão judicial. Esse prazo foi reduzido para um ano pela Lei nº 8.408 de 1992.¹⁶ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 226, §6º, permitia o divórcio, portanto, após um ano da separação judicial ou dois anos a contar da separação de fato do casal.

Essa obrigatoriedade da separação judicial prévia ou da separação de fato só foi quebrada em 2010, com a Emenda Constitucional nº 66, que alterou o artigo 226 e permitiu o

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 307.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.408 (1992)*. Brasília, 13 fev. 1992.

divórcio direto como forma de dissolução do casamento, extinguindo a separação judicial como um requisito para o divórcio. Assim, esse instituto tornou-se muito mais fácil, rápido e barato, já que não mais dependia de duas etapas. Nas palavras de Flávio Tartuce: “A referida Emenda representa uma verdadeira revolução para o Direito de Família brasileiro, sendo necessário rever as categorias jurídicas relativas ao tema”.¹⁷ O casal que, em comum acordo, decidir por esse caminho e não tiver filhos menores de idade pode, desde então, encaminhar-se a um cartório e já sair de lá divorciado. Não é mais preciso passar por um período de espera desnecessário, que era motivo de sofrimento, despesas evitáveis e angústia tanto por parte do casal, quanto dos possíveis filhos ou de quem era do seu convívio.

Com isso, a função da separação judicial perdeu sentido, já que ela funcionava como um passo para o divórcio e agora ele poderia ser obtido de forma direta. Sobre o assunto, Paulo Lôbo rebate os estudiosos que argumentam que a separação judicial continuaria vigente até a sua revogação expressa no Código Civil, dizendo que “entre duas interpretações possíveis, prevalece a que confere mais efeitos à norma, segundo seus fins sociais, e não a que os reduzem ou suprime”.¹⁸ Essa ideia segue o fundamento de criação da norma em questão, uma vez que a separação judicial tinha como função servir de prévia para o divórcio e a Emenda Constitucional nº 66 possibilitou a via direta, fez com que ela perdesse sua função. Além do mais, a norma constitucional, como bem se sabe, está hierarquicamente acima da prevista no Código Civil, portanto, se a única forma de se conseguir o rompimento da sociedade conjugal é através do divórcio e a Constituição Federal permite que ele seja alcançado por via direta, qualquer norma inferior que tinha um caminho maior a ser percorrido para o mesmo fim torna-se obsoleta. Entretanto, na redação do Novo Código de Processo Civil de 2015¹⁹, a separação judicial continua aparecendo, como é o caso do inciso III do artigo 23 que traz que “em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”. Embora tenham havido diversas propostas de alteração dos artigos que citavam a separação à época da elaboração do novo código, todas foram afastadas. O Senador Vital do Rego argumentou utilizando o Enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil que expressa que “a Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*, volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 1317

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 151.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105 (2015). Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, 16 mar. 2015.

extrajudicial”.²⁰ Fato é que, apesar de a separação judicial não ter sofrido afastamento expresso pela emenda nº 66/2010, ela caiu em desuso. Sobre isso, Tartuce é categórico ao afirmar:

O Novo Código de Processo Civil reafirmou a separação de direito, a englobar a separação judicial e a extrajudicial, em vários de tais comandos. Na opinião deste autor, trata-se de uma grande infelicidade, um total retrocesso. Vários dispositivos da norma instrumental emergente continuam a tratar das categorias, o que não deveria ocorrer, em hipótese alguma.²¹

Enquanto alguns buscavam o seu direito ao divórcio e ao fim do vínculo conjugal, outros lutavam bravamente por outra via com o intuito de conquistarem o direito ao casamento. É o caso dos casais homoafetivos. Percebe-se que em todos os conceitos clássicos de casamento existe a dualidade de gêneros, sempre reafirmando ser a união entre homem e mulher. O ordenamento jurídico não citava uniões entre pessoas do mesmo gênero até muito recentemente e elas ainda são consideradas tabu por parte da população, principalmente os mais antigos. Em grande parte, isso é resultado da forte influência da Igreja Católica na construção dos textos jurídicos brasileiros e na formação intelectual da população. Uma vez que, para o cristianismo, o casamento tem a finalidade maior de procriação e, biologicamente, duas pessoas do mesmo sexo não procriam.

Apesar de esse tipo de relacionamento acontecer desde os primórdios da sociedade, tendo relatos na antiga Mesopotâmia, Grécia e Roma, onde muitos filósofos e artistas mantinham relações amorosas e sexuais com seus aprendizes, chamados pupilos, a homossexualidade ainda era tratada como doença até 17 de maio de 1990, quando a Organização Mundial da Saúde retirou o termo “homossexualismo” do rol de doenças. Sobre o assunto, Maria Berenice Dias reafirma:

A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, identificados pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. A origem da homossexualidade, não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.²²

²⁰ FEDERAL, Conselho da justiça. *Enunciado n. 514. V Jornada de Direito Civil.*

²¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.5: Direito de Família.* 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 135.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 4. ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 433/434.

A visão da homossexualidade como doença abriu margem para a criação de uma série de tratamentos que prometiam a conversão de homossexuais em heterossexuais, popularmente conhecidos como “cura gay”. Muitos desses tratamentos eram realizados mesmo contra a vontade dos pacientes, através de internações compulsórias por parte da família, e continham sessões de choques e até mesmo cirurgias no aparelho sexual e reprodutivo e cerebrais faziam parte do cronograma. Esses rituais foram responsáveis por traumas físicos e psicológicos em uma série de brasileiros que foram submetidos a verdadeiras torturas.

Foi somente em 2011, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277²³, de relatoria do ministro Ayres Britto, que a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, que traz a regulação de união estável entre homem e mulher, ganhou interpretação conforme a Constituição. Isso significa que a interpretação de tal artigo foi ampliada para abarcar a união entre pessoas do mesmo sexo, visto que o contrário era discriminatório e ia de encontro a princípios basilares da Constituição Federal, como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação. Em seu voto, o relator aponta que “tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei”. Indo ao encontro do pensamento de Britto, o ministro Luiz Fux questionou: “homossexualidade não é crime. Então porque o homossexual não pode constituir uma família?” e o ministro Barroso concordou ao externar que “duas pessoas que unem seu afeto não estão numa sociedade de fato, como uma barraca de feira. A analogia que se faz hoje está equivocada. Só o preconceito mais inconfessável deixará de reconhecer que a analogia é com a união estável”. Sendo assim, com unanimidade entre os ministros, o pedido teve procedência e, finalmente, casais homoafetivos puderam celebrar suas uniões perante à lei e usufruir dos direitos que lhes foram negados por tantos anos.

A decisão foi publicada no Informativo nº 625²⁴ do Supremo Tribunal Federal e, assim, não havia mais dúvidas de que casais homossexuais tinham os mesmos direitos de casais heterossexuais e também devem ser considerados como família. Um trecho do informativo que merece destaque é:

[...] De início, enfatizou (o relator) que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de

²³ Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4.277/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n° 625*.

desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade [...].

Como já foi comentado, o casamento para a religião católica visa a procriação, um dos maiores motivos para não aceitar a união entre indivíduos do mesmo gênero. No entanto, são diversos os casos de casais homoafetivos que adotaram crianças dadas à adoção por casais que não podiam ou não queriam criá-las, ou mesmo que foram resgatadas de lares em que sofriam maus-tratos. A igualdade entre os cidadãos é um dos princípios constitucionais mais importantes, sendo assim, a discriminação em razão de características provadamente intrínsecas ao ser humano não deve ser incentivada, ou mesmo tolerada pelo ordenamento jurídico. Tendo isso em consideração, a Resolução nº 175²⁵ do Conselho Nacional de Justiça afirma que “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Com essa explanação sobre alguns dos mais importantes marcos que permearam a história do instituto do casamento no país nas últimas décadas, percebe-se que as mudanças operadas no âmbito jurídico acompanharam os clamores sociais, buscando sua adaptabilidade à realidade vigente.

2.2 REGIMES DE BENS

Conforme introduzido, o casamento tem em sua história uma natureza fortemente ligada a aspectos econômicos, pois não representa apenas a união entre dois indivíduos, mas entre dois patrimônios, indo além de uma relação puramente emocional e englobando questões materiais. Além disso, dessa união decorre uma série de deveres e responsabilidades que exigem uma organização quanto à divisão orçamentária e patrimonial. Venosa concorda ao afirmar que “ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida”.²⁶ Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] como se trata de uma comunhão plena de vida, com o propósito de servir à realização fisiopsíquica da pessoa humana, o casamento (assim como as demais comunidades familiares) projeta consequências referentes tanto à pessoa dos cônjuges, quanto ao seu patrimônio.²⁷

²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 175*, de 14 de maio de 2013.

²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 343.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 265.

Rolf Madaleno adentra no assunto afirmando que a partir do início da sociedade conjugal já surgem compromissos econômicos da necessidade de moradia, despesas de alimentação, impostos, saúde, e ainda no caso de filhos, educação, vestuário, além de uma série de outras obrigações contraídas com terceiros.²⁸ Por conta disso, é indispensável que o regime de bens a que o casamento será submetido seja definido previamente. Paulo Lôbo declara que “o regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente quanto ao domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal”.²⁹

O regime de bens, portanto, é obrigatório em todos os casamentos e é definido por meio do pacto antenupcial que, como o próprio nome já entrega, é realizado antes da cerimônia e tem caráter acessório, ou seja, depende do posterior casamento para ter eficácia, visto que só produzirá efeitos após a celebração válida do matrimônio. O pacto deve tratar puramente de questões econômicas, portanto não terão qualquer valor cláusulas que visem regular outros aspectos da relação, no entanto elas não contaminam o restante da convenção. Na visão de Pontes de Miranda, o pacto nupcial seria algo;

[...] entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles [...]. São atos jurídicos complexos, em verdade de direito de família e em parte de direito das obrigações [...].³⁰

No pacto, os nubentes têm liberdade para escolherem livremente, inclusive mesclando características de diferentes regimes ou criando novas regras, desde que essas não retirem direitos fundamentais deles ou de terceiros. Nas palavras de Paulo Lôbo:

Não impôs a lei a contenção da escolha apenas a um dos tipos previstos. Podem fundir tipos, com elementos ou partes de cada um; podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes. As regras gerais aplicáveis a quaisquer regimes, previstas nos arts. 1.639 a 1.657 do Código Civil, não podem ser derogadas pelos nubentes.³¹

Portanto, como nas normas contratuais e respeitando o princípio da autonomia privada, os nubentes gozam da liberdade de escolha e criação para estipularem as regras que regerão o seu casamento quanto ao aspecto econômico, desde que respeitadas as normas obrigatórias a

²⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 932.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 319.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 8, 1955, p. 229.

³¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 319.

todos. O pacto antenupcial exige escritura pública e deve ser apresentado junto com os documentos necessários para a habilitação ao casamento elencados no artigo 1.525 do Código Civil. É de noventa dias o prazo para a realização do casamento após extraído o certificado de habilitação, conforme artigo 1.532 do Código Civil. Porém não há qualquer prazo estipulado por lei de em quanto tempo o casamento deve acontecer após a realização do pacto. Os nubentes inclusive podem estipular um prazo na própria convenção e o contrato é extinto caso o matrimônio não ocorra no tempo estipulado. Qualquer um dos nubentes ainda pode requerer a extinção do contrato caso o casamento não seja celebrado em tempo hábil.

Entre os regimes de bens estipulados no Código Civil está o da comunhão universal, segundo o qual todos os bens de ambos os cônjuges, inclusive os adquiridos anteriormente ao casamento, são unidos em uma única massa sob a qual cada um tem direito a metade. Existem exceções, e elas estão elencadas no artigo 1.668 do mesmo código. Entre elas, estão os bens herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados no lugar deles; e os bens de uso pessoal, como instrumentos de profissão, por exemplo. A comunicabilidade desse regime é tão ampla que Tartuce aponta um julgado em que até as quotas de sociedade de advogados adquiridas por um dos cônjuges durante o casamento foi considerada comunicável.³² Em trecho da sentença é afirmado o seguinte:

Afigura-se incontestável que a aquisição das quotas sociais da sociedade de advogados pelo recorrido deu-se na constância do casamento, cujo regime de bens era o da comunhão universal. Desse modo, se a obtenção da participação societária decorreu naturalmente dos esforços e patrimônios comuns dos então consortes, sua divisão entre os cônjuges, por ocasião de sua separação, é medida de justiça e consonante com a lei de regência.³³

No lado oposto, existe a opção do regime de separação de bens, em que os cônjuges continuam com a propriedade dos bens que já tinham antes do casamento e os bens adquiridos durante a união são de propriedade de quem constar no registro, ou seja, não há comunicabilidade de bens. É considerado o mais simples dos regimes matrimoniais, já que não há bens a partilhar. Porém, isso não significa que ambos não tenham que contribuir com as despesas comuns da sociedade conjugal em suas devidas proporções. Paulo Lôbo opina nesse sentido:

O dever de participar das despesas de manutenção da família, ainda que contenha dimensão ética e de observância para a convivência familiar, é juridicamente exigível

³² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.5: Direito de Família*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 114/115.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1.531.288/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 24 nov. 2015, DJe 17 dez. 2015.

por um dos cônjuges contra o outro, em caso de omissão ou participação insuficiente. Se não houver acordo tácito ou expresso entre eles, para as respectivas proporções, poderá requerer o prejudicado, fazendo prova dos rendimentos de cada um, que o juiz as determine, por arbitramento.³⁴

No meio termo entre esses dois regimes está o da comunhão parcial de bens, que estipula que os bens de cada cônjuge anteriores ao casamento continuam sendo de sua propriedade separadamente e entrarão na comunhão apenas os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nesse regime também existem exceções, elas estão contidas no artigo 1.659 do Código Civil e englobam as obrigações anteriores ao casamento; e os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, por exemplo. Nas palavras de Dias:

A comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um componente ético: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um. É preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, presumindo a lei, ter sido adquirido pelo esforço comum do par.³⁵

A última modalidade de regime de bens elencada é a da participação final nos aquestos, que é a menos utilizada e um pouco mais confusa. Ela é uma mistura do regime da separação e da comunhão parcial de bens e funciona de modo que durante a união vigoram as regras da separação, em que cada cônjuge é dono de seus bens particulares e pode administrá-los livremente, mas caso a sociedade conjugal chegue ao fim, as regras equivalem ao regime da comunhão parcial, que promete a cada cônjuge metade do patrimônio adquirido onerosamente na constância do casamento. Farias e Rosenvald veem esse regime como uma “comunhão de destinos” que visa a melhora econômica de ambos os cônjuges ao fim da união:

Na participação final nos aquestos, os esposos ficam associados nos ganhos e dissociados nas perdas. Se, na dissolução do matrimônio, houver um saldo positivo patrimonial nos bens de um cônjuge, o outro terá direito a uma meação, a ser calculada sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da conjugalidade. Se, contudo, no término nupcial, apresenta-se um saldo negativo na conta dos aquestos, será suportado individualmente pelo cônjuge titular do patrimônio, não vinculando o consorte.³⁶

Caso o casamento seja realizado sem o pacto antenupcial, o regime de bens que vigorará é o da comunhão parcial, visto ser o regime legal, conforme estipulado pelo artigo 1640 do Código Civil: “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 358.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 337.

Existe, ainda, a possibilidade de alteração do regime de bens durante a união. Estipula o artigo 1.639, §2º do Código Civil que “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”, diferente do antigo Código Civil de 1916 que no artigo 230 caracterizava o regime de bens como “irrevogável”. Essa imutabilidade do regime tinha o intuito de proteção, tanto dos cônjuges, quanto, e principalmente, de terceiros. Isso se sustenta no fato de que nessa época a mulher era inferiorizada e, em sua maioria, não tinha acesso à administração das finanças, portanto, seria mais fácil para o marido ludibria-la na alteração do regime de bens. O que não mais faz sentido na sociedade atual e inclusive iria contra a Constituição Federal de 1988 que garante a igualdade entre os cônjuges Rolf Madaleno tem fala certa a esse respeito:

Soaria herege aduzir em tempos de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental em relação ao seu parceiro conjugal. Por esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, devendo homem e mulher gozarem da livre-autonomia privada e decidirem acerca da mudança incidental do estatuto patrimonial de seus bens, sem seguir o legislador presumindo possa um deles querer abusar da fraqueza do outro.³⁷

Em se tratando de terceiros, o fundamento vem do fato de que o credor pode contar com o recebimento de uma quantia devida a partir da meação considerando o regime do devedor, mas esse último poderia alterar o regime para o de separação de bens a fim de fraudar a cobrança, por exemplo. Essa preocupação foi englobada pelo ordenamento no artigo 1.639, §2º do Código Civil que ressalva o direito de terceiros. Hoje em dia, para a realização da alteração do regime muitos tribunais requisitam, inclusive, a juntada de certidões negativas de dívidas, mesmo não sendo um requisito necessário, uma vez que a mudança só produz efeitos futuros.³⁸ A análise da motivação do pedido é outro ponto controverso na doutrina, já que muitos não veem sentido em precisar apresentar os motivos que levaram o casal a preferir outro regime de bens que não o pactuado à época do casamento. Esse requisito vem sendo mitigado nos tribunais e o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito em julgado publicado no Informativo nº 518 que conta com o seguinte trecho:

O casamento há de ser visto como uma manifestação de liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, no interior de espaço privado também erguido pelo

³⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 945.

³⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 945/946.

ordenamento jurídico à condição de ‘asilo inviolável’. Sendo assim, deve-se observar uma principiologia de ‘intervenção mínima’, não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria CF como invioláveis. Deve-se disciplinar, portanto, tão somente o necessário e o suficiente para a realização não de uma vontade estatal, mas dos próprios integrantes da família. Desse modo, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes.³⁹

Percebe-se, então, que o próprio STJ partilha do entendimento de que não é necessária a apresentação e análise dos motivos que levam o casal a solicitar alteração de regime de bens, uma vez ser de interesse somente deles próprios e representar uma invasão dessa privacidade.

O artigo 734, §1º do Código de Processo Civil ainda estipula que o juiz só poderá decidir a respeito após intimar o Ministério Público e passados trinta dias da publicação em edital da requisição de alteração do regime de bens. Importante também ressaltar que não é possível a alteração se o pedido for unilateral. Uma vez que ambos os cônjuges pactuaram pelo primeiro regime de bens, somente um pedido também de ambos é capaz de alterá-lo.

Na visão de Débora Gozzo um forte motivo favorável a possibilidade de alteração do regime é a inibição e desconhecimento dos nubentes antes do casamento, muitas vezes jovens e inexperientes, o que pode contribuir para uma escolha equivocada de regime. Uma vez casados, convivendo um com o outro e conhecendo a realidade de fato do casal, podem se dar conta de que não pactuaram pelo melhor regime e a possibilidade de alteração é a solução.⁴⁰ Outros doutrinadores, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ainda defendem que essa alteração possa ser feita diretamente em cartório, assim como já ocorre no divórcio consensual quando não há filhos menores, seguindo o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações privadas.⁴¹ Maria Berenice Dias ainda vai além ao afirmar que:

De forma para lá de absurda é exigida a via judicial para a alteração do regime de bens do casamento (CPC 734). Ora, se os cônjuges, antes do casamento, podem livremente eleger o regime de bens, via escritura pública de pacto antenupcial, descabido que a sua alteração, durante o casamento, necessite de justificativa. Há mais. Só se pode reconhecer como um cochilo do legislador determinar a intimação do Ministério Público quando do recebimento da inicial (CPC 734 § 1º). Além de as partes serem maiores e capazes, o objeto da demanda é exclusivamente de natureza patrimonial.⁴²

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.119.462/MG*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, j. 26 fev. 2013.

⁴⁰ GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 127.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 287.

⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

Dias também levanta a possibilidade de o casal poder realizar o divórcio extrajudicial e habilitar-se para casar novamente pactuando novo regime. Também esclarece que, tratando-se de união estável, a alteração do contrato de convivência pode ocorrer livremente pela via extrajudicial,⁴³ o que acaba significando uma facilitação a esse tipo de união comparada ao casamento.

Analisando os argumentos apresentados e a realidade da sociedade atual, realmente não parece condizente ter tantas exigências para a modificação do regime de bens, uma vez que ela afetará somente o casal, já que o direito de terceiros está mais do que protegido pelo ordenamento. Apenas os cônjuges, na vivência do cotidiano, podem decidir o que faz sentido para a sua relação e a exigência de se acionar o maquinário judicial, com prazos para análise da motivação; apresentação de certidões negativas; intimação do Ministério Público; publicação em edital, afeta o dinamismo do processo, tornando-o mais caro e lento, ou seja, tudo que se tenta evitar no Poder Judiciário.

2.3 REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Ao falar-se em regime de bens, comenta-se muito a respeito da liberdade de decisão dos nubentes e em como essa deve ser uma escolha regida tendo-se em conta o princípio da autonomia privada, uma vez que diz respeito principalmente, se não unicamente, à realidade do casal. No entanto, o Código Civil elenca três casos em que a escolha do regime de bens não cabe aos cônjuges, sendo imposto pelo ordenamento o regime da separação de bens e, portanto, dispensando o pacto antenupcial. “Dessa forma, ignorando a vontade dos interessados, o legislador afasta a comunhão de bens, estabelecendo patrimônios distintos”.⁴⁴ A imposição está regulada no seu artigo 1.641 com a seguinte redação:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Paulo Lôbo enxerga essa imposição como um ônus imposto pelo ordenamento a situações que ele tenta inibir. Em suas palavras: “O ônus não é sanção, pois não há dever

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 231.

jurídico perante qualquer pessoa ou o Estado. É encargo, gravame, que a pessoa deve suportar se decidir por determinado ato. É livre para realizar o ato, mas se o fizer o ônus recairá”.⁴⁵

As situações incluídas no inciso I dizem respeito aos nubentes que se encaixarem em alguma das causas suspensivas do casamento estipuladas no artigo 1.523 do código. Essas causas têm a finalidade de proteger tanto terceiros, quanto os próprios nubentes na questão patrimonial. O código civil de 2002 permitiu no parágrafo único desse artigo o afastamento dessa imposição por autorização do juiz, autorizando o casamento com pacto de regime diverso.

A primeira causa suspensiva diz respeito a pessoa viúva que tenha filho com o cônjuge falecido, enquanto não forem realizados o inventário e a devida partilha. Isso evita com que haja confusão de patrimônio, uma vez que um novo casamento do indivíduo viúvo com um regime de bens diverso antes da divisão dos bens do primeiro casamento poderia misturar patrimônios e prejudicar os herdeiros. Já a segunda causa não tem a ver puramente com questões patrimoniais, mas também sanguíneas. Ela engloba um período de dez meses após a viuvez da mulher ou da dissolução do casamento por nulidade ou anulação. Essa causa tem o intuito de evitar a confusão quanto a paternidade de um possível filho que a mulher estivesse carregando à época do falecimento do marido ou da dissolução da união, até porque o Código Civil estipula no artigo 1.597, I, que o filho nascido após cento e oitenta dias do início de uma convivência conjugal é presumidamente fruto dessa união; e o inciso II do mesmo artigo afirma que se presume concebido durante o casamento o filho nascido até trezentos dias após da dissolução, podendo, portanto, ocasionar uma confusão quanto a paternidade. Porém é uma causa extremamente sexista, visto que se aplica somente a mulher e deixa subentendida a desconfiança quanto a sua intenção com o casamento; além de antiquada, tendo em vista a facilidade na realização de exames de gravidez ou de testes de DNA nos dias atuais.

Portanto, para ser afastada essa causa, a mulher terá que provar que não estava grávida quando iniciou a nova relação ou que o filho é realmente fruto da primeira. A terceira causa diz respeito aos divorciados enquanto os bens comuns ainda não tiverem sido partilhados, pelo mesmo motivo da possibilidade de confusão de patrimônio apontada no inciso I. Já a quarta e última causa refere-se ao casamento do tutor ou curador, seus ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com o tutelado ou curatelado, enquanto não for findada a questão e saldadas as contas devidas entre eles. Essa restrição vem da questão de que os tutelados e curatelados são incapazes e dependem do tutor e curador para agir, portanto a relação

⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 326.

de influência é inevitável e um casamento entre eles poderia conter atos viciados, bem como entre o tutelado ou curatelado com um de seus parentes diretos. Sendo assim, como bem apontam Farias e Rosenvald, as causas suspensivas não suspendem nem o efeito do casamento, nem os atos por ele praticados, unicamente impõem o regime de separação de bens aos indivíduos que nelas se encaixarem.⁴⁶

O segundo inciso apresenta a imposição do regime de separação de bens às pessoas maiores de setenta anos e representa o objeto de estudo desse trabalho que será melhor analisado no capítulo seguinte. Essa causa não traz qualquer informação extra, refere-se puramente à idade do nubente. A restrição era ainda maior antes da Lei nº 12.344 de 2010⁴⁷ que aumentou essa idade de sessenta anos para setenta anos. O terceiro e último inciso do artigo engloba todos os indivíduos que dependerem de suprimento judicial para a realização do casamento. Essa dependência ocorre quando o filho menor de idade deseja casar e um ou ambos os genitores negam a autorização. Na visão de Maria Berenice Dias, seria uma imposição injusta a da obrigação desse casamento ser submetido ao regime da separação de bens, uma vez que o suprimento judicial só ocorre quando a negativa do genitor for injustificável e, portanto, se estaria punindo os nubentes pela negativa arrazoada de seu pai ou mãe.⁴⁸

Diferente do regime de separação convencional de bens, pelo qual os nubentes escolhem pactuar, no regime da separação obrigatória de bens o cônjuge não participa nem dos direitos sucessórios, sendo vedada a sua concorrência na sucessão do cônjuge falecido. Tamanha restrição é encarada com estranheza por doutrinadores como Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, uma vez que lhes parece estranho que quando os nubentes expressamente pactuam pelo regime de separação de bens, o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão do falecido, mas quando esse regime lhes é imposto pelo ordenamento, a exclusão das sucessões recíprocas vem como acessório.⁴⁹ Outra diferença para o regime da separação convencional de bens apresenta-se no artigo 977 do Código Civil que proíbe cônjuges cujo casamento é regido pela separação obrigatória de bens de contratar sociedade entre si. Além disso, como aponta Caio Mario da Silva Pereira, para os casos que recaírem no artigo 1.641, será considerada como não

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 232.

⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 12.344 (2010)*. Brasília, 07 dez. 2010.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 320.

escrita qualquer estipulação contrária ao regime da separação obrigatória de bens.⁵⁰ Sendo assim, o regime de separação de bens imposto pelo ordenamento não é igual ao regime de separação de bens pactuado livremente pelos nubentes. Além de terem a liberdade tolhida, os cônjuges que recaem no artigo 1.641 recebem outras privações.

Percebe-se, então, que apesar da natureza do pacto antenupcial e consequente decisão do regime de bens estar vinculada à vontade dos nubentes, não é sempre que o ordenamento autoriza essa escolha. É uma clara intervenção do Estado na vida privada do casal e que, embora teoricamente tenha o intuito de proteger terceiros e os próprios nubentes de possíveis golpes ou prejuízos patrimoniais, aprisiona o seu poder de escolha e generaliza situações que não deveriam ser generalizados. Além de já existirem outras normas no próprio ordenamento jurídico que visam proteger esses casos, a exemplo do artigo 1.550, III, do Código Civil que prevê anulável o casamento contraído por vício de vontade.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 237.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Conforme elucidado no capítulo anterior, o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro impõe o regime de separação de bens às pessoas que decidirem casar depois dos setenta anos de idade. Não importando se apenas um ou ambos os cônjuges tenham idade igual ou superior a essa e se estejam lúcidos e certos de suas ações como indivíduos capazes. Venosa explica a visão do doutrinador da época ao criar essa restrição aos nubentes mais idosos da seguinte maneira:

O legislador compreendia que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso.⁵¹

No Código Civil de 1916, essa regra estava contida no artigo 258, II, e era ainda mais excludente, além de sexista, uma vez que impunha o regime da separação de bens aos homens com mais de sessenta anos e às mulheres com mais de cinquenta anos. Conforme já foi trazido nesse trabalho, o código passado possuía diversas normas discriminatórias com a mulher, o que representava um espelho da sociedade da época, que a tratava como dependente do marido, inferiorizando-a e não a considerando digna dos mesmos direitos concedidos aos homens. A discriminação contida nessa regra foi alterada com o Código Civil de 2002 que em seu artigo 1.641 igualou a idade para ambos os sexos, fixando-a em sessenta anos. Tal mudança foi resultado das várias vitórias do movimento feminista no país durante o século XX, a exemplo da conquista ao voto em 1932 com o Decreto nº 21.076⁵² que autorizava o voto ao cidadão maior de vinte e um anos, sem restrição de sexo, mas ainda não o tornava obrigatório às mulheres, o que só aconteceu em 1946; além disso, em 1962 entrou em vigência a Lei nº 4.121⁵³, chamada Estatuto da Mulher Casada, que trouxe diversas conquistas na vida da mulher, tornando-a menos dependente do marido e permitindo que ela trabalhasse fora de casa sem depender de autorização dele; outra vitória já mencionada no capítulo anterior foi o sanção da Lei do Divórcio em 1977, que criou um caminho para o rompimento do vínculo matrimonial; já em 1987 foi criado o Conselho Estadual dos Direitos da Mulher no Rio de Janeiro que lutava

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 348.

⁵² BRASIL. *Decreto nº 21.076 (1932)*. Rio de Janeiro, 24 fev. 1932.

⁵³ BRASIL. *Lei nº 4.121 (1962). Estatuto da mulher casada*. Brasília, 27 ago. 1962.

pela igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e influenciou a criação de conselhos em outros estados do país; mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a igualdade entre os sexos foi finalmente positivada no artigo 5º, I, ao afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Nota-se que o advento da Constituição de 1988 não mudou de uma hora para outra a realidade de discriminação feminina na sociedade brasileira, essa foi uma construção histórica que continua acontecendo até os dias atuais. Porém, com a vigência dela, o Código Civil de 2002 teve que pautar-se na igualdade entre homem e mulher e, portanto, modificar diversas normas sexistas contidas no código de 1916, incluindo a diferenciação da idade do antigo artigo 258, II.

Como se sabe, as circunstâncias da vida são mutáveis e alteram o cenário em que a sociedade se desenvolve. Para acompanhar essas mudanças, o ordenamento jurídico também deve passar por modificações. Sendo assim, em 2010 entrou em vigência a Lei 12.344 que alterou a idade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de sessenta para setenta anos. Isso se deu muito em função dos avanços na medicina e na qualidade de vida do cidadão brasileiro, o que propiciou com que ele vivesse mais e realizasse novos planos em idades que antes não pareciam compatíveis, como casar após os sessenta anos, por exemplo. No entanto, essa mudança não supriu completamente as expectativas da sociedade. Mesmo à época da alteração do artigo os doutrinadores e estudiosos do tema já demonstravam insatisfação, visto que foi apenas a postergação da análise da inconstitucionalidade do inciso e a solução não seria alterá-lo, mas revoga-lo do ordenamento. Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho:

É inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana.⁵⁴

Dias vai na mesma linha ao afirmar que “é inconstitucional a imposição coacta do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos por afrontar ao princípio de liberdade”.⁵⁵

⁵⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Famílias e Sucessões*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 197/198.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

Visão partilhada por Paulo Lôbo em sua doutrina.⁵⁶ Portanto, faz-se necessário analisar um a um os princípios constitucionais apontados como afrontados por essa norma.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil representa o texto base do ordenamento nacional, onde estão escritos os direitos, garantias e deveres fundamentais dos cidadãos brasileiros e por conta disso deve ser respeitada pelas demais legislações. Nas palavras de Pedro Lenza:

No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.⁵⁷

Sendo assim, nenhuma norma infraconstitucional pode contrariar regras ou princípios contidos na carta constitucional. A definição de princípio dada por José Gomes Canotilho é que “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”,⁵⁸ sendo assim, os princípios constitucionais têm a função de guiar a interpretação do magistrado referente às normas jurídicas e as decisões dos tribunais nacionais de acordo com a situação fática a ser analisada.

Para fazer a distinção entre princípios e normas, Barroso aponta o uso de três critérios: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. Referente ao conteúdo, os princípios podem expressar decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão da sua dimensão ética, ou fins públicos a serem realizados. Já as regras jurídicas referem-se a comandos objetivos – preceito, proibição ou permissão. São a concretização dos valores ou fins públicos. No tocante à estrutura normativa, ele explica que os princípios representam a finalidade buscada pela norma que não é descrita objetivamente no ordenamento jurídico e permitem que os diferentes pontos de vista presentes na sociedade sobre os valores contidos na Constituição sejam traduzidos para a aplicação nos tribunais. As regras, por sua vez, são as normas descritivas de forma objetiva, ou seja, cuja interpretação não comporta sentidos diversos. Por último, no modo de aplicação os princípios passam por uma análise a depender

⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 326.

⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 91.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Revista Livraria Almedina, 1993, p. 559.

do caso, uma vez que a Constituição Federal abriga diversos deles e muitas vezes a aplicação de um fica impossibilitada pela aplicação de outro. Sendo assim, é necessário a ponderação dos princípios para um melhor cabimento aos fatos da situação em questão. Por outro lado, as regras não dependem dessa análise caso a caso, visto que são comandos definitivos, ou seja, se o cenário analisado se enquadra na regra, ela será aplicada.⁵⁹

Portanto, percebe-se que, enquanto as regras têm uma natureza objetiva, ou seja, são aplicadas sempre que a situação narrada no artigo em questão ocorrer; os princípios funcionam de uma forma subjetiva, sendo ponderados caso a caso, com a função de influenciar a análise da questão, mas não possuem caráter impositivo. Barroso afirma:

São os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos [...] seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.⁶⁰

Canotilho esclarece que no momento de criação da Constituição a importância maior está no conjunto de forças que serviram de influência para a construção do texto, que transmitem seus valores e interesses, sejam forças econômicas, sociais, culturais, religiosas. Já no momento de interpretação das normas criadas, existe a necessidade de manter-se condizente com a realidade constitucional atual, acompanhando a evolução dos conceitos.⁶¹

É clara, então, a importância de conhecer os princípios constitucionais e analisar aqueles que são apontados como desrespeitados pela imposição trazida pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro.

3.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Esse princípio encontra-se de maneira expressa no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil como um de seus fundamentos, tamanha é a sua relevância. A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶², votada pela Organização das Nações Unidas em 1948, teve grande influência para a valorização e inserção da dignidade da pessoa humana no

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 128/130.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 130.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Revista Livraria Almedina, 1993, p. 71.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.

texto constitucional pátrio. Isso porque o Brasil foi um dos 48 países que votaram a favor do documento e é signatário da declaração desde então. Em seu artigo 1º, a Declaração afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, além disso, no artigo 16 declara que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. Alexandre de Moraes expõe que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.⁶³

Por ser um princípio constitucional, tem uma natureza ampla, mas no caso desse em específico isso torna-se mais acentuado, já que deixa margem para que cada intérprete se baseie no seu próprio conceito de dignidade humana. Barroso afirma que essa falta de definição pode contribuir para que esse princípio seja invocado pelos dois lados em um litígio ou ainda banalizado para questões triviais que não dependem da sua análise. No entanto, essa amplitude de cabimento não pode resultar na não aplicação do princípio em razão do receio de aplicá-lo em excesso. A fim de evitar isso, o doutrinador aponta requisitos mínimos a serem seguidos: laicidade, ou seja, não se pode definir o significado de dignidade humana tendo como base os preceitos de alguma religião; o conceito deve ser apolítico, o que significa que não pode priorizar ideias de uma vertente política determinada; além disso, precisa ser universal, devendo ser aplicado para todos os indivíduos na mesma situação.⁶⁴

A dignidade da pessoa humana, portanto, representa o valor de cada pessoa, a sua essência, aquilo que não lhe pode ser retirado. Esse princípio não está logo no artigo que contém os fundamentos da República por acaso, deve ser aplicado sem distinção, de forma universal. Maria Berenice Dias cita o pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes ao afirmar que quando há conflito entre princípios de igual importância hierárquica na análise do caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser priorizado por representar um princípio absoluto.⁶⁵ Além disso, ao parafrasear Daniel Sarmiento, afirma que:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana,

⁶³ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 39.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 152/153.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.⁶⁶

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve estar presente em todo o ordenamento pátrio. No Código de Processo Civil, por exemplo, ela encontra-se expressa já no artigo 8º que faz parte das normas fundamentais do processo civil:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Paulo Lôbo afirma que esse princípio impõe um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade, e cita Kant quando esse distinguiu o que possui preço (aquilo que é estimável), do que possui dignidade (aquilo que é inestimável).⁶⁷ Por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana garante que as pessoas não sejam tratadas como coisas precificáveis, disponíveis, e sim como detentoras de dignidade e, por consequência, indisponíveis. A dignidade da pessoa humana como fundamento da República cria a sensação de pertencimento no indivíduo em relação à sociedade e visa garantir que todos sejam tratados com o devido respeito, tanto pelo ordenamento jurídico derivado, quanto entre si, na vivência em comunidade.

Além de colocá-lo como um dos fundamentos da República, a Constituição ainda reafirmou a importância desse princípio na área do direito de família no artigo 226, §7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Esse artigo, além de reforçar a importância da dignidade da pessoa humana no ambiente da família, aponta para a autonomia conferida pela Constituição aos membros do núcleo familiar para decidirem sobre o seu planejamento sem sofrer interferências externas.

Dias também comenta sobre essa questão e expõe que “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”.⁶⁸ A razão vem da variedade de configurações familiares existentes e que estão em constante evolução. Como já foi analisado,

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47/48.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 60.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

até pouco tempo não se considerava a união entre casais homoafetivos como família, por exemplo. Além disso, esse ambiente propicia a vivência de uma gama de sentimentos, como o afeto, união, cuidado, projeto de vida comum, confiança. Deste modo, esse princípio tem grande lugar de atuação nas relações familiares. Pensamento compartilhado por Carlos Roberto Gonçalves que também encara o princípio da dignidade da pessoa humana como base da comunidade familiar.⁶⁹

O artigo 230 da Constituição mais uma vez aponta para a importância da defesa da dignidade, mas dessa vez expressamente em relação às pessoas idosas, atribuindo essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado. No entanto, Rolf Madaleno afirma que as pessoas idosas sofrem omissão dessas três vertentes que deveriam, por indicação constitucional, zelar pelo seu bem-estar e pela sua inserção na sociedade. Ele aponta para a discriminação tanto no âmbito familiar e na vivência em comunidade, quanto por parte dos setores estatais, que muitas vezes deixam de enxergá-los como indivíduos úteis, dotados de experiência, para tratá-los como frágeis e não mais produtivos.⁷⁰

Tendo isso em conta, a afirmação de que o artigo 1.641, II, do Código Civil viola o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, é passível de inconstitucionalidade, ganha forte fundamento. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil elenca esse princípio como sendo fundamental para o Estado Democrático de Direito e, por consequência, o garante a todos os brasileiros, reafirmando a sua importância dentro da família e ainda na participação da pessoa idosa na sociedade. Na visão de Rolf Madaleno:

Causa o Estado Democrático de Direito dano irreparável à cidadania do idoso ao constrangê-lo com a restrição de seus direitos; ao monitorar e desconsiderar a sua vontade na suposição de sua proteção, e acreditar estar defendendo o seu patrimônio, sem perceber que fere de morte o mais precioso atributo humano depois da vida, representado pelo respeito constitucional à dignidade da pessoa, sem limite em razão da idade.⁷¹

Sendo assim, retirar de um indivíduo o poder de escolha sobre qual regime de bens ele deseja submeter seu próprio casamento puramente em razão da sua idade não é uma ação que está em concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96.

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 119.

3.1.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia está explicitado no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil na afirmação de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo que todo cidadão seja tratado de forma igual pelo sistema legal independente do seu gênero, idade, cor de pele ou condição financeira. Porém, aplicar o princípio da isonomia não significa conceder exatamente os mesmos insumos a todos os indivíduos indiscriminadamente, mas sim proporcionar os insumos para que todos tenham as mesmas oportunidades. Aristóteles já ponderava sobre o assunto quando concluiu que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente ou desiguais na medida da sua desigualdade.⁷² Portanto, esse princípio não representa puramente uma igualdade formal, mas também material. Pedro Lenza declara que isso é decorrência de que “no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei”.⁷³ Quando as leis são criadas, para que seja possível prever os mais diversos cenários de aplicação, é inevitável que se tenha um patamar inicial que sirva de base para que as hipóteses sejam pensadas, além disso, é comum que aconteçam situações que não foram previstas, uma vez que a vida e as interações entre as pessoas são dinâmicas. Por isso a importância de existir uma análise individualizada de cada caso baseada nos princípios previstos no texto constitucional. Tendo isso em consideração, o princípio da isonomia ganha especial espaço, já que não promete uma igualdade puramente formal, em que todos são julgadas exatamente da mesma maneira sem qualquer atenção às peculiaridades da situação específica, mas sim uma igualdade material, julgando o caso em questão levando em consideração suas informações e características próprias.

Esse princípio serviu de fundamento para muitos dos avanços na área de direito de família, como a conquista ao tratamento igualitário dos filhos havidos fora do casamento e dos nascidos como frutos dele; o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar com a aplicação das mesmas regras da união estável; a equiparação do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal; além da concessão dos mesmos direitos aos homens e as mulheres tanto perante à sociedade, quanto dentro do casamento. O

⁷² ARISTÓTELES. *Ética e Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 110.

⁷³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 1158.

artigo 5º, I, da Constituição Federal destaca essa igualdade ao afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Sobre isso, Venosa declara que “dentro da isonomia de poderes e deveres da nova sociedade conjugal, não há que se admitir poderes discricionários de qualquer um dos cônjuges que impliquem violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais”,⁷⁴ pensamento esse oposto ao dos doutrinadores do Código Civil de 1916, que no artigo 233 trazia que o marido era o chefe da sociedade conjugal e cabia a ele representar a família no âmbito legal; administrar todos os bens comuns do casal além dos particulares da mulher a depender do regime de bens pactuado; tinha o direito de escolha do domicílio da família; e ainda cabia a ele autorizar ou não a profissão da mulher. Sobre isso, os civilistas Cristiano Farias e Nelson Rosenvald comentam que:

[...] a submissão (também de ordem patrimonial) imposta à mulher pelo Código Civil de 1916 resta afastada do sistema jurídico brasileiro, em respeito e obediência ao comando da Lei Maior. Com isso, é possível afirmar que as restrições à liberdade de dispor dos próprios bens, o direito à administração de bens e mesmo as prerrogativas de atuar sem a autorização do cônjuge são aplicáveis de maneira uniforme ao marido e à esposa. Libertando a esposa do jugo patriarcal, vedou-se qualquer tratamento discriminatório injustificado em razão do sexo, o que implicou no afastamento da ideia de chefia da relação conjugal.⁷⁵

O constitucionalista Alexandre de Moraes também alerta sobre a natureza do princípio da isonomia ao expor que a vedação não é ao tratamento diferenciado em casos distintos, mas a julgamentos diferentes em situações com circunstâncias materiais iguais. Nas suas palavras:

O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pelo constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas.⁷⁶

Percebe-se, então, que esse princípio está fortemente interligado às relações familiares. O que pode ser confirmado pelo artigo 226, §5º da Constituição Federal e pelo artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro que garantem a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e representam um importante princípio do direito de família. Carlos Roberto Gonçalves aponta que o princípio da igualdade entre os cônjuges:

[...] acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e

⁷⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 165.

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 271.

⁷⁶ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 53.

sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.⁷⁷

O princípio da isonomia entre os cônjuges pode ser verificado na alteração ocorrida no enunciado do artigo 100, I, do antigo Código de Processo Civil de 1973, que estipulava como foro para a ação de separação judicial e conseqüente conversão em divórcio, e de anulação do casamento, a residência da mulher. A modificação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 está na redação do artigo 53, I, que estipula como foro responsável nesses casos o do domicílio do guardião do filho incapaz, se houver, e nos demais casos, o foro do último domicílio do casal, ou ainda no do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio.

No entanto, mesmo com o princípio da isonomia expressamente proposto na Carta Magna, instruindo que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos, deveres e garantias e, portanto, devem ser tratados de forma igualitária perante à lei; somado ao princípio da igualdade entre os cônjuges expresso no Código Civil, que também garante direitos e deveres iguais entre os integrantes da relação; o artigo 1.641, II, também do Código Civil Brasileiro discrimina claramente o idoso maior de setenta anos. Essa discriminação ocorre tanto em comparação com os indivíduos menores de setenta anos, que podem escolher o regime de bens que desejarem para submeter o seu casamento, quanto em comparação com o seu próprio cônjuge, caso esse não tenha setenta anos completos, ao impor-lhe um regime de bens puramente em razão da idade do seu cônjuge e desconsiderar qualquer manifestação de vontade diversa. Portanto, o princípio da isonomia também serve de fundamento para corroborar a visão de que o artigo 1.641, II, do Código Civil representa uma inconstitucionalidade e merece sofrer alteração pois, nas palavras de Maria Berenice Dias: “é necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado, na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade”.⁷⁸

3.1.3 Princípio da autonomia privada

A autonomia privada é a prerrogativa de agir por conta própria nas questões concernentes à sua própria vida, seguindo suas vontades sem receber interferências de outros

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 16.

indivíduos ou do próprio Estado. Portanto, está fortemente ligada ao princípio constitucional da liberdade contido no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Barroso vê a autonomia privada como “o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas”. Afirmando ainda que “decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade”.⁷⁹ Portanto, entende-se autonomia privada como a liberdade de decisão em questões particulares, que terão impacto e desdobramentos na sua própria vida.

O ato de casar é inegavelmente um ato particular, que depende da vontade de ambos os cônjuges e que só se consolida com a sua devida anuência. Somado a isso, sabe-se que o mundo jurídico dos contratos é fundamentado no princípio da autonomia privada, estipulando que as partes têm liberdade para pactuarem as cláusulas que desejarem desde que não desrespeitem normas jurídicas. Conforme já foi analisado nesse trabalho, o pacto nupcial tem natureza contratual privada e deve ser regido tendo como base as normas contratuais, sendo assim, também se fundamenta na autonomia privada. Sobre a questão, Gonçalves comenta que:

Não se pode deixar de enfatizar que a natureza de negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de autonomia privada, presente na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não se casar. No plano dos efeitos patrimoniais, têm os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento.⁸⁰

Ainda sobre a natureza privativa do direito de família, o doutrinador Paulo Lôbo confirma que:

O direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si.⁸¹

Conforme foi exposto, o princípio da autonomia privada visa proporcionar aos indivíduos liberdade e não permitir interferências externas, inclusive do Estado. Isso resulta em outro princípio do direito de família expresso no artigo 1.513 do Código Civil ao afirmar que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Essa ideia também está contida no artigo 1.565, §2º do mesmo código que estipula ser do casal a decisão sobre o planejamento familiar e veda qualquer coerção sobre

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 154.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁸¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 45.

isso por instituições privadas ou públicas. Rolf Madaleno afirma que na evolução do direito de família, houve gradativamente uma maior aplicação da autonomia privada e consequente redução da atuação estatal, e que isso pode ser visualizado, por exemplo, na permissão da separação e do divórcio pela via extrajudicial; bem como na autorização para a alteração do regime de bens, que não era permitida no Código Civil de 1916.⁸²

Especificamente sobre a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento, é apontado mais um motivo que corrobora com a tese que considera inconstitucional o artigo 1.641, II, do Código Civil. Isso porque a alteração pode ocorrer nos casos do inciso I e III, mas não no caso do inciso II. O inciso I do referido artigo traz os casos em que o casamento é contraído com inobservância das causas de suspensão, porém todas elas são passíveis de serem resolvidas, portanto, uma vez cessada a causa suspensiva, o regime obrigatório de separação de bens imposto pelo artigo 1.641 pode ser alterado seguindo a vontade dos cônjuges. O mesmo ocorre com o inciso III, que impõe o regime de separação de bens aos nubentes que dependem de suprimento judicial. Isso ocorre quando o filho menor de idade deseja se casar e não obtém o aval de um ou de ambos os pais. Novamente é uma causa que permite a alteração do regime de bens assim que o nubente completar dezoito anos de idade e, portanto, torne-se plenamente capaz civilmente. A possibilidade de alteração nesses casos é tema do Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil que traz: “A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.⁸³ No entanto, essa possibilidade não existe para os casos do inciso II desse artigo, pela razão lógica de que ninguém fica mais jovem com o passar do tempo. Fabio Ulhoa atenta para o fato de que essa alteração não é automática e depende de processo judicial. Nas palavras do doutrinador:

Depois de cessada a circunstância que justificou a obrigatoriedade do regime de separação, ele não se altera *ipso facto*. Afinal, pode ser que os cônjuges teriam optado exatamente por esse regime, se lhes tivesse sido dada a oportunidade. Depois de superado o motivo determinante da causa suspensiva (conclusão do inventário, partilha dos bens do casamento anterior, aprovação das contas do tutor ou curador) ou uma vez alcançada a maioria pelos dois consortes, a mudança do regime de bens do casamento para outro que não o da separação depende de processo judicial.⁸⁴

⁸² MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 138/139.

⁸³ FEDERAL, Conselho da justiça. *Enunciado n. 265. III Jornada de Direito Civil*.

⁸⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Famílias e Sucessões*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 198/199.

Maria Berenice Dias expressa opinião sobre o tema e alerta para o fato de que a imposição trazida pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil e a proibição de alteração do regime de bens nesses casos vem sendo enxergada como inconstitucional no âmbito jurídico. Isso porque para a realização da alteração é necessário processo judicial e consequente análise do magistrado caso a caso, sendo assim possível a constatação se houver alguma espécie de fraude ou má intenção por parte dos cônjuges. A doutrinadora expõe:

A tendência da jurisprudência é não admitir a alteração do regime de bens quando a separação foi imposta em face da idade, ou seja, se um ou ambos os noivos tinham ao casar, idade superior ao limite legal de 70 anos. No entanto, vem sendo reconhecido que a restrição é de flagrante inconstitucionalidade. Como a justificativa para a restrição é a possível indução do idoso a erro, como o pedido de alteração é formulado em juízo, cabe ao magistrado verificar a real intenção dos cônjuges e indeferir a pretensão, caso flagre a possibilidade da ocorrência de dano enorme a um dos requerentes.⁸⁵

Dias ainda comenta que não há qualquer limitação de idade para a realização da alteração do regime de bens. Portanto, no caso de um casamento ocorrido antes da vigência da Lei nº 12.344 de 2010 que modificou a idade estipulada no artigo 1.641, II, do Código Civil, e ter sido imposto o regime de separação de bens em razão de um ou ambos os cônjuges terem mais de sessenta anos à época, o regime pode ser alterado sem precisar que sejam apresentadas outras motivações além da mudança da lei.

O princípio da autonomia privada guia as relações particulares dos indivíduos e confere-lhes liberdade de escolha para decidirem quais caminhos tomar e sob quais circunstâncias desejam submeter-se. Tendo isso em conta, a imposição do regime de separação de bens para pessoas que desejam casar após os setenta anos de idade representa um tolhimento da liberdade de decisão e claramente não está de acordo com esse princípio. Além disso, se para realizar a alteração do regime de bens a lei não impõe restrição de idade, pode-se afirmar que no caso de um casamento em que ambos os cônjuges possuem menos de setenta anos à época da celebração e desejem optar por outro regime de bens após um deles já ter completado setenta anos de idade, essa alteração seria possível. No entanto, caso um deles tenha setenta anos à época da celebração, o regime de separação de bens seria imposto inevitavelmente. Tal comparação não parece razoável, muito menos constitucionalmente justificável.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 527.

3.2 CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

O artigo 1º do Código Civil Brasileiro afirma que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, no entanto, nem todos podem exercer esses atos civis por conta própria. A capacidade civil dos indivíduos está regulada nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro. O artigo 3º define como absolutamente incapazes civilmente os indivíduos com menos de dezesseis anos de idade, sendo assim, eles precisam ser representados no âmbito civil por alguém plenamente capaz que deve zelar pelo melhor interesse do representado. Já o artigo 4º traz os relativamente incapazes. Nesses casos, para praticarem atos civis eles deverão ser assistidos por um indivíduo capaz, que não realize as escolhas por ele, mas auxilie na tomada de decisão, sob pena de anulabilidade. São os jovens entre dezesseis e dezoito anos; os viciados em substâncias entorpecentes e em bebidas alcoólicas quando sem controle sobre o vício; as pessoas que encontram-se incapacitadas de exprimir sua vontade, mesmo que por motivo passageiro, como um estado de coma, por exemplo; e por último, os pródigos, que não possuem responsabilidade sobre seus gastos e representam um perigo para o próprio patrimônio.

Portanto, percebe-se que nem todas as pessoas estão aptas a praticarem todos os atos civis. Tendo em conta que o casamento é um ato civil, o Código Civil estipula no artigo 1.517 que o indivíduo entre dezesseis e dezoito anos que desejar se casar não poderá fazê-lo sem a autorização expressa de ambos os pais ou de seus representantes legais. Em caso de negativa dessa autorização, o poder judiciário ainda pode ser acionado para supri-la se considera-la injusta, conforme contido no artigo 1.519 do mesmo código. O casamento de menores de dezesseis anos era autorizado pelo artigo 1.520 até a entrada em vigor da Lei 13.811⁸⁶ de 2019 que alterou sua redação proibindo de forma taxativa o casamento de quem não atingiu a idade núbil. A redação anterior permitia essa modalidade em caso de gravidez ou para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, o que abrangia o crime de estupro, por exemplo, permitindo um casamento entre vítima menor de dezesseis anos e agressor a fim de afastar a incidência da pena decorrente desses crimes. O fato da alteração desse artigo só ter ocorrido em 2019 demonstra como existem normas no ordenamento jurídico que precisam ser reanalisadas e possivelmente sofrerem alterações a fim de representarem as mudanças da sociedade e espelharem a noção de justiça atual.

⁸⁶ BRASIL. *Lei nº 13.811 (2019)*. Brasília, 12 mar. 2019.

Tendo analisado quem possui capacidade para o casamento, percebe-se que não existe qualquer impedimento ao indivíduo com mais de setenta anos para realizar o ato de casar puramente em razão da sua idade. Seguindo o mesmo raciocínio, se o indivíduo se apresenta plenamente capaz de praticar atos civis, não incidindo qualquer limitação de natureza mental, estando são de suas ações, não parece aceitável impedir que ele realize a escolha do regime de bens que deseja submeter o seu casamento pela simples razão de que esse ato foi celebrado após a data de seu 70º ano de vida. O intuito de proteger o idoso de um possível golpe acaba se transformando em uma espécie de punição, ao restringir a sua liberdade e limitar a sua capacidade de escolha.

A tábua da mortalidade é uma pesquisa realizada anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e na última edição disponível, de 2019, forneceu o dado de que o brasileiro tem uma expectativa de vida média de 76,6 anos, representando um aumento de 3 meses se comparado ao ano anterior. A pesquisa aponta que os homens têm a expectativa de vida ao nascer de 73,1 anos e as mulheres de 80,1 e o índice mostra que a cada ano esse aumento continua ocorrendo. Em 1991, as pesquisas indicavam que esse número era de 66,9 anos, por exemplo. Sendo assim, houve um aumento de quase 10 anos na expectativa de vida média total da população em menos de 30 anos de história.⁸⁷

Esse aumento é decorrente dos avanços na qualidade de vida dos cidadãos, tanto em função da melhora no serviço de saneamento básico; quanto dos avanços na ciência e medicina; da possibilidade de acesso à saúde de qualidade pela população; além do aumento da alfabetização dos brasileiros, que permitiu oportunidades melhores de emprego, com salários que suprem de forma mais adequada as necessidades da vida em geral, principalmente alimentícias; bem como a valorização do estilo de vida saudável e bem-estar físico e emocional, com hábitos alimentares mais corretos e tempo despendido para a prática de esportes e exercícios. A soma de tudo isso torna a vida mais agradável e duradoura.

Em 2015, o IBGE publicou um estudo sobre a mudança demográfica no Brasil no início do século XXI que também indica projeções para o futuro da população. Um trecho desse estudo que merece destaque diz respeito à diminuição considerável da mortalidade dos idosos entre sessenta e noventa anos de idade:

Entre 2000 e 2030, a mortalidade na faixa de 60 a 90 anos de idade declina em todas as Unidades da Federação. Em Santa Catarina, a taxa de mortalidade, em 2000, que era de 880,2‰, passará a ser 641,1‰, em 2030, isto é: 239 pessoas para cada 1 000,

⁸⁷ IBGE. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil 2019*.

que até então não conseguiam atingir os 90 anos, passarão a alcançar essa idade, sendo esta a maior redução entre todos os estados. Para a população masculina, esta taxa passará de 922,3‰ para 726,6‰, com redução de 195,7‰, e, para as mulheres, a taxa de 839,3‰, observada em 2000, será de 562,9‰, com aumento de aproximadamente 276 vidas para cada 1 000, nesse intervalo de tempo.⁸⁸

Essa análise permite a constatação de que cada vez mais as pessoas com mais de setenta anos ocupam espaço na sociedade e, por consequência, praticam atos civis, sendo um deles o casamento. Além disso, permite que se tenha a noção de que pessoas que se casam aos setenta anos de idade, por exemplo, podem passar até mais de vinte anos casadas. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

É importante ressaltar que o aumento da expectativa de vida traz o desafio de se repensar o papel do idoso na sociedade, pois o convívio intergeracional torna-se cada vez mais intenso e duradouro. Dessa forma, tem-se valorizado a participação ativa dos avós na vida dos netos, proporcionando importantes mudanças na própria dinâmica familiar, e refletindo, sobretudo, na legislação.⁸⁹

Sendo assim, supor que indivíduos com mais de setenta anos não tenham capacidade de percepção quanto à exposição a golpes relacionados ao casamento; ou que essa idade não mais permita que a pessoa construa patrimônio e administre-o por conta própria, sendo necessário preservar o patrimônio atual, inclusive considerando os futuros herdeiros, não parece condizente com as garantias constitucionais ou com a realidade vivenciada atualmente. A exposição a golpes e causas que podem diminuir a capacidade física ou mental do indivíduo podem ocorrer em qualquer idade e tolher a liberdade de decisão quanto a escolha do regime de bens do casamento de pessoas septuagenárias não garante que essas hipóteses não aconteçam. Rolf Madaleno expressa a sua opinião no seguinte sentido:

Impossível aceitar a subversão de valores, supondo preponderem a cobiça e o interesse econômico entre pessoas que se aproximem afetivamente a partir dos setenta anos de idade; existindo homens e mulheres que casam com a mesma faixa etária, que estariam e estão unicamente interessadas na afeição, no amor e na expressão dos seus sentimentos humanos de apreço, solidariedade e companhia, para evitar a solidão da velhice, e nesse conjunto de fatores não escapa e tampouco faz sentido fique marginalizada a busca de uma segurança econômica, que, aliás, está presente em todas as idades e em todas as existências. Imagina realmente o legislador que com as restrições de direito ao casamento do idoso estaria agindo na efetiva proteção dos seus recursos econômicos e financeiros, quando provavelmente está resguardando os interesses econômicos e financeiros dos potenciais sucessores desse idoso noivo.⁹⁰

⁸⁸ ERVATTI, Leila Regina, et al. *Mudanças demográficas no Brasil no início do século XXI: subsídios para as projeções da população*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 80.

⁹⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 118.

A Lei nº 10.741 de 2003⁹¹ estabelece o Estatuto do Idoso e em seu artigo 1º afirma serem idosos os indivíduos com mais de sessenta anos de idade. Eles tem amparo da Constituição Federal, que em seu artigo 230 afirma que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O artigo 2º do Estatuto do Idoso expõe;

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Percebe-se que o estatuto funciona como uma forma de conferir mais direitos às pessoas idosas a fim de facilitar a sua vivência na sociedade e a efetivação dos direitos básicos conferidos a todos os brasileiros pela Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 10 do Estatuto confirma isso ao afirmar que “é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”, além disso o §1º desse artigo, em seus incisos, expõe que o idoso tem liberdade de opinião, expressão, participação na vida familiar e comunitária, entre outros. Portanto, essa lei garante às pessoas com mais de sessenta anos a manutenção da sua dignidade e da sua liberdade de decisão além de todos os outros direitos fundamentais conferidos pela Constituição, como saúde, alimentação, educação, cultura, lazer.

Rolf Madaleno evidencia que antes da vigência da Lei nº 10.741 o idoso “estava à mercê de um reconhecimento especial para a vulnerabilidade de seus fundamentais direitos” e destaca o regime matrimonial como um deles ao afirmar que “ao contrário das restrições impostas pelo Código Civil, deveria ser de livre-escolha, ou ao menos assegurado o regime automático e legal da comunhão parcial e a divisão de eventuais bens aquestos”.⁹² Sendo assim, o artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro também não está de acordo com o Estatuto do Idoso, na medida que afronta a dignidade dos indivíduos com mais de setenta anos e retira a sua liberdade de escolha exclusivamente em função da idade. Maria Berenice Dias tem opinião bem formada a respeito do assunto:

Nada justifica a manutenção dessa *capitis deminutio*, que gera presunção de incapacidade, sem atentar para o fato de que vem aumentando a longevidade e a

⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.741 (2003). *Estatuto do idoso*. Brasília, 1º out. 2003.

⁹² MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107.

qualidade de vida das pessoas. A regra denota preconceito contra a chamada 'melhor idade', o que é vedado pelo Estatuto do Idoso. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens, é desarrazoada, não se conseguindo identificar quem a lei pretende preservar. Ora, se visa a proteger o idoso, protege o homem, pois é ele que, com 70 anos de idade, tem muito mais chance de casar do que uma mulher sexagenária. Assim, se a lei protege o noivo idoso, desprotege sua 'jovem' pretendente.⁹³

Dias, portanto, aponta outra discrepância sobre a impossibilidade de escolha do regime de bens do casamento nos casos em que apenas um dos cônjuges tem mais de setenta anos. A doutrinadora sugere que a imposição do artigo 1.641, II, do Código Civil, que supostamente serviria para proteger o cônjuge idoso, na verdade estaria atuando de forma a desfavorecer o cônjuge mais novo que, mesmo que tenha uma diferença de idade considerada grande em relação ao outro, não pode ser taxado como aproveitador como regra. A obrigatoriedade do regime de separação de bens deixa-o completamente desprotegido tanto na meação, quanto na sucessão. Essa visão da autora remete ao princípio da igualdade entre os cônjuges, já mencionado no tópico do princípio da isonomia, que não é respeitado nos casos exemplificados, uma vez que impõe o regime de separação de bens em função de uma característica natural de um dos cônjuges, que não possui fundamento concreto que confirme a necessidade dessa imposição e prejudica o outro cônjuge em razão disso. Sendo assim, há uma clara desigualdade entre os cônjuges e a razão para isso é discriminatória, visto que se baseia unicamente na idade do nubente que o Código Civil considera elevada demais para permitir uma tomada de decisão acertada em relação a qual regime de bens escolher para o seu casamento. A impressão que a obrigatoriedade do regime de separação de bens após os setenta anos passa para a sociedade é de que o casamento depois dessa idade ou é baseado em interesse financeiro por parte do nubente mais jovem, que visa lucrar com a união e se apropriar do patrimônio do cônjuge idoso; ou, se realizado entre dois nubentes de idades semelhantes, a impressão é de que não irá gerar patrimônio relevante durante o casamento e deve-se preservar o patrimônio já constituído em favor dos seus futuros herdeiros. Ambas as hipóteses representam situações que, com certeza, já ocorreram, entretanto, elas não podem servir de regra para impor essa modalidade de regime a todas as outras situações com circunstâncias semelhantes. Sobre essa imposição do ordenamento, Pereira é da opinião de que:

Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.⁹⁴

Tendo forte apoio doutrinário, o Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil, ocorrida no ano de 2002, já tratava da inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil e sugeria a sua revogação com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.⁹⁵

Na época a idade referida no inciso ainda era de sessenta anos e, como já foi tratado nesse trabalho, a solução encontrada foi apenas alterar a idade através da Lei nº 12.344 de 2010 somando-se dez anos, o que não solucionou a inconstitucionalidade do inciso, somente remediou o problema a fim de postergar a discussão.

Levando em consideração todos os argumentos expostos, analisando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia entre os indivíduos em geral e entre os cônjuges, da autonomia privada, além das garantias conferidas pelo Estatuto do Idoso e de explorar a capacidade plena de pessoas com mais de setenta anos sem limitações de natureza mental, visualiza-se que a corrente que defende ser inconstitucional o artigo 1.641, II, do Código Civil tem base forte e possui argumentos sólidos. Portanto, a tese é merecedora de debate e possível revogação do disposto no inciso, já que o mundo jurídico não é estático, devendo basear-se na realidade da atual sociedade e zelar pelos direitos fundamentais do indivíduo. Como aponta Maria Berenice Dias:

Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações interpessoais, precisa respeitar a dignidade, o direito à liberdade e à igualdade de todos e de cada um. Tem a obrigação de garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz!⁹⁶

Essa natureza mutável da sociedade e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico pode ser verificada na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, já comentada

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 244.

⁹⁵ FEDERAL, Conselho da justiça. *Enunciado n. 125. I Jornada de Direito Civil*.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

nesse trabalho, que estendeu a interpretação da união estável para as relações homoafetivas, cujo trecho do voto do relator Ayres Britto traz:

A Constituição do Brasil proíbe, por modo expresse, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja.

Ressalta-se a fala no sentido de que condições intrínsecas ao indivíduo não devem ser usadas com a finalidade de demérito ou discriminação, inclusive tendo o fator da idade citado pelo relator. Argumento esse, também aplicável à questão analisada nesse trabalho, já que a imposição presente no artigo 1.641, II, do Código Civil revela-se puramente em razão da idade do nubente como uma forma de desmerecimento em relação aos demais indivíduos mais jovens, causando constrangimento ao idoso com mais de setenta anos e negando-o garantias fundamentais conferidas a todos pelo texto constitucional.

4 BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO REGIDO PELA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Certo é que, mesmo com a imposição do regime da separação de bens aos nubentes em que pelo menos um deles tenha mais de setenta anos de idade à época do casamento, a união inevitavelmente gera a aquisição de bens durante a sua constância. Esses bens, seguindo as regras do regime de separação de bens obrigatório, pertencem apenas ao cônjuge que conste como proprietário e não são objeto de meação. No entanto, na realidade de um casamento, é comum que o patrimônio só seja possível de ser conquistado com o auxílio e participação de ambos os cônjuges. Mesmo que a maior parte do capital do casal seja fruto da renda de um deles, o outro normalmente tem a sua participação ao realizar outros afazeres para permitir que o provedor consiga exercer as suas tarefas. Sendo assim, injusto seria não reconhecer essa participação e deixar um dos cônjuges desprotegido financeiramente, enquanto o detentor dos bens fica com tudo que eles construíram em conjunto, representando, portanto, um enriquecimento sem causa.

Outra questão que é motivo de dúvidas e debates é a possibilidade de doações entre os cônjuges que são obrigados pelo artigo 1.641, II, do Código Civil a casarem sob o regime de separação de bens. Proibir esse tipo de doação seria mais uma restrição à liberdade do indivíduo e pelo mesmo e único motivo da imposição do regime de separação de bens: a idade. Essa proibição seria como um atestado de incapacidade entregue pelo Estado ao idoso com mais de setenta anos, afirmando que ele não possui mais o direito de dispor de seus bens. Além disso, outro aspecto debatido pela doutrina e jurisprudência é se as regras que valem para a doação entre cônjuges sob as circunstâncias do regime obrigatório também valem para a doação entre companheiros.

Esse capítulo irá dedicar-se à análise desses aspectos na realidade dos brasileiros e a esclarecer quais os pensamentos que predominam entre os doutrinadores e nas jurisprudências dos tribunais nacionais.

4.1 REPERCUSSÃO DA SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já mencionado nesse trabalho, o casamento não significa somente a união física entre dois indivíduos, existe uma repercussão em todos os aspectos da vida dos cônjuges,

inclusive no patrimonial. Por esse motivo destaca-se a importância do pacto antenupcial e da escolha do regime de bens pelos nubentes, já que eles mesmos são os maiores afetados por essa decisão. No entanto, como também já foi mencionado anteriormente, quando eles optam por não realizarem pacto antenupcial, a lei estipula o regime de bens legal da comunhão parcial, segundo o qual se comunicam apenas os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Deduz-se que o ordenamento, portanto, considera esse o regime mais justo, já que presume o esforço mútuo de ambos os cônjuges para a construção do patrimônio comum do casal. Sendo assim, a imposição da separação de bens aos indivíduos com mais de setenta anos novamente ganha roupagem de punição, como se o ordenamento indicasse que o mais adequado é o indivíduo casar até os sessenta e nove anos e, então, tem o direito a escolher o regime de bens que irá submeter o seu casamento, ou ainda pode deixar que o Estado aplique o da comunhão parcial. Já se o cidadão decidir casar após os setenta anos de idade, o direito à escolha do regime de bens não mais vigora, e inclusive o regime de bens que o Estado considera mais justo também não incidirá, os cônjuges são obrigados ao regime da separação de bens.

A Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal é uma ferramenta usada nos tribunais a fim de amenizar esse aspecto discriminatório ao sugerir que “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.⁹⁷ Ela foi escrita em 1964, quando o regime legal ainda era o da comunhão universal de bens. Caio Mário da Silva Pereira declara que:

Esta Súmula veio abrir a possibilidade de se amenizar a imutabilidade do regime legal do casamento e permitir, inclusive, que nas relações patrimoniais decorrentes do casamento ao qual foi imposto por lei o regime da separação total sejam reconhecidos a colaboração e o esforço comum entre os cônjuges.⁹⁸

Entretanto, destaca-se o fato de que a sua redação criou uma espécie de comunhão parcial maquiada, já que, na prática, quando é realizada a meação os dois regimes proporcionam os mesmos resultados. Nas palavras de Paulo Lôbo:

Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento. A presunção de comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível se se tratasse de sociedade de fato.⁹⁹

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 238.

⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 327.

O doutrinador destaca o aspecto absoluto da súmula na presunção de participação para a aquisição do bem, sem necessidade de prova de esforço comum, assim como ocorre no regime da comunhão parcial. No entanto, esse requisito foi motivo de dúvidas e controvérsia entre doutrinadores e aplicadores do direito. Pereira destaca que após a publicação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houveram muitos debates acerca da necessidade de prova de contribuição de ambos os cônjuges para a aquisição dos bens adquiridos na constância do casamento e que o entendimento durante a década de 90 era que a comunicação dos bens aqwestos seria somente para os frutos de esforço comum. Entendimento esse que, segundo o doutrinador, foi superado no início dos anos 2000.¹⁰⁰ Porém, no ano de 2018 o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento decidindo pela necessidade de prova de esforço comum em julgado publicado no Informativo nº 628 do STJ.¹⁰¹ Tal entendimento vem sendo aplicado desde então, a exemplo da Apelação Cível julgada pela Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que traz na ementa: “Partilha dos bens adquiridos na constância do casamento que, embora prevista na súmula 377 do STF, imprescinde de provas da comunhão de esforço para sua aquisição”.¹⁰² A mesma necessidade de comprovação é destacada em Apelação Cível julgada pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa aponta: “Casamento realizado pelo regime da separação legal. Comunicação dos aqwestos que exige prova da participação do cônjuge para sua aquisição. Súmula nº 377 do STF”.¹⁰³ Demonstrando, assim, que o entendimento sobre a questão está pacificado na jurisprudência nacional.

À época da redação do Código Civil de 2002, a Súmula nº 377 já existia há décadas e tinha grande aplicação nos tribunais nacionais. Por isso foi motivo de dúvidas e opiniões opostas entre os civilistas a não inclusão do seu conteúdo ao novo código, o que para alguns significou, inclusive, a revogação da súmula, já que o artigo 259 do Código Civil de 1916 que afirmava: “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto a comunicação dos adquiridos na constância do casamento” não foi transcrito ao Código Civil de 2002. Visão essa não partilhada por grande parte da

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 245/246.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.623.858/MG*, Relator: Min. Lázaro Guimarães, j. 23 mai. 2018.

¹⁰² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n.º 0301089-82.2015.8.24.0044*. Relatora: Desa. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 12 dez. 2019.

¹⁰³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1020504-40.2019.8.26.0003*. Relatora: Desa. Viviani Nicolau. São Paulo, 23 fev. 2021.

doutrina, como Rolf Madaleno que declara não ver revogação da Súmula, visto que “sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens hauridos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*”.¹⁰⁴ Maria Berenice Dias expressou a mesma compreensão logo no ano seguinte à entrada em vigência do novo código, na relatoria de uma apelação cível que discutia a partilha dos bens de um casamento regido pela separação obrigatória, ao afirmar que “com o advento do Novo Código, questiona-se se esta Súmula estaria ainda em vigor, mas a festejada doutrina dos comentadores deste Estatuto tem entendido pela manutenção do regime da comunhão dos aquestos”.¹⁰⁵

A maior justificativa para a redação da Súmula nº 377 do STF é a vedação do enriquecimento ilícito. O artigo 884 do Código Civil afirma que o indivíduo que enriquecer à custa de outro sem justa causa é obrigado a restituir os valores indevidos ou o a coisa determinada. Então, sabendo que no caso de um casamento regido pela separação obrigatória de bens, ambos os cônjuges continuam obrigados a contribuir para o sustento e manutenção da vida à dois, com gastos comuns e construção de patrimônio mútuo, é inegável que sem o entendimento da súmula aqui analisada a balança da meação resultaria em desequilíbrio, com um dos cônjuges saindo prejudicado e o outro, titular dos bens, enriquecendo de forma gratuita. Essa disparidade entre as partes também não estaria de acordo com os princípios e valores constitucionais, como o princípio da isonomia e o da igualdade entre os cônjuges, por exemplo. Madaleno destaca que a incidência da súmula em questão não significa premiar o ócio, mas sim “a lealdade, o respeito, a colaboração, o suporte moral e psíquico de um cônjuge ao outro”.¹⁰⁶

Porém, respeitando ao princípio da autonomia privada e a liberdade do indivíduo em pactuar o regime de bens do seu casamento, nada impede que no pacto antenupcial seja estipulado o afastamento da incidência da Súmula nº 377 do STF, conforme aponta Márcio Martins Bonilha filho em artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família¹⁰⁷ e sugere Maria Berenice Dias ao afirmar que “não se tratando de convenção contra disposição absoluta de lei (CC 1.655), há liberdade suficiente para estipulação, que pode conter, inclusive, regras de disposições legais revogadas”.¹⁰⁸ Assim, os nubentes podem pactuar o afastamento

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 188.

¹⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70007503766*.

Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 dez. 2003.

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 188.

¹⁰⁷ BONILHA FILHO, Márcio Martins. *O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens*. IBDFAM, 2020.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 523.

da incidência da Súmula nº 377 nos casos em que é imposto o regime da separação obrigatória de bens e não estariam, com isso, modificando ou afrontando o regime legal, já que as restrições impostas pelo regime da separação de bens permaneceriam. Isso não impede também que contribuam para a aquisição de bens comuns e registrem sob a titularidade de ambos.

A Súmula nº 377, mesmo com visões controversas de alguns estudiosos sobre a vigência e a necessidade ou não de comprovação de esforço comum para a aquisição dos bens do casal, continua sendo amplamente aplicada nos tribunais nacionais e gerando seus efeitos. A exemplo do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁰⁹ que expõe:

Tratando-se de casamento realizado pelo regime da separação obrigatória de bens estabelecido no art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, a partilha de bens, quando da dissolução judicial do vínculo conjugal, dar-se-á de forma igualitária, a teor do disposto no Verbete 377 da Súmula do STF.

Além disso, o mesmo julgado deferiu medida cautelar de protesto contra a alienação dos bens adquiridos na constância do casamento a fim de garantir a devida meação. Mesmo entendimento é percebido em Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa traz:

Apelação cível. Julgamento conjunto. Ação de divórcio cc. Partilha de Bens e Ação de Aluguel. Impossibilidade de manutenção do vínculo conjugal. Incontroversa a separação de fato. Matrimônio realizado sob o regime da separação obrigatória de bens, conforme disposição do art. 1.641, inc. II, do Código Civil. Partilha de bem imóvel. Aplicação da Súmula 377 do STF. Divisão do patrimônio adquirido na constância do casamento. Aquisição de lote de terreno com posterior realização de benfeitorias. Apuração em sede de liquidação de sentença da parte que cabe a cada litigante. Arbitramento de aluguel a ser fixado no percentual que couber ao varão, posto que a residência comum é ocupada com exclusividade pela virago. Valores devidos desde a citação. Inteligência do art. 397, parágrafo único, do Código Civil cc. art. 240 do Código de Processo Civil. Recursos principal e adesivo parcialmente providos.¹¹⁰

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também reconhece a aplicação da Súmula nº 377 em julgamento recente de Apelação Cível cujo trecho consta:

Quanto aos bens futuros, ou seja, aqueles contraídos a título oneroso no curso do matrimônio entende-se que estes se comunicam, a rigor do entendimento sumular n. 377 editado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A respeito da partilha de tais bens, embora não seja questão pacificada, predomina o entendimento no sentido de ser necessária a comprovação por parte do ex-cônjuge de que teria contribuído para aquisição ou aumento do patrimônio na constância da relação.¹¹¹

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70044075901*. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 19 out. 2011.

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 0007559-60.2015*. Relator: Des. Rodolfo Pellizari. São Paulo, 29 nov. 2017.

¹¹¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n.º 0001747-33.2012*. Relator: Des. Ricardo Fontes. Florianópolis, 22 jan. 2019.

Portanto, fica claro que a Súmula nº 377 do STF não foi revogada pelo Código Civil de 2002 e continua em pleno cabimento na prática jurídica. No entanto, os questionamentos quanto à sua criação têm fundamento. Isso porque a razão de o ordenamento jurídico impor o regime da separação de bens aos casos elencados no artigo 1.641 do Código Civil é proteger o patrimônio de terceiros envolvidos e principalmente o dos cônjuges. Isso fica ainda mais evidente no caso do inciso II, em que a imposição surgiu da preocupação com possíveis golpes contra nubentes com mais de setenta anos de idade. Todavia, percebeu-se que a obrigatoriedade desse regime muitas vezes resultou em injustiças, já que o patrimônio do casal é construído em conjunto durante a união e os bens aqestos não eram divididos de forma igualitária na meação. A solução encontrada foi a edição da Súmula nº 377 pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, de fato, a sua redação descaracterizou o regime obrigatório da separação de bens, uma vez que conferiu aspectos de um regime de comunhão parcial de bens. Sendo assim, percebe-se que, embora possa ter sido uma mudança favorável à época de sua redação, essa não foi a melhor solução para dirimir as injustiças decorrentes dessa imposição.

Analisando a questão, sabe-se que a regra da obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento das pessoas com mais de setenta anos foi criada com a finalidade de proteger o patrimônio dessas pessoas, evitando a ocorrência de golpes de possíveis pretendentes mais jovens que estivessem interessados puramente no ganho material que o casamento poderia proporcionar. No entanto, a aplicação da Súmula nº 377 não evita que isso ocorra, uma vez que, conforme já foi explicitado nesse trabalho, nubentes com setenta anos ou mais podem viver décadas ao lado de seu cônjuge e construir patrimônios significativos na vigência do casamento, aos quais o respectivo parceiro terá direito a meação por incidência da referida súmula.

Além disso, tanto as hipóteses do inciso I, quanto as do inciso III, do artigo 1.641 do Código Civil são mutáveis, possibilitando a alteração do regime de bens a partir do momento que forem resolvidas. Portanto, a autonomia dos cônjuges quanto a escolha do regime de bens é respeitada, uma vez sanada a causa suspensiva, ou a causa que necessitou de suprimento judicial para o casamento. Não se pode dizer o mesmo da hipótese do inciso II, pois, como já foi mencionado, não é uma causa cabível de alteração no plano jurídico, muito menos no fático. Sendo assim, é possível concluir que a melhor solução não esteja na criação de novas normas ou súmulas, mas na revogação de normas inconstitucionais, como é defendido ser o artigo 1.641, II, do Código Civil. A vigência e constante aplicação da Súmula nº 377 do STF pelos julgadores nacionais em meações de casais que contraíram casamento após pelo menos um

deles ter mais de setenta anos de idade corrobora para esse pensamento. Isso porque é uma maneira de contornar a obrigatoriedade do regime de separação de bens que, como se viu, pode causar enriquecimento injustificado a um dos cônjuges e trazer prejuízo ao outro.

4.2 POSSIBILIDADE DE DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES CUJO CASAMENTO É REGIDO PELA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL

Outra questão causadora de questionamentos entre os estudiosos do direito de família é a possibilidade ou não de doações entre os cônjuges que tiveram o regime de separação de bens imposto por consequência do artigo 1.641, II do Código Civil. Isso porque, se a razão da imposição desse regime é proteger o patrimônio do idoso acima de setenta anos que decide se casar, as doações desse mesmo idoso ao respectivo cônjuge poderiam configurar um artifício a fim de contornar essa separação de bens obrigatória. No entanto, a proibição dessa doação seria um afronte aos princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, bem como da intervenção mínima do Estado em questões privadas. Além disso, deixaria subentendido que o idoso com mais de setenta anos é visto como incapaz pelo poder público.

Flávio Tartuce define a doação como “ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito”.¹¹² Destaca-se, ainda, o questionamento a respeito da aceitação do donatário. Analisando o artigo 539 do Código Civil, que autoriza o doador a definir um prazo para que o donatário se manifeste a respeito do aceite à doação e, caso esteja ciente do prazo e não o faça em tempo, presume-se a doação aceita, entende-se que a aceitação não precisa ser expressa, mas depende de ciência do donatário. Para a doação ser considerada válida, devem ser respeitados os três requisitos elencados no artigo 104 do Código Civil: “agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei”. Analisando a possibilidade de doação entre cônjuges em que pelo menos um tem mais de setenta anos de idade, desde que sejam cumpridos os requisitos do objeto lícito e da forma prescrita, o requisito de agente capaz não é descumprido simplesmente pelo motivo da idade.

Tratando-se da possibilidade da doação de bens comuns ao patrimônio de um casal, Caio Mário da Silva Pereira expõe que “sendo a doação um contrato unilateral e gratuito,

¹¹² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*, volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 771.

nenhum dos cônjuges pode fazê-la sem a anuência do outro, se tiver por objeto bens comuns, ainda que móveis”.¹¹³ O artigo 1.647, IV, do Código Civil afirma que nenhum cônjuge pode realizar doações de bens comuns ou de bens que integrarão futura meação sem autorização do outro, exceto no regime da separação de bens. Conforme já foi tratado no item anterior, a Súmula nº 377 do STF sustenta que no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os aquestos frutos de esforço comum. Sendo assim, pode-se concluir que nos casamentos que se enquadram nas hipóteses elencadas no artigo 1.641 do Código Civil e não houver pacto antenupcial afastando a incidência da referida súmula, também deve ocorrer a anuência de ambos os cônjuges para doação de bens adquiridos onerosamente durante o casamento por meio de esforço comum, uma vez que estão sujeitos à meação futura.

Em relação à doação de um cônjuge ao outro, o artigo 544 do Código Civil afirma que essa prática caracteriza “adiantamento do que lhes cabe por herança”. Porém, o artigo 1.829 do mesmo código declara que o cônjuge sobrevivente que era casado sob o regime da separação obrigatória de bens não participa da sucessão legítima do cônjuge falecido. Isso implica concluir que a doação entre cônjuges cujo casamento é regido pela separação obrigatória de bens não se enquadra como adiantamento de herança.

A possibilidade de doação entre cônjuges nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil é tema controverso. Flávio Tartuce acredita que essa doação é possível somente nos casos dos incisos I e III do referido artigo, uma vez preenchidos os requisitos do Enunciado nº 262 do STJ, que autoriza a alteração do regime de bens nos casos em que a causa que o impôs resta superada. Em suas palavras: “Se é possível a alteração do regime, válida é a doação entre os cônjuges em casos tais, por razões óbvias”.¹¹⁴ Paulo Lôbo, por sua vez, visualiza a possibilidade de doação também nos casos do inciso II ao afirmar que “não há impedimento legal para que o cônjuge casado com mais de 60 anos, sob regime de separação obrigatória, faça doação de bens ao outro, desde que observada a legítima, em virtude do princípio da livre disposição de bens”,¹¹⁵ ainda referindo-se ao texto anterior à Lei nº 12.344. Já Sílvio de Salvo Venosa acredita que a doação de um cônjuge ao outro no regime da separação obrigatória de bens configura “transgressão ao preceito imposto”.¹¹⁶ No entanto, a proibição dessa espécie de doação não se

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 252.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*, volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017, p. 780.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 326.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 369.

sustenta nesse argumento, já que a capacidade civil do indivíduo permite que disponha de seus bens como bem entender, uma vez preservada a quota da legítima. Esse direito só lhe é retirado caso seja constatado via perícia médica e psiquiátrica, por meio de processo judicial de interdição, que o idoso não possui capacidade de administrar seu próprio patrimônio. A lei não proíbe que pessoas com mais de setenta anos realizem doações em razão da sua idade, sendo assim, se esse um indivíduo com mais de setenta anos pode doar bens a outro, não tem razão proibir a doação entre essas mesmas pessoas uma vez estejam casadas. Em respeito aos princípios da liberdade e da autonomia privada, o cônjuge com mais de setenta anos tem direito de doar seus bens disponíveis, inclusive para seu respectivo cônjuge.

Esse entendimento vem sendo aplicado nos tribunais nacionais, a exemplo do Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi cuja ementa traz:

Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (I) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (II) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (III) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.¹¹⁷

Percebe-se o destaque ao fato de que a doação não seria considerada inválida se entre as partes não houvesse o instituto do matrimônio, sugerindo um favorecimento à união estável, o que possui vedação constitucional expressa. Em julgado recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é possível verificar o mesmo entendimento em trecho retirado da ementa:

I- A doação feita por cônjuge, casado pelo regime da separação obrigatória de bens, ao outro cônjuge, em regra, vem sendo considerada válida. Necessidade de exame do caso concreto.
II- Encontrando-se o cônjuge doador em perfeito estado mental, e revelando vontade real de doar seus bens ao outro cônjuge, que revela conduta séria quanto à vida em comum, como entidade familiar, não há que se falar em nulidade do ato de disposição.
III- Necessidade de se interpretar as regras jurídicas de forma lógica.
IV- Não se pode presumir, "juris et de jure", a má-fé e a vontade de burlar a lei, através de influências nefastas pelo cônjuge beneficiário.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial 471.958/RS (2002/0136764-8)*, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 18 dez. 2008.

V- Pensar dessa forma seria dizer que os cônjuges, com vínculo regido pela separação legal, estão sempre em relação hipócrita e vazia de amor e carinho, abalando e se contrapondo ao conceito de família.

VI- Apenas pode-se falar em burla ou fraude à lei, em casos onde se evidencie que o cônjuge beneficiário da doação induziu maliciosamente o cônjuge doador.¹¹⁸

É enfatizada a capacidade mental plena do doador e a presunção de boa-fé na relação. O relator atenta para a questão de que relações em que há uma diferença de idade grande entre os cônjuges não devem ser sempre encaradas como uma forma de lucro para o parceiro mais jovem, que estaria na relação apenas com a intenção de ludibriar o cônjuge idoso e obter benefícios patrimoniais. Em julgado ainda mais recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também é possível constatar a concordância com a doação entre cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens:

Como se sabe, o artigo 1.641 do Código Civil prevê algumas hipóteses em que o ordenamento jurídico impõe o regime de separação de bens aos cônjuges, com o intuito de preservar o patrimônio envolvido, o qual se aplica ao matrimônio mantido entre as partes porque o varão era septuagenário à data da celebração do casamento. Ocorre que, a despeito do debate doutrinário traçado quanto à (in)constitucionalidade dessa imposição legal, o fato é que o ordenamento jurídico brasileiro admite a doação de bens entre os cônjuges, independentemente do regime de bens adotado, consoante preconiza o artigo 544 do Código Civil: 'Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.' Com efeito, a única consequência jurídica da doação entre cônjuges diz respeito ao regime sucessório, já que importa em adiantamento de legítima, mas não se verifica empecilho à liberalidade exercida entre cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória de bens.¹¹⁹

Portanto, enxerga-se que a doutrina nacional vem decidindo a favor da possibilidade de doação nos casos de casamentos regidos pela separação obrigatória de bens imposto em razão do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

Sendo assim, a análise tanto da aplicação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, quanto da possibilidade de doação entre os cônjuges em que pelo menos um possui mais de setenta anos à época do casamento e, exclusivamente por isso, recebem a imposição do regime da separação de bens, permite concluir que a jurisprudência vem buscando maneiras de interpretar a obrigatoriedade emanada do artigo 1.641, II, do Código Civil de uma forma mais justa para ambas as partes e em conformidade com os princípios constitucionais. Além de alertar para o fato de que o indivíduo não perde a sua capacidade de construir patrimônio novo ou de administrar o que já adquiriu anteriormente.

¹¹⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n.º 0065658-39.2018.8.19.0000*. Relator: Des. Ricardo Couto de Castro. Rio de Janeiro, 04 dez. 2019.

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 0001251-38.2016.8.16.0045*. Relator: Des. Mario Nini Azzolini. Porto Alegre, 16 mai. 2020.

5 CONCLUSÃO

Por meio das explicações abordadas no decorrer dessa monografia, percebe-se que a sociedade como um todo sofre modificações periódicas tanto nos aspectos que permeiam o cotidiano e impactam diretamente na qualidade de vida do ser humano, quanto na questão intelectual, já que a forma de encarar determinadas situações se modifica com o passar das gerações. A realidade da vida em comunidade é mutável, é da natureza do ser humano aprimorar-se e evoluir, e o ordenamento jurídico deve acompanhar essas evoluções, já que de nada adianta cobrar respeito a normas e leis que não fazem mais sentido no cotidiano atual e não mais refletem os valores e crenças do povo para o qual foram criadas. Conceitos que um dia podem ter parecido imutáveis, na sociedade atual foram superados e a dinâmica social depende de uma dinâmica também jurídica que a legitime.

As alterações no mundo jurídico sempre ocorreram, e assim deve ser. Nesse trabalho foram trazidos alguns exemplos históricos, como as conquistas do movimento feminista, principalmente no decorrer do último século, que desencadearam uma série de inovações e mudanças nas leis e normas jurídicas a fim de adequá-las à realidade que a mulher passou a ocupar na sociedade brasileira. Dentre essas alterações, o papel que a mulher exercia dentro da família e do casamento mudou totalmente e isso impactou diretamente no ramo do Direito de Família, que precisou passar por reformas para permitir a legitimação do que já estava sendo vivido. O mesmo ocorreu com a equiparação da união entre casais homossexuais à união estável, com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 de 2011. Esse tipo de relação já era realidade na sociedade brasileira há muito tempo e é dever do Estado regular as situações que permeiam o cotidiano dos cidadãos.

Além desses exemplos, em que o ordenamento adequou a sua redação a fim de regularizar práticas presentes na sociedade, existem também as alterações em decorrência de normas que estão em desacordo com princípios e garantias presentes no próprio ordenamento jurídico. É o caso dos filhos havidos fora do casamento em comparação com os filhos frutos dele. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preza pelo princípio da igualdade entre os filhos, portanto, a diferenciação de tratamento entre eles autorizada pelo Código Civil de 1916 tornou-se inconstitucional e, sendo assim, não podia continuar amparada pela legislação infraconstitucional. A igualdade entre os cônjuges também é uma garantia conferida pela Constituição, deste modo, as alterações havidas na lei em favor da mulher dentro

do casamento, conferindo-lhe os mesmos direitos garantidos aos homens, além de representarem uma adequação à realidade vigente, conforme elucidado no parágrafo anterior, também foram reflexo da redação constitucional.

Tendo em consideração que o sistema normativo não é estático e, portanto, é passível de alterações, e que existem normas infraconstitucionais em desacordo com a própria Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, então, passar por adequações, o capítulo segundo desse trabalho dedicou-se a analisar as razões que são levantadas entre estudiosos e aplicadores do direito para considerarem inconstitucional o artigo 1.641, II, do Código Civil, que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos nubentes com mais de setenta anos. Dentre elas, foram abordados alguns dos princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo a dignidade da pessoa humana o primeiro deles, uma vez que não é apenas um princípio, mas um fundamento do Estado Democrático de Direito. Esse princípio confere valor ao indivíduo, garantindo-lhe respeito como ser humano e causando-lhe a sensação de pertencimento em sociedade. Sendo assim, a afirmação de que a obrigatoriedade presente nesse inciso não está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana decorre principalmente do fato de que lhe retira a possibilidade de decisão e reduz o indivíduo a algo precificável, dando mais importância à questão patrimonial do que à sua vontade.

O segundo princípio analisado foi o da isonomia, de acordo com o qual todos devem ser julgados da mesma forma perante a lei. No entanto, conforme foi explicado nesse tópico, isso não significa dizer que há uma igualdade puramente formal, mas sim que pretende-se julgar tendo em vista uma igualdade material, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Além disso, também foi explanado o princípio da igualdade entre os cônjuges, que liga-se ao princípio da isonomia e também está expresso no texto constitucional, assegurando que não haja diferenciação de deveres e direitos entre os membros da relação, uma vez que possuem as mesmas garantias. Visto isso, demonstrou-se que exigir que pessoas com mais de setenta anos que desejem se casar submetam-se ao regime de separação obrigatória de bens vai de encontro tanto com o princípio da isonomia, quanto com o da igualdade entre os cônjuges, já que discrimina o indivíduo septuagenário exclusivamente em razão do seu tempo vivido.

O último princípio analisado foi o da autonomia privada, que visa garantir a liberdade de escolha do cidadão sobre as suas questões pessoais, sem que haja intervenção de terceiros ou até mesmo do próprio Estado. Esse princípio tem grande atuação na área de contratos, e,

como foi trazido nesse trabalho, o pacto antenupcial, que estipula o regime de bens do casamento, tem natureza contratual. Sendo assim, o princípio da autonomia privada também representa um fundamento que corrobora para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro, visto que proíbe a livre decisão do indivíduo maior de setenta anos em relação a uma questão personalíssima, que é a do regime de bens que deseja submeter o próprio casamento.

Além das explanações sobre os princípios desrespeitados por essa imposição, foi demonstrado que as pessoas com mais de setenta anos representam um grupo cada vez maior na sociedade brasileira e na vida econômica ativa do país em decorrência de fatores como uma melhor qualidade de vida, avanços na saúde e medicina, bem como um maior grau de alfabetização e maior renda familiar. Ademais, foi introduzido o Estatuto do Idoso, destinado à proteção e garantia dos direitos das pessoas com mais de sessenta anos. O texto veda expressamente qualquer tipo de discriminação baseada na idade avançada do indivíduo e preza pela inserção dos idosos na vida em comunidade, conferindo essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado. Logo, foi demonstrada a capacidade plena da pessoa com mais de setenta anos para realizar escolhas relativas à sua vida, não sendo justificável a imposição de um regime de bens a um possível casamento após essa idade.

O terceiro capítulo, por sua vez, trouxe meios usados pela jurisprudência a fim de amenizar essa restrição à liberdade de escolha causada pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil. Primeiramente foi analisada a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal que afirma serem comunicáveis os bens adquiridos onerosamente e frutos de esforço comum do casal na constância do casamento regido pela separação obrigatória de bens. Essa redação assemelhou em muito o regime imposto pelo artigo 1.641 do Código Civil ao regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal no ordenamento brasileiro. Ainda nesse capítulo, foi exposta a possibilidade de doações entre os cônjuges cujo casamento é regido pela separação obrigatória de bens, sendo trazidos julgados e opiniões doutrinárias que corroboram essa alternativa.

A partir da análise detalhada de todos os pontos levantados por essa monografia, conclui-se que o regime de bens imposto às pessoas com mais de setenta anos em decorrência do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro não é compatível com o texto constitucional e com a realidade vigente na sociedade brasileira. A revogação dessa redação, embora já venha sido levantada há décadas, permanece apenas como um projeto não efetivado. Portanto, é de

suma importância continuar com os diálogos e estudos a respeito dessa questão, sendo esse o intuito maior do trabalho aqui exposto.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética e Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BELTRÃO, Tatiana. **Divórcio demorou a chegar no Brasil**. 04 dez. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BONILHA FILHO, Márcio Martins. **O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens**. IBDFAM, 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1424/O+afastamento+da+aplicação+da+súmula+377,+do+STF+para+os+casamentos+a+serem+realizados+com+a+imposição+do+regime+de+separação+o+brigatória+de+bens>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de Junho de 1977**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 625**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.531.288/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 24 nov. 2015, DJe 17 dez. 2015. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201531288>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.515 (1977)**. Brasília, 26 dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.344 (2010)**. Brasília, 07 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 21.076 (1932)**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121 (1962). Estatuto da mulher casada**. Brasília, 27 ago. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 471.958/RS (2002/0136764-8)**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, j. 18 dez. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201367648&dt_publicacao=18/02/2009>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071 (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.811 (2019)**. Brasília, 12 mar. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm#art1>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.119.462/MG**, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, j. 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865433269/recurso-especial-resp-1119462-mg-2009-0013746-5/inteiro-teor-865433279?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.144 (1861)**. Rio de Janeiro, 11 set. 1861. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.408 (1992)**. Brasília, 13 fev. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8408.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741 (2003). **Estatuto do idoso**. Brasília, 1º out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.623.858/MG**. Relator: Min. Lázaro Guimarães, j. 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860112098/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1623858-mg-2016-0231884-4/inteiro-teor-860112108?ref=amp>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105 (2015). Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CAMPOS, Fernando Papa de. **Conceito de casamento**. 31 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.dubbio.com.br/articles/599-conceito-de-casamento>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CAMPOS, Elza Maria. **O voto feminino no Brasil – a luta pela participação política da mulher**. Disponível em: <<http://www.dedihc.pr.gov.br/arquivos/File/ConquistaVotoFemininoBrasil.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Revista Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, Patrícia; PAIVA, Francisca. **Aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal na separação obrigatória de bens como mitigadora da ausência da liberdade de escolha aos maiores de 70 anos**. 04 nov. 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aplicabilidade-da-sumula-377-do-supremo-tribunal-federal-na-separacao-obrigatoria-de-bens-como-mitigadora-da-ausencia-da-liberdade-de-escolha-aos-maiores-de-70-anos/>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Famílias e Sucessões**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

COELHO, Ricardo. **A ineficácia da Súmula 377 do STF frente ao Novo Código Civil Brasileiro**. 2014. Disponível em: <<https://ricardobcoelho.jusbrasil.com.br/artigos/142844238/a-ineficacia-da-sumula-377-do-stf-frente-ao-novo-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ERVATTI, Leila Regina, et al. **Mudanças demográficas no Brasil no início do século XXI: subsídios para as projeções da população**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado n. 514. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>>. Acesso em: 14 de mar. 2021.

FEDERAL, Conselho da justiça. **Enunciado n. 265. III Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

FEDERAL, Conselho da justiça. **Enunciado n. 125. I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2021.

FERREIRA, Lucas. **O instituto do casamento – análise e exposição do instituto do casamento e suas peculiaridades.** 2016. Disponível em: <<https://lucasferreira1910.jusbrasil.com.br/artigos/251379033/o-instituto-do-casamento>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

GARCIA, Marcos; MATTOS, Amana. **Terapias de conversão: histórico da (des)patologização das homossexualidades e embates jurídicos contemporâneos.** Revista Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília, v. 39, n. 3. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial.** São Paulo: Saraiva, 1992. p. 127.

IBGE. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil 2019.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2019.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi., v. 8, 1955.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

MOREIRA, Vania Maria Losada. **Casamentos indígenas, casamentos mistos e política na América portuguesa: amizade, negociação, capitulação e assimilação social.** Revista Topoi, Rio de Janeiro, v. 19, n. 39, p. 29-52, set./dez., 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

PIMENTEL, H. **O casamento no Brasil Colonial: um ensaio historiográfico**. Em Tempo de Histórias, [S. l.], n. 09, 2011. DOI: 10.26512/emtempos.v0i09.20100. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/view>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

RIBEIRO, Tiago. **Análise jurídica sobre o instituto do casamento**. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/casamento_0.pdf>. 13 set. 2016. Acesso em: 16 Mar. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n.º 0065658-39.2018.8.19.0000**. Relator: Des. Ricardo Couto de Castro. Rio de Janeiro, 04 dez. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70007503766**. Relatora: Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 17 dez. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 0001251-38.2016.8.16.0045**. Relator: Des. Mario Nini Azzolini. Porto Alegre, 16 mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70044075901**. Relator: Des. Roberto Carvalho Fraga. Porto Alegre, 19 out. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 0301089-82.2015.8.24.0044**. Relatora: Desa. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 12 dez. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 0001747-33.2012**. Relator: Des. Ricardo Fontes. Florianópolis, 22 jan. 2019.

SANTANA, Inês, et al. **Genealogia do desquite no Brasil**. Revista Psicologia Política, São Paulo, v. 17, n. 39, maio/ago., 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 0007559-60.2015**. Relator: Des. Rodolfo Pellizari. São Paulo, 29 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 1020504-40.2019.8.26.0003**. Relatora: Desa. Viviani Nicolau. São Paulo, 23 fev. 2021.

Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 4.277/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.5: Direito de Família**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito civil: temas**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.