

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

VITÓRIA SUBTIL EULA

**A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS  
SEPTUAGENÁRIOS: ESTUDO CRÍTICO E PROPOSITIVO DO TEMA**

**FLORIANÓPOLIS**

**2020**

**VITÓRIA SUBTIL EULA**

**A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS  
SEPTUAGENÁRIOS: ESTUDO CRÍTICO E PROPOSITIVO DO TEMA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Universidade Federal de  
Santa Catarina como parte das exigências  
para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Professora Doutora Renata  
Raupp Gomes

**FLORIANÓPOLIS**

**2020**

## VITÓRIA SUBTIL EULA

### A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS SEPTUAGENÁRIOS: ESTUDO CRÍTICO E PROPOSITIVO DO TEMA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Santa Catarina como parte das exigências para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Renata Raupp Gomes

Florianópolis, 23 de novembro de 2020.

#### BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Renata Raupp Gomes

Universidade Federal de Santa Catarina

Professora Doutora Dóris Ghilardi

Universidade Federal de Santa Catarina

Professor Doutor Geyson José Gonçalves da Silva

Universidade Federal de Santa Catarina

*Ao Matheus, por toda ajuda, suporte e incentivo. Tu foste incrível.*

## **AGRADECIMENTOS**

Gratidão à minha mãe que, além de sempre se fazer disponível e presente, fez possível minha entrada na Universidade, pela segunda vez, e permanência em todo o decorrer do curso.

A ela, e minha irmã, por acreditarem em mim, e por serem companhias insubstituíveis, que sempre se fizeram suporte e presentes por toda minha caminhada evolutiva.

Aos amigos, pela companhia e carinho de sempre.

Ao Matheus, por confiar no meu potencial e me incentivar e ajudar por todo este percurso. Sem você esse trabalho não teria tomado vida.

*“É preciso inventar de novo o amor”.*  
*(Vinícius de Moraes)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da imposição do regime de separação obrigatória aos septuagenários, previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002. Inicialmente, fez-se a análise do instituto da autonomia privada a partir de uma perspectiva constitucional, sobretudo dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Em seguida, examinaram-se os dispositivos relativos ao instituto do casamento, elencando seu conceito, requisitos, procedimentos e efeitos, discriminando os regimes de bens estabelecidos pelo legislador. Por fim, tratou-se do direito à velhice digna, da legislação que tutela os direitos da pessoa idosa, dos motivos de manutenção da norma no ordenamento pós 1988 e de toda a problemática decorrente da imposição do regime obrigatório, arrematando com a proposição de alternativas que viabilizem a livre escolha, pela pessoa idosa, do regime de bens a vigorar em seu casamento.

**Palavras-chave:** Autonomia privada; Dignidade da pessoa humana; Casamento; Idosos; Separação obrigatória.

## ABSTRACT

This work has as its objective to study the mandatory marital regime of separation of assets to septuagenarians, as stated in article 1.641, II, of 2002's Civil Code. Initially, it's been sought to analyze the institute of private autonomy, starting from a constitutional perspective, specially naming the principles of dignity of the human person, equality and freedom. In the following chapter, all the articles related to the institute of marriage have been examined, listing its concept, requirements, procedures and effects, describing the matrimonial regimes established on the Civil Code. Lastly, the search points its way to the right of a worthy aging, the legislation regarding the rights of the elderly, the reasons why the said article has been maintained in Brazilian's legal system even after the Federal Constitution of 1988, and all the issues due to the compulsory marital regime towards the elders, wrapping up proposing alternatives that enable the elderly to choose the marital regime that best suits them.

**Keywords:** Private autonomy; Dignity of the human person; Marriage; Elderly; Mandatory separation of assets.



# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>12</b>
2.1 A evolução histórica do conceito de família.....	12
2.2 Princípios.....	16
2.2.1 <i>Dignidade da pessoa humana</i> .....	16
2.2.2 <i>Igualdade</i> .....	18
2.2.3 <i>Liberdade</i> .....	20
2.3. A autonomia privada como elemento fundamental do Direito de Família.....	21
2.3.1 <i>A transformação da autonomia da vontade à autonomia privada</i> .....	22
2.3.2 <i>A expansão dos horizontes de aplicação e o fundamento à Teoria do Direito de Família Mínimo</i> .....	25
<b>3. OS ASPECTOS FORMAIS DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO.....</b>	<b>29</b>
3.1 Uma noção conceitual.....	29
3.2 Quanto aos requisitos, à formalidade e aos efeitos.....	30
3.2.1 <i>Procedimento de habilitação</i> .....	32
3.2.2 <i>Os efeitos</i> .....	33
3.3 Caracterização dos regimes de bens elencados no Código Civil.....	35
3.3.1 <i>Comunhão parcial de bens</i> .....	36
3.3.2 <i>Comunhão universal de bens</i> .....	38
3.3.3 <i>Participação final nos aquestos</i> .....	39
3.3.4 <i>Separação de bens</i> .....	41
3.3.4.1 <i>Separação obrigatória de bens</i> .....	42
3.4 O regime sucessório e sua aplicação quanto aos regimes de bens.....	45
3.4.1 <i>Do direito à meação</i> .....	48
<b>4. A PROBLEMÁTICA DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS.....</b>	<b>51</b>

4.1 O crescimento da população idosa e a exclusão desse segmento populacional.....	51
4.2 O regramento protetivo à pessoa idosa.....	53
4.3 A imposição do regime de separação obrigatória de bens.....	56
4.4 A problemática atinente à manutenção do regime de separação obrigatória no ordenamento pós 1988.....	57
4.4.1 <i>Manutenção dos valores históricos do Código Civil de 1916.....</i>	<i>57</i>
4.4.2 <i>A conotação negativa da velhice e o direito ao envelhecimento digno.....</i>	<i>58</i>
4.4.3 <i>Inadequação aos preceitos constitucionais fundamentais.....</i>	<i>60</i>
4.4.4 <i>Presunção de incapacidade da pessoa idosa.....</i>	<i>63</i>
4.4.4.1 <i>A autonomia conferida às pessoas com deficiência.....</i>	<i>67</i>
4.4.5 <i>Ausência de face - e idade - do nubente interessado e o direito à afetividade.....</i>	<i>68</i>
4.4.6 <i>O dever de deixar herança e o império do direito patrimonial.....</i>	<i>70</i>
4.4.7 <i>A não recepção da Súmula n. 377 e a desnaturação do regime obrigatório.....</i>	<i>72</i>
4.4.8 <i>Diferença de tratamento em relação à união estável.....</i>	<i>75</i>
4.5 Viabilizando o direito de escolha do nubente septuagenário.....	77
4.5.1 <i>Separção obrigatória com pactuação pelo regime da separação convencional de bens.....</i>	<i>77</i>
4.5.2 <i>Revogação do dispositivo.....</i>	<i>80</i>
4.5.3 <i>A participação do Ministério Público no processo de habilitação.....</i>	<i>81</i>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>87</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário atual, em decorrência dos processos de industrialização e urbanização, que instigaram o desenvolvimento de tecnologia em termos informáticos, médicos e sanitários, se fez notório o aumento da qualidade de vida e, conseqüentemente, da longevidade no mundo inteiro. Com o decorrer do tempo, vendo crescer o número de pessoas idosas, o Estado constatou a necessidade de tutelar os direitos relativos a esta classe populacional.

Inicialmente restritas a questões previdenciárias, somente na Constituição Federal de 1988 foi assegurada à pessoa idosa uma complexa gama de direitos, justificados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, eleito fundamento da República. Não obstante, quando da elaboração do Código Civil de 2002, o legislador, baseado no antigo Código Civil, decidiu por manter uma série de dispositivos que ainda refletiam o caráter patrimonialista que permeou o Código Civil de 1916.

Entre eles, está o inciso II do artigo 1.641, que determina a imposição do regime de separação obrigatória para nubentes maiores de 70 anos, objeto do presente estudo, que tem por fim analisar as circunstâncias que justificam a manutenção do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, a problemática dela decorrente e a dificuldade que traz à pessoa idosa quando da constituição de sua família.

Desta forma, dividiu-se o trabalho em três capítulos. O primeiro busca fazer uma análise do instituto da autonomia privada na área do Direito de Família, partindo dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e liberdade, que dão suporte à sua existência e norteiam os limites de atuação, quer do indivíduo, quer do Estado.

Analisada a fundamentação constitucional, em vista da presença da temática do casamento, o estudo debruçou-se sobre o instituto, verificando sua razão de ser, requisitos e procedimentos para sua realização, os efeitos que gera aos cônjuges e os regimes de bens postulados pelo Código Civil.

Finalmente, buscou-se pesquisar a posição social da pessoa idosa atualmente e a legislação que tutela seus direitos, de modo a poder esmiuçar a temática central do trabalho, apontando as incongruências que o dispositivo gera no ordenamento jurídico, e apresentando alternativas à obrigatoriedade do regime.

## **2. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Constitucionalmente determinada como “a base da sociedade” (art. 226, *caput*), a família pode ser compreendida como a “estrutura básica social” (FARIAS, 2007, p. 1), proporcionando a cada indivíduo um espaço a partir do qual possa iniciar seu processo de conhecimento do mundo, onde pode se desenvolver livremente até estar apto a integrar e participar do meio social.

Apesar de atualmente o ordenamento jurídico reconhecer uma série de diferentes composições familiares, que hoje assim se caracterizam pela presença de afetividade entre os componentes, tem-se que o casamento continua sendo uma das principais vias de constituição familiar, ante sua antiguidade, tradição e reconhecimento social.

Nesta toada, tanto os novos princípios e direitos constitucionais que asseguram a proteção estatal à família, quanto o reconhecimento da pluralidade em relação às formas de constituição familiar, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, alteraram significativamente o papel desempenhado por cada um dos cônjuges, hoje iguais nos termos da lei, fato que lhes confere maior liberdade e autonomia na tomada de decisões referentes à sociedade conjugal.

Desta forma, a fim de perceber as mudanças que se operaram no ordenamento jurídico, sobretudo no ramo do Direito de Família, e a atual compreensão da família e da autonomia dos cônjuges, impende realizar breve retrospectiva histórica sobre o tema.

### **2.1 A evolução histórica do conceito de família**

Historicamente, a família foi marcada por uma estrutura hierárquica e patriarcal, destituída de qualquer traço de isonomia, quer seja formal ou material, em relação aos cônjuges ou aos filhos, em vista da preferência e superioridade conferidas ao sexo masculino.

Ademais, verifica-se que grande parte das famílias era formada pelo casamento indissolúvel religiosa e juridicamente, marcado pelo forte viés patrimonial, ante seu principal objetivo de constituição e acúmulo de patrimônio para futura transferência aos herdeiros. Assim, a família era verdadeira “unidade de produção”, para a qual pouco importavam “os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo,

pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade” (FARIAS, 2007, p. 4).

Esta sensação de ruptura e “desagregação” social também se explica face as diversas funções realizadas no seio familiar: econômica - quanto à produção de bens voltados à subsistência da família, religiosa, política, cultural – quanto ao repasse de valores, e “assistencial, ou seja, os pais tinham a certeza do amparo dos filhos na velhice, quando não fossem mais aptos para o trabalho” (RODRIGUES, 2004a, p. 190 apud REIS, 2018, p. 12).

Assim, tem-se delineado o modelo de família que o Código Civil de 1916 buscava regular: “uma entidade abstrata e despreocupada com o interesse particular” ou afetivo de seus componentes (BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 132). A família era tutelada somente em seu aspecto patrimonial, quase como sendo parte do Estado, e não da sociedade, fato que incentivou o legislador a atribuir ao Estado “praticamente todo o regramento do Direito de Família, deixando pouco ou quase nenhum espaço para o exercício da liberdade de seus membros” (BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 132).

No entanto, em um contexto pós guerras mundiais, no qual ocorreu um *boom* de mudanças em termos socioeconômicos, políticos e culturais, verificou-se o surgimento de uma sociedade “mais veloz e dinâmica, aberta, livre, pluralista e multifacetária” (ALVES, 2009, p. 74), já não mais contemplada pela codificação civil brasileira.

Em vista disso, como ciência social, o Direito deve acompanhar e se adequar a ditas mudanças, espelhando os valores e necessidades da sociedade de determinado momento histórico. Ora, as relações sociais são dinâmicas e não podem se restringir à determinação legal; e como bem afirmou Alves (2009, p. 73), “em regra, é a sociedade que constrói o Direito, não o contrário”.

Deste modo, a tão necessária e esperada mudança se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, elencando extensivo rol de direitos e garantias aos cidadãos, elegendo princípios orientadores do sistema jurídico e fixando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III).

Especificamente quanto ao Direito de Família, em completa observância do fundamento supracitado, estendeu-se proteção irrestrita a qualquer entidade familiar,

de modo a viabilizar a família como *locus* de desenvolvimento e realização da dignidade humana do indivíduo. Nessa esteira, atenuaram-se as marcantes características institucionais e patrimonialistas da família, de modo que, em detrimento das relações patrimoniais, sejam valorizados a pessoa humana enquanto tal, o respeito e o afeto entre os integrantes.

Assim sendo, o atual conceito de família norteia-se pelo princípio da afetividade, em vista da preocupação com a felicidade pessoal dos componentes, bem como em promover o pleno exercício de sua dignidade, liberdade e demais direitos fundamentais, alicerçados em bases de solidariedade, fraternidade, afeto, cooperação e diálogo. Este é o entendimento de Maria Berenice Dias (2015, p. 53):

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. [...] Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

Em adição, Fiuza e Poli (2013) esclarecem que a proteção à família se alicerça na Carta Constitucional, a partir de seu imbricado e coeso sistema de princípios, orientadores de todo o ordenamento jurídico, atribuindo-se ênfase aos princípios da dignidade humana, igualdade e liberdade. Dessa forma, entendem os autores que “o Direito de Família será instrumento não apenas de proteção do indivíduo, mas funcionará como garantia das escolhas individuais nas relações afetivas e como limitador do abuso de poder” (FIUZA; POLI, 2013, p. 112).

Em virtude da inauguração do hodierno sistema jurídico através da Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional teve de ser alterada a fim de adequação à nova sistemática, de modo a voltar a atuação do Estado à efetivação de seus fundamentos, princípios e direitos. Muitos compreendem essas alterações como o fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, mas que também pode ser considerada a partir da expressão “eficácia civil dos direitos fundamentais” (ZANINI, 2011, p. 76).

Logo, denota-se que o direito privado já não deriva exclusivamente do Código Civil, mas sim que deve ser interpretado a partir dos preceitos constitucionais

fundamentais, que orientam todo o sistema jurídico, e por conseguinte, impactam nas relações particulares e de família. Flávio Tartuce (2006, p. 1) pontua ser “imperioso analisar os institutos de Direito Privado tendo como ponto origem a Constituição Federal de 1988, o que leva ao caminho sem volta do Direito Civil Constitucional”. Alves, por sua vez, arremata (2009, p. 94-95):

Na realidade, não se deve limitar esse fenômeno à atividade hermenêutica anteriormente aludida. A sua indiscutível relevância reside no fato de que, pela primeira vez na história do Direito Civil brasileiro, um Texto Constitucional estipulou direitos 95 fundamentais que tiveram repercussão direta e imediata nas relações jurídicas travadas entre particulares. [...] Tratando de questões diretamente relacionadas com o indivíduo, a Constituição deixa de ser simples Carta Política [...] para ter também o caráter de norma informativa da vida humana.

A fim de que possa realizar aludida função informativa, a Constituição lança mão de uma complexa rede de princípios, que além de se tornarem alicerce normativo de todo o ordenamento, a ele proporcionam orientação e sistematicidade, conferindo-lhe unidade e coesão. Nesta senda, a violação a um princípio não resulta em desobediência isolada, mas também a todo o sistema do qual faz parte e que a ele confere suporte e sentido.

Segundo Maria Berenice Dias (2015, p. 39), os princípios deixaram de possuir somente “força [hermenêutica] supletiva” para também serem revestidos de força normativa, de modo que “adquiriram eficácia imediata [...] [e] passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas”.

Desta forma, todo o conjunto normativo deve ser voltado a proporcionar a materialização dos direitos e princípios fundamentais, e a atuação do Estado deve se dar no sentido de assegurar aos cidadãos livre espaço para desenvolvimento de sua dignidade, bem como proporcionar meios para que possam exercer sua liberdade e realizar seus projetos pessoais de felicidade.

Assim, em virtude da importância dos princípios fundamentais ao ordenamento brasileiro, bem como buscando proporcionar melhor compreensão deste trabalho, analisar-se-ão três princípios sem os quais não seria possível alcançar a autonomia hoje presente nas relações particulares e de família, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade.

## **2.2 Princípios**

### 2.2.1 Dignidade da pessoa humana

Apesar de se tratar de um conteúdo há muito pertencente à raça humana, Immanuel Kant foi um dos principais expoentes que tratou de delimitar o conceito, inicialmente referindo-se ao termo como “dignidade da natureza humana”. O autor considera o homem um ser superior às coisas materiais por possuir um valor a ele intrínseco, uma consciência moral e racional, à qual não é possível atribuir qualquer preço.

Assim, esse elemento valorativo seria o fator que o distingue dos demais seres e coisas, posto que é próprio e característico da raça humana, o que leva à conclusão de que o homem é digno por sua própria natureza humana, e sua existência se basta em si mesma, não se justificando para a consecução de fins externos ou alheios. Complementando, Zanini (2011, p. 67) postula que “a dignidade é um valor interno (moral), de interesse geral, superior a qualquer preço, não sendo um valor relativo, o que afasta a sua substituição pelo equivalente”.

Nesses termos, pode-se compreender a dignidade da pessoa humana como meio de desenvolvimento e “realização plena do indivíduo” (D'ALBUQUERQUE, 2015, p. 2), de modo que, ciente e absoluto de sua dignidade, é capaz de reconhecer a si mesmo no outro, bem como percebê-lo como igualmente digno em sua inteireza e para a postulação de seus direitos e liberdades.

A partir do contexto exposto e do reconhecimento de igualdade em termos de dignidade, a organização humana em sociedade não poderia se dar de outra forma que não pela valorização do homem como “o fundamento e o fim da sociedade” (CABRAL, 2016, p. 34), de maneira que, assim, dá razão de ser, um sentido à própria existência do Estado.

Em virtude de sua importância, a dignidade da pessoa humana foi elencada no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento elaborado em comum por países membro da Organização das Nações Unidas no qual dispuseram-se regras a serem alcançadas e respeitadas por todos os povos e nações. Assim consta no artigo 1º do diploma internacional: “Todos os seres humanos nascem



livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade<sup>1</sup>”.

No que diz respeito ao Brasil, apesar da anuência ao documento em sua integralidade, o constituinte teve a atenção e cuidado em elencar a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa brasileira, através do inciso III do artigo 1º da Carta Magna. Na qualidade de fundamento do ordenamento e da sociedade brasileira, a dignidade da pessoa humana se torna verdadeiro alicerce jurídico e princípio orientador de todos os demais assegurados pelo legislador, ou seja, um macro princípio.

Ainda, é na dignidade da pessoa humana que encontramos a referência unificadora dos direitos fundamentais, ou seja, ela reúne a afirmação da integridade física e espiritual do homem, “garantida pelo livre desenvolvimento da personalidade, pela defesa da autonomia individual, pela igualdade de tratamento e pelo fornecimento de condições mínimas de existência” (LOUREIRO, 2001, p. 113 apud ZANINI, 2011, p. 80-81).

Quer dizer, colocar a pessoa humana no centro valorativo do ordenamento porque detentora de tal qualidade, significa dotá-la de autonomia para que possa realizar sua essência e manifestar sua individualidade. Além da garantia da dignidade na esfera individual, aludido reconhecimento acaba por implicar, no espaço social, na dignidade frente ao Estado e aos semelhantes.

Desta forma, enquanto princípio, a dignidade da pessoa humana também exerce a função de “limita[r] o poder do Estado, prevenindo injustiças e arbítrios, servindo como fundamento à isonomia” (DUDERSTADT, 2019, p. 14). Sobre o tema, discorre Dias (2015) que o princípio em tela não se restringe à limitação do poder estatal,

mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. [...] O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares (p. 45).

O estudo de Antonio Luño (1995, p. 318, apud TAVARES, 2010, p. 584) resulta em conclusão similar à de Dias:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também

---

<sup>1</sup> Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 05 mar 2020.

agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total *autodisponibilidade*, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a *autodeterminação* (*Selbstbestimmung des Menschen*) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza.

Assim, nas palavras de Tartuce (2006, p. 6), este princípio se fez “ponto de partida [e destino] do novo Direito de Família brasileiro”, através da valorização do indivíduo humano e conseqüente despatrimonialização e desinstitucionalização da família. A esta área do direito civil, o princípio tem como significado “a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade” de escolha de cada um (PEREIRA, 2006, p. 100). No entanto, para realizar-se, “pressupõe igual dignidade a todas e diferentes estruturas familiares” (DUDERSTADT, 2019, p. 15), motivo pelo qual se faz imprescindível a garantia, pelo Estado, da isonomia entre os indivíduos.

### 2.2.2 Igualdade

Conforme subtópico anterior, verificou-se que a dignidade é característica intrínseca ao homem porque humano, razão pela qual propiciar o desenvolvimento desse atributo é fundamental tanto na vida privada do indivíduo quanto no meio social no qual se insere. A fim de que todos possam ter a oportunidade de se desenvolver e realizar enquanto humanos, é necessário que partam de uma premissa de isonomia, já que iguais em dignidade e, assim, em direitos.

A Carta da República de 1988 inovou significativamente no campo da isonomia, elevando-a ao *status* de princípio e direito fundamental, conferindo igualdade em termos formais a todos, inclusive e especialmente entre homens e mulheres – rompendo em definitivo com a desigualdade de gênero presente no Código Civil de 1916. Leia-se o dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Da igualdade extraída do texto constitucional, que num primeiro momento se realiza apenas no plano formal, verificam-se duas imposições: a primeira, de igualdade na lei, que se traduz na não discriminação, pelo legislador, entre os

indivíduos - em sendo necessária, é imperativa a justificação. A segunda, por sua vez, trata da obrigação de isonomia perante a lei, isto é, de imparcialidade, de modo que o tratamento seja equânime, sem perseguição de desafetos ou concessão de privilégios.

Em adição, verifica-se que o próprio princípio da isonomia se justifica, no entanto, “pelo fato de a sociedade ser plural” (RAMOS, 2012, p. 170), e por isso haver diferenças entre os indivíduos, mesmo na presença de equivalência quanto à dignidade. Ora, é necessário assegurar uma estrutura que possibilite que cada um, em sua individualidade e dignidade, se desenvolva plenamente como humano, no integral exercício de seus direitos. “É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material” (DIAS, 2015, p. 46).

Na mesma sequência, Dias (2015, p. 51) comenta:

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não pode sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição do retrocesso social.

De fato, a isonomia postulada pelo texto constitucional deve ser preservada, tanto em atenção ao princípio da vedação ao retrocesso social, mas também em virtude das significativas mudanças que trouxe à esfera do Direito de Família, entre elas, além da já citada igualdade entre homens e mulheres (artigo 5º, I), a isonomia entre cônjuges quanto à direção da sociedade conjugal, e ao poder e planejamento familiar (artigo 226, §5º e 7º).

Por derradeiro, como visto até o presente momento, a igualdade se faz fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana, bem como para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Como se verá no subtópico a seguir, a igualdade também é pré-requisito para existência perfeita da liberdade visto que, inexistindo condições equânimes ao exercício da liberdade de cada um, nos termos da lei, a hierarquia e desigualdade tendem a tomar nuances extremas, eliminando a matiz da igualdade, pelo menos em seu viés material.

### *2.2.3 Liberdade*

Iniciando na mesma esteira dos subtópicos anteriores, verifica-se que o homem é um ser digno enquanto tal, igual aos demais na medida de dignidade, igualdade esta fundamental para que possa exercer seus direitos e liberdades sem qualquer restrição injusta. Logo, em um primeiro momento, pode-se considerar a liberdade como meio de expressão da dignidade: o homem é livre porque digno, e digno porque livre em sua natureza.

Assim, conclui-se que a liberdade é imprescindível para que o homem possa se desenvolver, de modo que, então, se torna pressuposto para a própria existência e funcionamento do Estado, se não estar-se-ia em um Estado absoluto, que nada tem a regular, mas tão somente impor. Desta forma, ao Estado resta conferir um mínimo de liberdade aos indivíduos, apontando-lhes os limites de ação, a fim de que possam regular sua vida, de maneira autônoma, sobremaneira no campo extrapatrimonial ou existencial - área por excelência desvinculada da esfera pública.

No mesmo sentido, tem-se o estudo de Canuto (2006, p. 289):

O papel do direito - que tem como finalidade assegurar a liberdade - é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, é de todo dedutível que só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, e não liberdade.

Na Constituição Federal de 1988, a liberdade, em sua acepção mais ampla, está postulada no artigo 5º, inciso II, que determina: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). No entanto, em razão da complexa estrutura principiológica instaurada pela Carta constitucional, o direito de liberdade não se limita à liberdade negativa, se estendendo às liberdades de locomoção, manifestação do pensamento, liberdade de ofício, reunião e de associação, os quais só podem sofrer restrições na tentativa do Estado em equilibrar disparidades.

Com o Direito de Família não poderia ser diferente, visto ser um fator distintivo que permeia as relações regidas por este ramo do Direito. A liberdade familiar está assegurada pela Constituição, tanto no sentido da família em face do Estado e sociedade, quanto dos integrantes entre si. O comentário de Branco e Moreira (2011, p. 137) é bastante pertinente:

a liberdade de constituir família está intimamente ligada ao princípio da igualdade de tratamento jurídico sobre as diferentes formas de constituição família, não havendo razão jurídica ou valorativa para que

exista uma distinção hierárquica entre elas. As pessoas possuem o direito de escolher a espécie de entidade que desejam para constituir a sua família e com isso definir as regras da relação familiar.

Entre os desdobramentos do aludido princípio para o Direito de Família, sobretudo no diploma civil de 2002, é importante mencionar o planejamento familiar independente (artigo 1.565), a livre disposição e administração do patrimônio familiar (artigo 1.642), a liberdade de escolha e possibilidade de alteração, desde que justificada, do regime de bens (artigo 1.639, *caput* e §2º) e a liberdade de dissolução do casamento pelo divórcio (artigo 226, §6º da Carta Magna). Ou seja, todos no sentido de assegurar ao indivíduo liberdade suficiente para que possa gerir sua vida privada da maneira que lhe for mais adequada, nos limites propostos pela lei.

Em conclusão, percebe-se que a Constituição Republicana de 1988 inaugurou ordem jurídica inovadora, a qual elenca como fundamento a dignidade da pessoa humana e possui como alicerce normativo uma coerente e complexa rede de princípios, que se sobrepõem e, juntos, dão sentido a si próprios e ao ordenamento.

Entre os princípios da nova ordem constitucional, o presente trabalho teve por objeto de estudo a dignidade da pessoa humana, a isonomia e liberdade, os quais estão intimamente relacionados entre si, e juntos proporcionam fundamento suficiente para a compreensão do conceito da autonomia privada dos cônjuges no ordenamento jurídico brasileiro, inexistente no Código Civil de 1916, que se mostra essencial para viabilizar o exercício da liberdade familiar.

### **2.3. A autonomia privada como elemento fundamental do Direito de Família**

Em avanço, explanado o contexto principiológico pertinente à compreensão do tema, apresentar-se-á um pré-conceito de autonomia privada, a fim de possibilitar o resgate de sua origem histórica junto à autonomia da vontade, a qual por muito tempo influenciou o atual instituto a deter um viés completamente patrimonialista.

Em seguida, buscar-se-á conceituar a autonomia privada a partir dos preceitos constitucionais - entre eles os princípios antes estudados-, sua aplicação ao Direito de Família - sobretudo no que diz respeito aos cônjuges-, bem como será exposta, com brevidade, a Teoria do Direito de Família Mínimo, produto direto do instituto ora em análise.

#### *2.3.1 A transformação da autonomia da vontade à autonomia privada*

Em vista da principiologia já estudada, é possível visualizar a autonomia privada como um desdobramento dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Do primeiro, em decorrência do direito de autodeterminação do indivíduo, de modo que “escolha seu destino em busca da felicidade e seja responsável por suas escolhas” (COUTO, 2009); e do segundo pela literalidade em exercer plenamente o direito fundamental à liberdade. No entanto, remontando à origem histórica do instituto, verifica-se que somente o viés de liberdade fazia-se presente, sem qualquer menção à dignidade da pessoa humana.

Assim, tem-se que o atual princípio da autonomia privada nasceu em meados do século XIX, então dotado da roupagem da autonomia da vontade, conceito este que remonta ao período liberal de John Locke, no qual era notório o império da propriedade privada.

Dessarte, a autonomia da vontade vinculava-se à ideia de uma autonomia quase que ilimitada do indivíduo, que poderia desenvolver seus interesses pessoais sem sofrer qualquer tipo de limitação estatal, tendo em vista que a intervenção do Estado era considerada um empecilho ao livre desenvolvimento do homem. Ou seja, os indivíduos eram dotados de capacidade para reger livremente a própria vida, de modo tal que a mera declaração de vontade já era suficiente para formação de negócios jurídicos.

Nesse momento histórico de auge do liberalismo, “presencia-se uma sacralização da propriedade privada, que passa a ser encarada como principal meio de obtenção da satisfação humana. Tal ideologia fomentava o ter em prejuízo do ser” (ALVES, 2009, p. 28), de modo com que o acúmulo de bens era a expressão máxima da felicidade e realização, tanto em termos pessoais quanto sociais.

Tendo em vista se tratar do período de ascensão e superioridade social da classe burguesa, bem como do marco de início do desenvolvimento do capitalismo, a igualdade era meramente formal, e a desigualdade em termos materiais (socioeconômica) passou a ser uma constante. Somados, esses fatores fizeram com que a autonomia dos indivíduos se desenvolvesse principalmente no âmbito do direito das obrigações, posto que era maciçamente utilizada nas relações de cunho patrimonial, detentoras de grande apreço social até então. Alves (2009, p. 30) bem ilustrou o tema:

A autonomia da vontade, amparada na igualdade meramente formal (igualdade perante a lei), reitera-se, encontrava terreno fértil para sua aplicação no âmbito contratual, o que implicava o reconhecimento do sagrado e imutável princípio *pacta sunt servanda* (o contrato é lei entre as partes). Assim, a avença deveria sempre (sem exceções) ser cumprida. Mesmo se o contrato fosse injusto, prejudicial e excessivamente oneroso a uma das partes.

Contudo, em razão dos crescentes movimentos sociais que clamavam por maior intervenção estatal pela falha do liberalismo puro, a mudança de paradigma foi inevitável. Nesta senda, o Estado deixa seu posto passivo, como “mero espectador das atividades privadas”, a fim de se tornar um ente de funções proeminentemente interventora e protetiva, “inicialmente com o Estado Social, e hoje, com o Estado Democrático de Direito” (BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 133).

Desta forma, com um Estado presente e interventivo, inclusive nas relações privadas, tem-se que a mera declaração de vontade do indivíduo, por si só, não é mais suficiente para formar negócios jurídicos ou adquirir legitimidade jurídica. O requisito, então, é que a vontade do indivíduo esteja “autorizada pelo ordenamento jurídico” (D'ALBUQUERQUE, 2015, p. 4), ou seja, que seu exercício se dê dentro dos limites impostos pelo Estado.

A partir disto, entende-se “a autonomia privada como a autorização concedida pelo Estado para o particular gerir e administrar sua vida íntima como bem lhe aprouver” (BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 133). Ela extrapola a seara patrimonial, permitindo ao indivíduo a livre ingerência em todos seus aspectos enquanto pessoa, em virtude de o homem transitar livre e constantemente entre as esferas pública e privada. Logo, a autonomia privada se traduz na livre expressão e exercício de direitos pelo indivíduo, sem, no entanto, se olvidar das restrições e molduras normativas impostas pelo ordenamento.

Em função disto, é inegável que a autonomia privada é limitada, mas não somente pelo texto legal. O instituto também é regrado pela moral, “pela ordem pública, pelos bons costumes, pela função social tanto da propriedade como dos contratos” (SANTOS, 2006, p. 30), e por “princípios como da boa-fé, [...] da onerosidade excessiva, do abuso de direitos como mecanismos de regulação estatal na esfera privada” (COUTO, 2009).

Quanto a seu aspecto constitucional, Alves (2009) entende que os direitos fundamentais não seriam limites propriamente ditos da autonomia privada, mas sim a

ela inerentes, exercendo sobre ela papel balizador, visto que têm como razão de ser a satisfação das necessidades da pessoa humana, que se realiza através do exercício de sua autonomia privada. Ademais, o próprio uso da autonomia privada é fundamental para a realização de diversos direitos fundamentais, como bem explanou Goulart (2013, p. 55):

Para que a dignidade da pessoa humana se concretize plenamente, deve-se valer da autonomia privada. Isto porque se o ser humano não tiver a possibilidade de se autogovernar, de tomar suas próprias decisões, ele nunca será livre. E não sendo livre, não há como se falar em existência de dignidade humana.

Ou seja, por estar revestida das ideias de autogoverno, autorregulação e autodeterminação, a autonomia privada se torna verdadeiro pressuposto para a verificação da dignidade humana. Isso porque se traduz na possibilidade de o indivíduo orientar e manifestar seu querer sem qualquer interferência externa, de gerir sua vida com liberdade, de perseguir seus interesses particulares, dentro das restrições impostas pelo sistema jurídico, que como visto, às regras não se restringem.

Em complemento, a autonomia privada nada mais é que a expressão do direito de liberdade na esfera privada, em virtude da viabilidade e real possibilidade proporcionada ao indivíduo em constituir e regular suas relações jurídicas, em criar, modificar e extinguir normas que digam respeito à sua esfera particular. Segundo Alves (2009, p. 19), trata-se de “verdadeiro poder de disposição ou poder normativo”, direito este que não pode ter seu exercício impedido pelo Estado, mas tão somente regulado. Em seguida, o autor complementa:

Com efeito, não há que se negar que é no seu espaço privado – e somente nele – que o indivíduo pode alcançar com plenitude a realização da sua personalidade, desfrutar da sua intimidade, da sua privacidade, implementar, enfim, os seus direitos de personalidade (ALVES, 2009, p. 100).

### *2.3.2 A expansão dos horizontes de aplicação e o fundamento à Teoria do Direito de Família Mínimo*

O respeito à esfera privada dos indivíduos então, por parte do Estado, também se justifica por ser a família “o espaço por excelência da privacidade” do indivíduo (LÔBO, 2011, p. 49), espaço no qual hoje, sob influência e exercício da autonomia privada, é possível que a dignidade e personalidade dos seus componentes se desenvolvam de maneira isonômica e individual, ante a valorização da pessoa humana pelo ordenamento brasileiro.



Contudo, esta realidade é bastante recente, visto que há pouco menos de 40 anos, antes “[d]o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do direito civil eram centrados na propriedade e no contrato” (PEREIRA, 2006, p. 154). O Estado brasileiro, detentor de uma codificação civil de caráter fortemente patrimonialista, não se preocupava com a família ou com a tutela de seus direitos, mas tão somente em impor modelos prontos, a fim de que sobre ela tivesse maior controle, em virtude de ser considerada uma extensão do Estado – e não um núcleo dele relativamente independente. Ou seja, inexistia espaço para a livre manifestação da vontade dos indivíduos ou de busca da realização pessoal, mas tão somente a imposição do interesse público sobre o individual.

No entanto, fatores como a elevação do princípio da dignidade humana à condição de fundamento da República e a colocação do indivíduo humano como razão de ser do Estado alteraram as estruturas e limites da codificação civil, que se viu obrigada a passar por profundo processo de valorização e ênfase na pessoa humana em detrimento do patrimônio, processo materializado pela inclusão do fundamento e princípio da dignidade da pessoa humana na Carta Constitucional. Assim, a Constituição Federal de 1988 inaugurou a ampliação “[d]o campo de aplicação da autonomia privada” (PEREIRA, 2006, p. 154), que hoje também se aplica ao âmbito existencial, não mais se restringindo à esfera patrimonial.

A valorização da pessoa humana e o reconhecimento da pluralidade de formas de constituição familiar mudaram de tal forma as relações regidas pelo Direito de Família que a presença de afetividade entre os membros é que passou a ser elemento fundamental para a existência e caracterização da família, em razão de ser este o espaço onde a pessoa se realiza, se desenvolve e inicia o processo de socialização e até de cidadania.

Desta forma,

a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família) (ALVES, 2009, p. 128).

Em seguida, Alves (2009, p. 136) afirma que “o reconhecimento do afeto implica necessariamente em autorização de exercício da autonomia privada”. Ou seja, entende o autor que, se o afeto é o elemento condicionante da existência da família, esta só pode se fazer presente se facultado o exercício da liberdade afetiva, dentro

da autonomia privada do indivíduo, que tem a liberdade tanto de formar ou extinguir seu núcleo familiar.

A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da União familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade. [...] Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais (LÔBO, 2911, p. 20).

Assim, as demandas passaram a ser de maior “autonomia e liberdade e menos intervenção estatal na vida privada, pois a legislação sobre família foi, historicamente, mais cristalizadora de desigualdades e menos emancipadora” (LÔBO, 2011, p. 20). A lógica, então, é que aos particulares seja atribuída maior competência para a prática “daqueles atos que são destinados à autorregulamentação” (BRANCO; MOREIRA, 2011, p. 132), restando ao Estado a possibilidade de intervenção somente na justificativa de assegurar, proteger e promover direitos fundamentais em ameaça, não excluído o resguardo do exercício da própria autonomia privada.

Nesta trajetória, surge a corrente doutrinária e de jurisprudência denominada Direito de Família Mínimo, cuja expressão deriva da área do Direito Penal, segundo a qual a interferência e ingerência estatal na esfera privada dos indivíduos só deve se dar em situações excepcionais, em *ultima ratio*, “a fim de proteger a autonomia privada de todos os seus componentes” e promover “melhora substancial na qualidade de suas vidas” (BARBOSA, 2016, p. 27).

Nas palavras de Paulo Lôbo (2008, p. 47 apud ALVES, 2009, p. 139):

tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

Atualmente, considerável parcela da doutrina reconhece a autonomia privada como elemento primordial nas relações familiares, e apesar de caber ao Estado, de fato, a regulação de determinados aspectos dessas relações, deve fazê-lo de maneira pontual, e em seguida afastar-se do âmbito privado dos indivíduos, permitindo que exerçam sua vontade e liberdade na esfera familiar.

Dando um passo a mais, também é interessante que o Estado fomente o exercício e desenvolvimento da autonomia privada, pois se considerarmos “o lar contemporâneo como ambiente de desenvolvimento da personalidade do indivíduo”, a consequência lógica é que “suas regras [sejam] ditadas pelos seus próprios

integrantes, e não pela vontade do Estado" (BARBOSA, 2016, p. 25). Apesar dos indivíduos participarem de um contexto social e verem parte de sua vida ocorrendo na esfera pública, dada a importância do contexto familiar - de caráter fundamentalmente privado, é notório e constitucional seu direito à vida privada e à autorregulação nesta esfera tão íntima de suas vidas.

Em vista de todos estes fatores, tem sido cada vez maior o número de adeptos à proposta de menor intervenção estatal no que diz respeito às relações do Direito de Família, principalmente em respeito à autonomia privada dos indivíduos, sobretudo dos cônjuges que, apesar de unidos civilmente para demonstrar o desejo de uma vida em comum, permanecem inteiros em suas individualidades, e assim devem permanecer – para possuir seu espaço de pensamento e decisão próprios no espaço do casal, de modo que, juntos, possam tomar, por si próprios, as melhores decisões para si.

No Direito de Família, então, entre outras possibilidades, a autonomia privada se materializa na possibilidade de escolha do regime de bens pelos cônjuges - isto é, na escolha do regramento que regerá as relações patrimoniais do casal-, no poder de condução da sociedade conjugal, na liberdade quanto à organização e planejamento familiar, na possibilidade de término da sociedade conjugal e dissolução do vínculo matrimonial pela separação ou pelo divórcio, e na liberdade de alterar o regime de bens, mediante prévia justificativa, o que expressa mais ainda o exercício da autonomia dos consortes.

Sobre o tema, especificamente em relação ao excerto “o que lhes aprouver” presente na redação do artigo 1639 do Código Civil, *in verbis*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002), é interessante o entendimento de Santos (2006, p. 4), que aduz não haver “no Código Civil nenhuma outra disposição a literalmente reconhecer uma liberdade ou uma autonomia tão ampla aos contratantes em tema que se sabe conter uma vasta gama de disposições de ordem pública”.

Dessarte, até o presente momento foi possível compreender o processo histórico-evolutivo do atual instituto da autonomia privada, inicialmente aplicável somente nas relações de cunho patrimonial, para então ter sua aplicação estendida ao plano existencial e privado dos indivíduos - o qual detém extensa intersecção com a família, campo privado por excelência - a partir da promulgação da Carta da

República de 1988. Assim, ante a valorização da pessoa humana e a elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento da República, a própria instituição familiar tomou outros contornos, passando a considerar a afetividade como critério verificador da existência de uma unidade familiar ou não.

Em virtude disso, verifica-se a importância que a autonomia privada tem para os indivíduos, neste caso, especificamente para os consortes, que nela veem tanto a possibilidade de buscar sua realização pessoal, quanto a oportunidade e liberdade de conduzir a sociedade conjugal da maneira mais adequada às suas necessidades. No entanto, para que assim o façam, precisam atender às disposições jurídicas impostas pelo Estado, que apesar de intervir minimamente nas relações familiares e conjugais, traça as diretrizes básicas a serem observadas e respeitadas no ordenamento brasileiro.

Desta forma, se faz necessário estudar a base teórica e legislação pertinentes às relações de casamento, seus requisitos, efeitos, regimes de bens instituídos pela codificação civil e as respectivas consequências sucessórias, objeto do capítulo subsequente.

### **3. OS ASPECTOS FORMAIS DO CASAMENTO NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO**

#### **3.1 Uma noção conceitual**

Apesar da admissão, pela Carta da República, da pluralidade das entidades familiares, “o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio” (VENOSA, 2019, p. 26), permanecendo como a tradicional via de constituição familiar.

Em sua essência, denota a livre e espontânea união de duas pessoas, com o objetivo de comunhão de vida, em seus aspectos social e espiritual, em virtude da existência de afeto entre os contraentes, o que, a partir da solidariedade entre os nubentes, acaba por gerar a obrigação - ética, moral e jurídica - de amparo e assistência mútuos, quer seja moral, material ou espiritual. Nesta senda, “o casamento comporta a mútua entrega, de modo que haja uma comum vivência e lutas, esforços, interesses, colaboração e idealização da vida” (RIZZARDO, 2011, p. 158).

Com a edição do Código Civil de 2002, em adequação ao texto constitucional, estabeleceu-se no artigo 1.511 a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, o que se traduz como “a consagração do princípio da isonomia” (PEREIRA, 2003, p. 27). Assegurar a igualdade dentro do núcleo familiar é fundamental para garantir a dignidade da pessoa humana, especialmente neste espaço íntimo do indivíduo, no qual lhe é possibilitado o desenvolvimento de sua personalidade e de sua dignidade enquanto indivíduo.

Assim, o casamento se mostra uma extensão, uma ampliação do ambiente familiar, sendo posicionado no centro do Direito de Família e a ele conferido especial proteção do Estado, motivo pelo qual foi revestido de caráter formal e recoberto de publicidade, ante o respeito a uma série de requisitos e solenidades, a fim de alcançar reconhecimento jurídico. Ou seja, a relação jurídica depende da vontade dos nubentes para se formar, mas não pode se autorregular por completo, posto que deve obedecer aos regramentos estatais.

Desta forma, ao tempo em que estabelece um vínculo jurídico entre os cônjuges,

O casamento tem o efeito de fazer com que homem e mulher assumam mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Nasce uma sociedade de caráter especial,

que é a sociedade conjugal, dirigida por ambos pares, em colaboração, devendo ambos concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos. E onde há sociedade, há a tutela jurídica (SANTOS, 2006, p. 6).

O interesse do Estado em tutelar a família se justifica pelo fato desta ser alçada à condição de base da sociedade, conforme postulado no artigo 226 da Constituição, “e, por isso, uma realidade digna da tutela jurídica. Daí a instituição do casamento através de regras imperativas consideradas de ordem pública” (DIAS, 2015, p. 297). Desta forma, analisar-se-ão no próximo tópico os aludidos requisitos formais para a celebração do casamento.

### **3.2 Quanto aos requisitos, à formalidade e aos efeitos**

O Código Civil inaugura o Livro de Direito de Família, em seu primeiro subtítulo, tratando do casamento, imprimindo à codificação civil a isonomia já assegurada no texto constitucional, como já mencionado neste trabalho. Em seguida, pormenoriza os itens essenciais a serem observados pelos nubentes, tais como a capacidade para contrair casamento, bem como a importância da livre manifestação da vontade desde o processo de habilitação até a celebração, que deve atender certas formalidades.

No que diz respeito à capacidade para o casamento, inicialmente cabe destacar que não se confunde com a capacidade de fato, para a prática de todos os atos da vida civil. Assim, o legislador estipulou os 16 anos como idade núbil, julgando uma idade minimamente apropriada para convolar núpcias, “condizente não apenas fisicamente, como também moral, psíquica, mental e econômica para a nova realidade ou o novo estado que se passa a pertencer” (RIZZARDO, 2011, p. 29). Contudo, ressalte-se que, nesses casos, o casamento só pode ser realizado com a autorização dos pais ou representantes legais do(s) nubente(s), ou na falta de um deles, de suprimento judicial.

A despeito do critério etário, a lei civil também enumerou determinadas situações nas quais veda-se por completo a possibilidade de celebração do casamento, não pela presença de incapacidade ou proibição da pessoa para o casamento de uma forma geral, mas sim de uma incapacidade circunstancial, específica para a realização do ato com determinadas pessoas, posto que, a princípio, atingida a idade núbil, presume-se que todas as pessoas são capazes e aptas para o casamento.

Em sua maioria, os ditos impedimentos têm o propósito de desautorizar o casamento entre parentes, sejam eles civis, naturais ou por afinidade, cujo casamento, se realizado, será considerado nulo, nos termos do artigo 1548. Por motivos éticos e morais, além de desestimular relacionamentos entre pessoas de parentesco próximo, as causas impeditivas também buscam

impedir uniões incestuosas e a promiscuidade sexual no ambiente familiar. No caso de parentesco natural ou consanguíneo, acrescentam-se motivos eugênicos, preservando-se a descendência de alterações hereditárias ou genéticas (SILVA, 2016, p. 1532).

Dada a gravidade e a importância conferida à possível violação dos impedimentos, sua oposição é imprescritível, ou seja, pode ser feita a qualquer tempo e declarada a nulidade do casamento pelo juiz uma vez presentes e comprovadas as causas ensejadoras.

Na esteira das causas impeditivas, no artigo 1.523 o legislador elencou as ditas causas suspensivas do casamento, as quais buscam evitar futuro imbróglio por questões de partilha de patrimônio, resguardando “o interesse patrimonial de terceiros” (SILVA, 2016, p. 1535) e conferindo certeza à filiação. Assim, não se trata de impedimentos propriamente ditos, visto que o casamento realizado sem essas observâncias não é invalidado, mas tão somente não recomendado.

Não observada a regra, a consequência jurídica inconveniente aos cônjuges é a imposição do regime da separação obrigatória de bens, nos termos do artigo 1641, inciso I. Assim, os cônjuges são penalizados em sua esfera patrimonial, visto que, a princípio, não comunicam quaisquer bens entre os cônjuges, quer presentes ou futuros. A finalidade do dispositivo é “inibitória, não proibitiva” (LÔBO, 2011, p. 111).

Todas as causas suspensivas podem ser afastadas se demonstrada inexistência de prejuízo aos interessados, mediante autorização judicial, decisão que deve ser juntada na documentação que instruirá o processo de habilitação, analisado no próximo subtópico, e que acarreta no afastamento do regime da separação obrigatória de bens. Assim, recomenda-se o prévio ajuste dessas questões para que o casamento seja celebrado sem mais restrições.

### *3.2.1 Procedimento de habilitação*

Para que o casamento civil possa ser celebrado, os consortes precisam se submeter, anteriormente, ao processo de habilitação para o casamento, que consiste

na verificação, pelo Poder Público, na figura do Oficial de Registro Civil e do Ministério Público, do atendimento dos requisitos para a realização do casamento e da inexistência de causa impeditiva ou eventual suspensiva, fatores determinantes quanto à possibilidade de escolha, ou não, do regime de bens a vigor na constância da união.

Nos termos do artigo 1.525, deve ser apresentado, ao Oficial de Registro Civil, requerimento assinado pelos nubentes, acompanhado de documentos comprovadores de identidade e de estado civil, quer sejam certidão de nascimento, ou certidão de casamento com averbação de óbito, divórcio ou de anulação ou nulidade do casamento, nos casos em que o nubente for viúvo, divorciado ou tenha tido o casamento anterior anulado, respectivamente.

Em adição, são requeridas a presença de duas testemunhas que conheçam os noivos e possam declarar a inexistência de impedimentos à realização do casamento, bem como a informação acerca de “estado civil, domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos” (BRASIL, 2002).

A depender da escolha do regime de bens pelos nubentes, será apresentado o pacto antenupcial (na forma de escritura pública) ou termo de opção pelo regime da comunhão parcial de bens. Reunida a documentação, serão lavrados os proclamas, mediante edital, que será fixado nos Ofícios de Registro Civil das circunscrições de residência dos nubentes, por 15 dias, e publicado na imprensa local, a fim de conferir publicidade ao casamento que se deseja contrair, permitindo que sejam opostas eventuais causas impeditivas ou suspensivas, que devem vir acompanhadas de substrato probatório mínimo.

Ao mesmo tempo, serão encaminhados os autos ao “Ministério Público, para manifestar-se sobre o pedido e requerer o que for necessário à sua regularidade” (artigo 67, §1º da Lei n. 6.015/73). Em havendo impugnação por parte do Oficial, de terceiros ou do *Parquet*, a habilitação é submetida ao juiz, cabendo ao oponente elencar as provas que deseja produzir e indicar o impedimento ou causa suspensiva que está sendo oposto(a).

Decorrido o prazo sem impugnações, o Oficial emitirá certidão de habilitação, a qual comprova a aptidão dos noivos para a prática do ato formal e solene do casamento - necessária para que o matrimônio se legitime-, e que possui prazo de



eficácia de 90 dias. O procedimento como um todo obedece a uma série de formalidades, sempre revestidas de publicidade (como a determinação da celebração em edifício de portas abertas, para oposição de eventual impedimento, e sempre na presença de testemunhas), sendo imprescindível a declaração dos nubentes de realizarem o casamento de livre e espontânea vontade, a fim de evitar qualquer nulidade ou invalidade na celebração do casamento.

Ademais, é necessária a declaração do celebrante aos noivos do estado de casados, na forma prescrita no artigo 1.535. Em sequência lavra-se, no Ofício de Registro Civil, o assento do casamento no livro de registro civil de pessoas naturais, com a subsequente emissão de certidão de casamento. Concluindo, Dias (2015, p. 161) completa que “o registro do casamento tem finalidade certificatória, e a certidão do registro serve de prova de sua celebração”.

### 3.2.2 Os efeitos

Uma vez celebrado o casamento, inicia-se a produção de efeitos nas vidas dos cônjuges, que veem a recém-formada relação jurídica dar origem à relação matrimonial e ao vínculo conjugal, que a eles conferem o estado de casados e a assunção da qualidade de consortes, além de estabelecer relação de parentesco por afinidade com os pais e irmãos do consorte.

Por consequência óbvia, há alteração no estado civil - de solteiro, divorciado ou viúvo para casado -, cujos principais efeitos se verificam na esfera patrimonial, especialmente quanto à comunicabilidade e disposição dos bens; sendo facultado a ambos os consortes o acréscimo do sobrenome do outro.

A despeito da materialização do princípio constitucional da igualdade no artigo 1.511, anteriormente citado, é possível verificar reflexos da isonomia em outros dispositivos, como no *caput* artigo 1.565, e no §2º do mesmo artigo, que estabelece que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” (BRASIL, 2002), este último também em atenção ao princípio da liberdade.

Em adição, tem-se o artigo 1.567, determinando que a direção da sociedade conjugal se dará de maneira equânime entre os consortes. Paulo Lôbo (2011, p. 137) explica, então, que “as decisões do casal que envolvam a administração da entidade familiar devem ser tomadas de comum acordo”. Assim, verifica-se que aludidos dispositivos, se lidos e interpretados em conjunto do artigo 1.513, refletem a tendência

da “não-intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos” (PEREIRA, 2003, p. 63), mostrando-se como uma extensão e materialização da autonomia privada e dos princípios da igualdade e liberdade.

Contudo, na sequência, a codificação civil apresenta contradição quando, no artigo 1.566, estabelece rol taxativo dos deveres dos cônjuges, como a fidelidade recíproca e a vida em comum, no domicílio conjugal, indo de encontro à lógica anterior e retirando, em certa medida, a autonomia dos cônjuges em estabelecer seus deveres conjugais da maneira mais adequada à sua particular estrutura familiar, que pode assumir formas diferentes das previstas na legislação.

Venosa (2019) entende que, sobretudo, os deveres conjugais têm por escopo a proteção da dignidade humana, de um cônjuge para com o outro. Paulo Lôbo (2011, p. 142), por sua vez, denota que

importam profunda interferência na intimidade e na privacidade familiares, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges. Esses deveres, durante a convivência conjugal, são absolutamente inócuos, pois destituídos de sanção para seus eventuais inadimplementos.

Maria Berenice Dias (2015, p. 169) complementa, alegando que o descumprimento “em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento”, argumentando que “não é a imposição de normas e conduta que consolida a estrutura conjugal, é a consciência dos papéis desempenhados” por cada cônjuge e a importância da ação conjunta para a manutenção da sociedade conjugal.

Em arremate, vem a crítica de Paulo Lôbo, comentando que os deveres atribuídos aos cônjuges, elencados no artigo 1.566, são mais gravosos do que aqueles atribuídos à união estável no artigo 1.724, e por este motivo “não poderiam ser mantidos para os cônjuges, porque estariam a dificultar a conversão daquela em casamento, em vez de facilitar” (LÔBO, 2011, p. 142), em afronta ao artigo 226, §3º, da Constituição Federal.

Dessarte, pontuados alguns efeitos, aos consortes, que decorrem da realização do casamento, impende neste momento analisar importante aspecto do vínculo conjugal, qual seja, o regime de bens, que determinará o regramento das relações econômicas e patrimoniais do casal. Veja-se, então, a finalidade dos regimes de bens e as modalidades adotadas pela codificação civil de 2002.

### **3.3 Caracterização dos regimes de bens elencados no Código Civil**

Como se pôde observar, o casamento traz efeitos de ordem pessoal, econômica e patrimonial, e para o regramento das relações desta natureza, criaram-se os regimes de bens, que se traduzem no conjunto de normas e princípios que disciplina os aspectos e relações econômico-financeiros do casal e, por conseguinte, os efeitos do casamento sobre os bens dos consortes, quer sejam anteriores ou posteriores ao casamento.

Venosa (2019, p. 374) faz a interessante colocação de que “o regime de bens conjugais depende dos costumes e das necessidades sociais locais”, ao passo que Rizzardo (2011, p. 552) define-o de maneira concisa e prática:

No seu âmbito, disciplinam-se a propriedade, a administração, o gozo e a disponibilidade dos bens; a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e as fórmulas para o partilhamento dos bens quando da dissolução da sociedade conjugal.

Partindo para o esmiuçamento do conjunto normativo estabelecido pelo ordenamento brasileiro, verifica-se que o regime de bens passa a vigorar, entre os nubentes, a partir da data do casamento. Além disso, quanto aos bens, os nubentes podem estabelecer “o que lhes aprouver”, sendo-lhes facultada a alteração do regime de bens mediante justificativa razoável e autorização judicial, a fim de evitar eventual fraude a credores ou terceiros interessados.

Quanto à escolha do regime de bens que vigorará no casamento, reduz-se a termo a opção pelo regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal ou supletivo eleito pelo legislador. Não adotando o regime da comunhão parcial de bens, nem incorrendo nas causas de imposição do regime de separação obrigatória de bens, é facultado aos nubentes a escolha do regime de bens, através de pacto antenupcial, pela forma de escritura pública, que não pode contrariar disposição legal. Quanto à eleição do regime de bens diverso do legal, versa o Enunciado 331 da IV Jornada de Direito Civil:

O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Assim, possibilita-se a fusão dos tipos estabelecidos em lei, a modificação de determinados dispositivos, o afastamento, redução ou ampliação de seus efeitos, restando incontroverso que o rol de regimes de bens no ordenamento brasileiro não é taxativo, podendo ser criados novos regimes, à escolha dos nubentes, desde que

observadas as normas do sistema jurídico, materializando, assim, o império do princípio da autonomia da vontade.

Logo, celebrado pacto antenupcial para adoção de regime diverso da comunhão parcial ou criação de novo regime, verifica-se que a convenção possui condição suspensiva, posto que só produz efeitos entre os consortes e herdeiros após a realização do casamento, ganhando eficácia *erga omnes* após o registro no Ofício de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, por ditame do artigo 167, I, 12, da Lei de Registros Públicos - Lei n. 6015/73, a fim de conferir publicidade à pactuação.

Vistas a finalidade dos regimes de bens e as possibilidades quanto às suas adoções, serão analisadas as particularidades de cada um dos regimes de bens previstos pelo Código Civil brasileiro, quais sejam, comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens.

### *3.3.1 Comunhão parcial de bens*

O regime da comunhão parcial de bens, previsto entre os artigos 1.658 e 1.666, é o regime legal ou supletivo vigente no Código Civil de 2002, aplicável nos casos nos quais inexista convenção antenupcial ou que esta seja nula ou ineficaz. Este regime foi alçado à condição supletiva a partir da edição da Lei n. 6.515/77, também conhecida como Lei do Divórcio, em detrimento do regime da comunhão de bens, o qual foi o regime padrão imposto pelo Código Civil de 1916.

Segundo este regime de bens, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda que somente no nome de um dos cônjuges, em virtude da “presunção absoluta de colaboração mútua para aquisição onerosa dos bens na vigência do casamento” (SOUZA, 2014, p. 28), justificada pela própria natureza do regime.

Além das aquisições onerosas, entram para a comunhão: (a) bens adquiridos por fato eventual, como loterias e sorteios; (b) bens adquiridos a título gratuito, como doação e sucessão, desde que expressamente estipulados em favor de ambos os cônjuges; e (c) benfeitorias nos bens particulares e frutos ou rendimentos desses bens. Com relação aos bens móveis, postulou-se no artigo 1.662 a presunção de aquisição comum, salvo prova em contrário ou pré-estipulação, pelos noivos, da propriedade de cada um.

Por determinação do artigo 1.659, estão excluídos da comunhão os bens adquiridos antes da união e os sub-rogados em seu lugar, em virtude de “uma conexão entre o novo patrimônio e o bem anterior, ou a relação entre o bem adquirido e a causa preexistente” (RIZZARDO, 2011, p. 569), isto é, pelo fato de o valor ter por origem um bem particular.

Excluem-se também: (a) os bens advindos de doação ou sucessão; (b) obrigações anteriores ao casamento, salvo se contraídas para reversão em proveito comum; (c) obrigações decorrentes de ato ilícito, face a natureza pessoal desta responsabilidade, a não ser que o ilícito tenha trazido benefício ao casal, caso em que cabe responsabilidade aos dois, e eventual indenização seja garantida pelos bens comuns; (d) bens de uso pessoal, utilizados para a vida cotidiana e utilizados para o exercício da profissão, visto que “servem para satisfazer ou realizar as manifestações pessoais do cônjuge” e “não podem despersonalizar o ser humano, ou descaracterizar as individualidades” (RIZZARDO, 2011, p. 570).

Em sequência, também não se sujeitam à comunhão “as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”, justificado por se tratar de bens personalíssimos, visto que compreendem

rendimentos do exercício de atividades profissionais, de contribuições feitas durante um certo período de tempo, da aplicação de valores para receber, decorrido um prazo fixado, vantagens especiais de longa duração no tempo (RIZZARDO, 2015, p. 148).

Finalmente, o inciso VI do dispositivo em análise prevê a exclusão “[d]os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge”, o que, num primeiro momento, causa estranheza por ser contrário à natureza do regime visto que, se os rendimentos do trabalho de cada cônjuge não se comunicam, “praticamente nada se comunica nesse regime” (SILVA, 2016, p. 1725). Assim, a interpretação correta do artigo é de que o direito à percepção do salário, em face de sua natureza personalíssima, é incomunicável, mas os proventos em si, o são.

Assim, em virtude da presunção de esforço comum e do dever compartilhado de sustento dos encargos familiares, tudo que aproveitar ao casal como unidade familiar, seja através de acréscimo ou decréscimo de patrimônio, faz com que eventuais encargos sejam suportados pelos bens comuns; “se for insuficiente, respondem os bens de cada cônjuge, na proporção necessária para cobrir em partes iguais a dívida” (RIZZARDO, 2011, p. 575). As contas referentes a bens particulares

e dívidas anteriores ao casamento, que ao casal não aproveitam, são de responsabilidade exclusiva do cônjuge que as contratou.

No que diz respeito à administração dos bens, quanto aos comuns, cabe a gestão conjunta, também em atenção ao princípio constitucional da igualdade. Quanto aos bens particulares, cabe ao respectivo titular a administração e despesas necessárias para manutenção do bem.

### 3.3.2 *Comunhão universal de bens*

Segundo o ditame legal, “o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas” (BRASIL, 2002), de modo a formar um único acervo patrimonial, no qual se estabelece condomínio sobre todos os bens, formando uma propriedade comum e indivisa sobre a integralidade dos bens. “Cada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento” (DIAS, 2015, p. 319).

Desta forma, exemplifica Lôbo (2011, p. 351-352) que “quando o cônjuge adquire um bem é o casal e não ele que o adquire”, de modo que “há, praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual” (RIZZARDO, 2011, p. 577), visto formar-se unidade de massa, administração e responsabilidade.

Apesar da amplitude da comunicação de bens, significativamente maior que a da comunhão parcial de bens, o legislador elencou algumas hipóteses nas quais não haverá comunhão dos bens enquanto da vigência do casamento. Estão excluídos, portanto, “os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar” (BRASIL, 2002), reputando-se incomunicável, também, a doação feita com cláusula de reversão, na forma do artigo 547, caso o doador sobreviva ao donatário.

Ainda, também excluem-se da comunhão: (a) as dívidas anteriores ao casamento, salvo na hipótese de aproveitarem ao casal, como gastos com a cerimônia de casamento ou a mobília da casa, por exemplo; (b) doações feitas por um cônjuge ao outro com cláusula de incomunicabilidade, antes da realização do casamento; bem como (c) os já analisados bens de uso pessoal e para o exercício da profissão, o direito à percepção dos proventos do trabalho e os “rendimentos provenientes do exercício de atividades profissionais” (RIZZARDO, 2011, p. 581).

Uma última hipótese é a incomunicabilidade dos bens gravados de fideicomisso enquanto na posse do fiduciário, que por ordem do testador, “recebe o bem com o encargo de transferi-lo” (VENOSA, 2019, p. 399) ao fideicomissário, quando implementada a condição estabelecida pelo testador. Enquanto esta condição não se verificar, o bem permanece incomunicável, justificado pela propriedade ter característica resolúvel e restrita, bem como pelo objetivo de assegurar a transferência futura.

Apesar da incomunicabilidade, os frutos e rendimentos desses bens se comunicam, tais como “os resultados das aplicações financeiras, os juros, as colheitas, as crias de animais, a confecção de produtos por máquinas e fábricas” (RIZZARDO, 2011, p. 586), inclusive se provenientes de bens particulares, salvo se o doador ou o testador tenham disposto expressamente em contrário.

Por fim, mencione-se que o regime universal aproveita as regras da comunhão parcial quanto à administração de bens, sendo que um dos cônjuges pode ter seu poder de administração afastado em casos de má administração, como através da dilapidação do patrimônio e gastos incontroláveis, não se olvidando da necessidade de anuência do outro cônjuge para atos que envolvam a disposição da propriedade, a título gratuito ou oneroso.

### *3.3.3 Participação final nos aquestos*

O regime da participação final nos aquestos, novidade trazida pelo Código Civil de 2002 em 15 artigos, trata de regime misto, similar à separação de bens na vigência do casamento, e à comunhão parcial na dissolução da união; e precisa ser adotado por escritura pública de pacto antenupcial. Assim, na constância da união, mantém-se a titularidade e a livre administração do patrimônio próprio de cada cônjuge (bens por ele adquiridos antes e na duração da vida em comum), também aplicando-se, por força do artigo 1.673, parágrafo único, a liberdade de disposição quanto aos bens móveis.

A participação nos aquestos, que são os bens adquiridos na constância do casamento, só ocorrerá com eventual extinção do vínculo conjugal, quer pelo óbito ou pelo divórcio, oportunidade na qual será realizada apuração contábil do patrimônio amealhado durante a sociedade conjugal. Consequência direta disto é de, num primeiro momento, inexistir direito à comunhão.

O direito à meação, no regime de participação final nos aquestos, não é direito subjetivo integralmente constituído, mas constituível. Sua natureza é a de direito expectativo, cujo aperfeiçoamento depende de evento futuro e incerto, a saber, a ocorrência de alguma das hipóteses legais de dissolução da sociedade conjugal (morte, anulação do casamento e divórcio). (LÔBO, 2011, p. 369).

Nesta senda, os bens anteriores ao casamento e aqueles adquiridos individualmente em sua constância são considerados particulares, motivo pelo qual ficam sob a administração e inteira responsabilidade do cônjuge titular. Os bens adquiridos em conjunto, com efetiva participação de ambos os cônjuges, submetem-se ao regime de copropriedade, regulando-se pelas normas comuns de condomínio. Ademais, uma peculiaridade deste regime que merece menção é a faculdade estendida aos nubentes em pactuar pela livre disposição de bens imóveis particulares.

Desta forma, Maria Berenice Dias (2015) ensina que o acervo patrimonial que se forma quando da adoção deste regime é composto: (a) pelos bens particulares de cada cônjuge, antes da união; (b) os bens adquiridos individualmente por cada cônjuge, na constância do casamento; e (c) pelos bens adquiridos em conjunto, com relação aos quais os consortes se tornam condôminos.

Com a dissolução do vínculo conjugal, além de manter a titularidade dos bens particulares anteriores ao casamento, cabe a cada cônjuge a metade dos bens que adquiriram em conjunto, bem como a metade dos valores atribuídos aos bens particulares adquiridos durante o casamento – os quais não sofrerão divisão, mas terão seus valores compensados, conforme for o caso.

Quando houver diferença de valores dos bens próprios, a reposição ao cônjuge não proprietário será feita em dinheiro. Na ausência de numeração, poderão ser alienados bens mediante autorização judicial. Assim, quando da separação, cada cônjuge ficará: (a) com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento; (b) com a metade dos bens comuns, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união; (c) com os bens próprios adquiridos durante o enlace; e (d) e fará jus à metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal. [...] a comunhão só ocorre quando do fim do casamento (DIAS, 2015, p. 323).

Em virtude de sua recente inserção no ordenamento jurídico brasileiro, assim como do extenso conjunto normativo regulador, o regime da participação final nos aquestos acaba por ser pouco adotado pelos brasileiros, e recebe duras críticas da doutrina, por trazer

normas de difícil entendimento, gerando insegurança e muitas incertezas. Além disso, é também de execução complicada, sendo necessária a manutenção de uma minuciosa contabilidade [...] para



viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de uma dissolução (DIAS, 2015, p. 322).

### 3.3.4 *Separação de bens*

Neste regime de bens, eleito por convenção antenupcial, não há formação de patrimônio comum, mas tão somente a manutenção dos bens individuais de cada cônjuge, isto é, cada cônjuge conserva para si a propriedade e administração dos bens que tinha antes de convolar núpcias e dos que vier a adquirir na constância da união; determinação que também se aplica no que diz respeito às dívidas.

“Cada um conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, assim como a responsabilidade pelas suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Assim, não há partilha” (DIAS, 2015, p. 325), e eventual aquisição conjunta será regulada pelas normas pertinentes ao condomínio civil, como ocorre no regime de participação final nos aquestos, bem como eventual crédito entre os consortes regular-se-á “pelo direito obrigacional aplicável a estranhos” (RIZZARDO, 2011, p. 592).

Assim sendo, impera a livre disposição dos bens, móveis e imóveis, sem necessidade de anuência do consorte; apesar de ser imposto aos cônjuges o dever de contribuir para as despesas comuns necessárias à manutenção da vida do casal, nas proporções de seus rendimentos.

No entanto, quando a contração de dívidas se destina ao atendimento de necessidades comuns, há entendimento, como de Arnaldo Rizzardo, Corrêa de Oliveira e Ferreira Muniz, no sentido de imputar responsabilidade a ambos os cônjuges, visto

que mesmo nas sociedades de fato ou irregulares admite-se a responsabilização de todos seus membros, arcando o patrimônio comum, ou de cada um, na satisfação das obrigações contraídas em favor de todos, ou que resultaram no proveito de seus componentes (RIZZARDO, 2011, p. 591).

Assim como o último regime de bens analisado, a separação de bens também sofre críticas, tanto pelo fato de que a quase absoluta incomunicabilidade de bens desnatura, em certo grau, a comunhão de vida, que é o principal propósito do casamento, quanto pela crescente adoção ao entendimento jurídico de que da mera convivência decorre a presunção de esforço comum dos cônjuges.

Tendo isto em vista, também com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, a jurisprudência editou, na vigência do Código de 1916, a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, que determina a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pela separação legal de bens, desde que provado o esforço comum, a qual continua a ser aplicada mesmo após a vigência do Código Civil de 2002.

Analisando a terminologia adotada pelo Supremo Tribunal, ao utilizar a expressão “separação legal de bens”, abre-se a possibilidade de estender o entendimento sumulado à separação obrigatória de bens, prevista pelo artigo 1.641, imposta nos casos de descumprimento das causas suspensivas, anteriormente analisadas. Passemos, então, à análise desta modalidade de separação de bens.

#### *3.3.4.1 Separação obrigatória de bens*

Diferentemente da separação de bens, que é um regime adotado por livre escolha dos nubentes, no regime da separação obrigatória de bens não há qualquer liberdade para a escolha do regime de bens, que se faz impor quando verificadas quaisquer das hipóteses elencadas no artigo 1.641. Assim, sujeitam-se à separação obrigatória: os incorrentes nas causas suspensivas (artigo 1.523), os maiores de 70 anos e aqueles que necessitem de suprimento judicial para se casar.

A principal consequência deste regime é a imposição de incomunicabilidade absoluta dos bens, presentes ou futuros, motivo pelo qual diz-se que ele retira os efeitos patrimoniais do casamento, posto que não haverá massa de bens comuns. Assim, a imposição do regime, pelo legislador, pode ser considerada um ônus, uma “sanção negativa ao descumprimento do dever jurídico, fixado em lei ou no negócio jurídico” (LÔBO, 2011, p. 325), caso opte-se por convolar núpcias, mesmo havendo restrições legais.

Quanto ao inciso I, trata das causas suspensivas, que visam impedir: (a) eventual confusão patrimonial quando da partilha de bens do divórcio ou inventário; (b) a *turbatio sanguinis* para afastar a paternidade do falecido caso tenha esposa grávida na época do óbito; bem como (c) evitar que o tutor ou curador se evada da prestação de contas, visto que seus bens poderiam formar um único acervo patrimonial junto aos do tutelado ou curatelado, a depender do regime de bens.

A segunda hipótese é para os casos de nubentes acima de 70 anos, a qual se aplica quando qualquer deles tenha alcançado a idade estabelecida pelo legislador. Em virtude deste tema ser estudado com mais profundidade no próximo capítulo, optou-se por fazer breve menção ao dispositivo legal neste momento.

Por fim, o inciso III prevê a aplicação do regime obrigatório às pessoas que dependem de suprimento judicial para convolar núpcias, como um menor de idade que atingiu a idade núbil, mas não obteve autorização de um dos pais ou responsáveis. A antiga possibilidade, prevista no artigo 1.520, da autorização de casamento “para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez” foi extinta, por efeito da Lei n. 13.811/2019.

Conforme ditame do artigo 1.523, parágrafo único, a separação obrigatória de bens pode deixar de ser aplicada, quanto às causas suspensivas, desde que demonstrada a inexistência de prejuízo aos interessados. Nessa mesma esteira, editou-se o Enunciado 262, da III Jornada de Direito Civil, que afasta a obrigatoriedade da separação também com relação ao inciso III do artigo ora analisado: “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”.

Em sequência, assim como mencionado no subtópico destinado à separação de bens, a incomunicabilidade dos bens no regime da separação obrigatória por vezes é afastada, por ordem da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, que determina: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Conforme explanado anteriormente, a edição da súmula buscava evitar o enriquecimento sem causa do cônjuge titular dos bens, visando também contemplar o consorte que participou direta ou indiretamente para a aquisição do bem, partindo-se da lógica vigente no regime da comunhão parcial de bens, de esforço comum quanto à aquisição dos bens na constância do casamento. Paulo Lôbo (2011, p. 327) não deixa dúvidas quanto aos efeitos da Súmula n. 377:

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 não 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. Portanto, a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos.

A fim de que as uniões informais não fossem favorecidas em detrimento das conjugais, quanto ao regime da separação obrigatória de bens, a jurisprudência passou a aplicar a restrição de efeitos patrimoniais também à união estável, a fim de não causar desprestígio ou desestímulo ao instituto do casamento.

É pertinente mencionar uma hipótese de afastamento da incidência do regime obrigatório de bens aos septuagenários, elencada no artigo 45 da Lei do Divórcio, aplicável àqueles que convolaram núpcias até o dia 28 de junho de 1977, desde que seguidas de uma relação de união estável de 10 anos consecutivos ou mais, ou da qual tenham advindo filhos. O Enunciado 261, da III Jornada de Direito Civil (2004), vai ao encontro do mencionado dispositivo da Lei n. 6.515/77, posto que estabelece a inexigibilidade do regime obrigatório aos sexagenários (ora septuagenários, em observância ao artigo 1.641, II do Código Civil) “quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Finalmente, analisados todos os regimes de bens previstos no ordenamento brasileiro, se faz necessário examinar os respectivos efeitos sucessórios, repassando as disposições gerais do Código Civil de 2002 quanto ao Direito das Sucessões.

### **3.4 O regramento sucessório e sua aplicação quanto aos regimes de bens**

Conforme estudado neste trabalho, os regimes de bens regulam as relações patrimoniais de um casal, e passam a ter efeito a partir da celebração do casamento, cada qual com suas particularidades, a depender da escolha dos nubentes. Assim como previsto seu prazo inicial de vigência, também se discriminou em lei as ocasiões nas quais seus efeitos se encerram, entre eles o falecimento de um dos consortes.

Desta forma, a partir do óbito, abre-se a sucessão, fato jurídico que trata da transmissão dos bens da pessoa falecida aos herdeiros legítimos ou testamentários, de maneira imediata e unitária, de modo a formar um condomínio indiviso entre os herdeiros, que assumem frações ideais do patrimônio até que se efetive a partilha do acervo de bens, a qual deve obedecer as normas vigentes no momento da morte.

Inexistindo testamento “ou caso não tenha abrangido a totalidade dos bens” (RIZZARDO, 2015, p. 143), seja considerado caduco ou inválido, a sucessão se dá

na forma da lei. Assim, é primordial a verificação da existência de testamento ou não, a fim de constatar se serão aplicadas as normas atinentes à sucessão legítima ou testamentária, bem como levantar a existência ou não de herdeiros necessários, fato que limita a disposição testamentária do falecido em até metade de seu patrimônio.

Há duas espécies de herdeiros no direito sucessório: os legítimos, estabelecidos por lei, e os testamentários, estabelecidos na ordem de vocação testamentária. Os herdeiros necessários são uma subespécie dos herdeiros legítimos, caracterizando-se como aqueles que, se existentes, não podem ser afastados por completo da sucessão, os quais compreendem descendentes, ascendentes e cônjuge, nesta ordem.

Assim, a eles é assegurada “de pleno direito, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima” (VENOSA, 2019, p. 725). A segunda espécie de herdeiros legítimos diz respeito aos facultativos, representados pelos colaterais até o quarto grau, os quais não precisam ser contemplados em testamento ou a eles reservada fração ideal do acervo, sendo a disposição testamentária sem sua menção suficiente para excluí-los da sucessão.

Dessarte, estabeleceu-se no artigo 1.829 a ordem da vocação hereditária quanto à sucessão legítima, ou seja, uma ordem de preferência na convocação dos familiares do falecido à sucessão, que parte da presunção de vínculos mais estreitos com os herdeiros, respeitando uma ordem natural e afetiva, derivada da proximidade de laços sanguíneos e de parentesco.

A preferência, então, é estendida aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, inexistindo concorrência caso fosse casado: (a) pelo regime da comunhão universal, posto que já receberia seu quinhão pelo pagamento da meação; (b) pelo regime da separação obrigatória de bens, segundo o qual há incomunicabilidade de bens, e por isso, inexistente direito de concorrência; e (c) pelo regime da comunhão parcial de bens, se não houver deixado bens particulares, pois como no primeiro caso, teria paga sua meação. Na hipótese de existirem bens particulares, o cônjuge concorre com os descendentes somente em relação a estes.

Saliente-se, no entanto, que o cônjuge sobrevivente será chamado à concorrência da herança, com os descendentes, se ao tempo da morte do consorte não estava dele separado judicial ou extrajudicialmente, nem separado de fato há

mais de dois anos, ou que neste caso, a convivência se tornou insuportável sem qualquer culpa do supérstite. Ademais, oportunamente esclareça-se que, nos termos do Enunciado 609, da VII Jornada de Direito Civil, “O regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido”.

Assim, quando houver a concorrência com os descendentes, o cônjuge supérstite “terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorre” (DINIZ, 2019a, p. 139). No entanto, em atenção aos princípios da igualdade e da operabilidade, esta quarta parte é afastada nos casos de filiação híbrida, como se postulou no Enunciado 527, da V Jornada de Direito Civil: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.

Ainda quanto aos descendentes, se no mesmo grau, sucedem por direito próprio (por integrar o rol de herdeiros) e por cabeça (dividida igualmente pelo número de herdeiros), de modo que os mais próximos excluem os mais remotos. Havendo diversidade de grau, a sucessão dar-se-á por cabeça ou estirpe, em representação de herdeiro já falecido. É importante frisar que, em atenção ao artigo 227, §6º da Constituição, o Código Civil estendeu a igualdade de direitos sucessórios aos filhos sem quaisquer discriminações, sejam eles naturais, adotivos, concebidos antes ou na constância da união conjugal.

“A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente” (VENOSA, 2019, p. 708), ou seja, os herdeiros da classe subsequente só serão chamados “quando faltarem herdeiros da classe precedente” (DINIZ, 2019a, p. 126). Assim, inexistindo descendentes de qualquer grau, serão chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge supérstite, independentemente do regime de bens pelo qual era casado com o *de cuius*.

Quanto aos ascendentes, também se aplica a regra de que o grau mais próximo exclui o anterior, esclarecendo o legislador que não se pode fazer distinção entre as linhas materna e paterna, posto que iguais em direitos, bem como de que não se aplica o direito de representação na linha ascendente. Desta forma, tendo deixado ambos os genitores vivos, caberá a fração de um terço para cada um e ao cônjuge. Nos casos em que houver um só genitor, ou inexistindo pais, ascendentes em maior grau,

assegura-se ao cônjuge sobrevivente a metade da herança, tocando a outra metade aos ascendentes, sempre respeitada a igualdade de linhas.

Em seguida, não havendo descendentes ou ascendentes, chama o Código à sucessão o cônjuge sobrevivente, ao qual será adjudicada a integralidade da herança do *de cujus* independentemente do regime de bens pelo qual era casado. Maria Helena Diniz (2019a, p. 150) adiciona que a inclusão do cônjuge supérstite no rol de herdeiros necessários foi “importante inovação” legislativa, posto ter-lhe conferido “condição hereditária mais benéfica, considerando-se que o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher não são inferiores ao da consanguinidade”.

Inexistindo descendentes, ascendentes e cônjuge, e não tendo o falecido disposto a totalidade do patrimônio de forma diversa em testamento, chamar-se-ão os colaterais com parentesco em até quarto grau, descendentes “de um tronco ancestral comum” ao do falecido, “mas sem descenderem uns dos outros” (RIZZARDO, 2015, p. 187).

O grau mais próximo é o 2º, representado pelos irmãos do falecido, que possuem um ou dois ascendentes em comum. Os irmãos bilaterais (comuns de mãe e pai) recebem o dobro do que for atribuído aos unilaterais, que possuem um genitor em comum. Sendo os irmãos restantes de uma única classe, quer seja uni ou bilateral, herdarão todos por cabeça. Não havendo irmãos, herdam os sobrinhos, e na falta destes, os tios. Na sequência e por último, vêm os sobrinhos netos, tios-avós e primos-irmãos.

Finalmente, não havendo, também, colaterais até o quarto grau – ou tendo eles renunciado à herança, os bens inventariados serão transferidos ao Poder Público, na figura do Município, Distrito Federal ou União, a depender do território onde se localizem. Em razão da vacância dos bens pela inexistência de titularidade, sua transferência ao Poder Público se dá com o fim de impedir o perecimento do patrimônio e riqueza acumulados pelo *de cujus*, sendo destinados à finalidade que melhor aproveitar ao interesse público, também na lógica de conferir função social à propriedade.

Saliente-se, no entanto, que “o Poder Público não é herdeiro”, mas “um *sucessor irregular* do que faleceu sem deixar herdeiro legítimo ou testamentário”

(DINIZ, 2019a, p. 195). Nessa condição, após declarada vacante, por sentença, “só passarão ao seu domínio após 5 anos da abertura da sucessão, porque nesse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclamar judicialmente a herança” (DINIZ, 2019a, p. 195).

Esmiuçadas todas as possibilidades de chamamento dos herdeiros à sucessão, nos termos da lei, impende agora colocar a atenção sobre importante elemento para o direito sucessório, que é o direito à meação do cônjuge sobrevivente, fundamental para o cálculo da parcela patrimonial a ser transferida aos demais herdeiros.

#### 3.4.1 Do direito à meação

O termo meação faz referência à metade do patrimônio a ser dividido entre os cônjuges quando da dissolução do vínculo conjugal, quer seja por divórcio ou causa *mortis*, em virtude do estado de mancomunhão dos bens, ou seja, estado em que determinados bens pertencem aos consortes em partes iguais. Assim, cada cônjuge é titular, isto é, tem propriedade exclusiva sobre “metade de cada um dos bens” (DIAS, 2015, p. 299). A fim de se verificar a existência do direito à meação, é fundamental verificar o regime de bens adotado pelo casal.

No que tange ao regime da comunhão parcial de bens, a meação se faz presente com relação aos bens comuns, adquiridos onerosamente na constância da união, e aos demais que integram a comunhão, conforme elencado no artigo 1.660. Com relação aos bens particulares, esta não se faz presente, motivo pelo qual há concorrência do cônjuge com os descendentes e, na falta destes, com os ascendentes, nos termos do artigo 1.829, I e II.

Da mesma maneira, “no regime da comunhão universal, integra a meação todo o acervo: os bens particulares de ambos os cônjuges e os adquiridos, a qualquer título, antes e depois do casamento” (DIAS, 2015, p. 299). Assim sendo, cada um dos consortes tem direito à metade de todos os bens, salvo as já mencionadas exceções de não comunicação elencadas no artigo 1.668. Quando da extinção do vínculo conjugal, paga-se a meação do supérstite, de modo que a outra metade dos bens se destina aos demais herdeiros, sem concorrência.

Quanto ao “regime da participação final” nos aquestos, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum durante o casamento. Os adquiridos em nome próprio, na vigência da sociedade conjugal, sujeitam-se à



compensação, e não à divisão” (DIAS, 2015, p. 299), e os bens particulares sequer entram na partilha, permanecendo sob titularidade do respectivo cônjuge.

Finalmente, no que diz respeito às duas modalidades de separação de bens - a convencional, escolhida espontaneamente pelos nubentes, e a obrigatória, imposta por força do artigo 1.641 -, na forma da lei inexistente meação, mas tão somente a concorrência com os herdeiros, pois não há comunicação entre os patrimônios particulares, e o eventual patrimônio adquirido conjuntamente segue as regras de partilha referentes ao condomínio civil. Há, entretanto, certa flexibilização quanto a essa incomunicabilidade de bens, pela aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que reputa comuns os bens adquiridos onerosamente durante a união, desde que comprovado esforço comum.

Como se pôde observar até o presente momento, o instituto do casamento ainda goza de bastante prestígio na sociedade brasileira, tido como a tradicional maneira de constituição familiar. Enquanto unidade familiar, também tem especial proteção do Estado, e para que a ele seja conferida legitimidade, precisa seguir um rito específico e formal, que se traduz no processo de habilitação e na observância de certos requisitos quando da celebração.

São vários os seus efeitos nas vidas dos cônjuges, sobretudo nos vieses pessoal, social e patrimonial, posto que, ao adquirir a condição de consortes, veem seu estado civil e nomes, se assim desejarem, alterados; verificando suas principais consequências na esfera patrimonial, que será regulada pelas normas atinentes ao regime de bens elegido pelo casal.

Cada regime de bens tem características próprias, e já incluem a previsão da partilha do acervo patrimonial quando da dissolução do vínculo conjugal, quer seja por ocasião de divórcio ou óbito. Neste último caso, verifica-se, então, a existência de testamento, arrolando-se os bens de propriedade do falecido e chamando os herdeiros competentes à sucessão.

Visto essa base teórica, importante para a compreensão do tema central, o presente trabalho passa a se debruçar sobre o regime de separação obrigatória de bens, sobretudo no que diz respeito aos septuagenários, contrastando o dispositivo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e

liberdade, e com o instituto da autonomia da vontade, para que em um último momento possam ser levantadas críticas, e propostos alguns contornos a esta restrição legal.

## **4. A PROBLEMÁTICA DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS**

### **4.1 O crescimento da população idosa e a exclusão desse segmento populacional**

No passado, apesar da condição de anciãos e sábios não se estender a todos, era mais comum a chegada à idade avançada, em vista do baixo desenvolvimento de tecnologia sanitária e médica para atender as necessidades dessa classe populacional. No entanto, com “o desenvolvimento do conhecimento humano e a descoberta de novos e eficientes meios para a manutenção da vida” (AGUSTINI, 2003, p. 139), a tecnologia teve aumento exponencial em termos quantitativos e qualitativos, a qual, somada à queda das taxas de fecundidade e mortalidade, entre outros fatores, possibilitou o aumento da qualidade e expectativa de vida do homem.

O aumento da idade média das populações, por si só, foi suficiente para ressignificar o próprio conceito de velhice, que se influencia pelo contexto histórico e cultural de cada sociedade. Assim, no Brasil, verifica-se que os idosos são, cada vez mais, cidadãos ativos, consumidores e que estão até voltando a se inserir no mercado de trabalho, ante sua vivacidade e disposição em descobrir as possibilidades que este estágio da vida, mesmo com suas particularidades, pode lhes proporcionar.

Em adição, tem-se que este é o segmento populacional que mais cresce no Brasil, atingindo em 2018, a quantia de 28 milhões de pessoas, representando 13% da população brasileira. Em Projeção de População realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no mesmo ano, demonstrou-se que a tendência é que em 2030 os idosos ultrapassem a marca das 42 milhões de pessoas (18,73%), chegando a 60,8 milhões em 2045 (26,11%) e 73 milhões em 2060, equivalendo a um terço da população, alterando significativamente a pirâmide etária brasileira, com expressivo alargamento do topo e estreitamento da base.

Com o aumento da população mais velha, ainda que à época paulatino, surge a necessidade do Estado em dar mais atenção a este segmento social, ciente de que esta mudança traz novas demandas em diversos campos, como previdenciário e as áreas de saúde. Em vista das “vultosas somas de recursos” (RAMOS, 2012, p. 168)

necessárias para a manutenção de aludidas demandas, a própria ideia de velhice passou a ser revestida de conotação negativa.

Conforme o estudo de Goulart (2013), esta é uma tendência que remonta à Primeira Revolução Industrial, momento histórico em que a pessoa de mais idade deixa de ser associada à ideia de conhecimento e sabedoria, para que o seja em relação à degeneração e decadência. Complementa o autor:

A invenção da máquina acarretou a expansão do capitalismo, que desmembrou as sociedades. Os idosos não incorporavam a força de trabalho necessária naquela época. Desta forma, eles não conseguiram, como os jovens, acompanhar a evolução da sociedade, se tornando, por isso, sinônimo de fraqueza. Constata-se, então, uma inversão de valores, visto que a capacidade de produção de bens materiais passa a ser mais apreciada que o valor humano. Começa a instalar-se aí o conceito negativo de velhice, considerando que o velho, por ser improdutivo economicamente, não possui uma função social. O idoso era esquecido e o que se objetivava é que os próprios idosos se esquecessem deles mesmos, para que não cobrassem nada de ninguém. O idoso era visto como sinônimo de doença, vez que se encontrava em declínio físico, moral, psicológico, econômico e estético. Esta associação dos idosos com a morte e a doença faz com que em nossa sociedade eles se tornem excluídos (GOULART, 2013, p. 16).

O desprestígio socioeconômico atribuído ao grupo idoso lhes imputa a marginalidade social, apesar de representar significativa parcela da sociedade, acarretando na falsa crença social de perda de “parte de seus direitos de igualdade em todas as esferas da vida social, econômica e política. Ou seja, por critérios seletivos (posição no mercado de produção, idade, etc.)” (AGUSTINI, 2003, p. 25), passaram a ocupar um lugar de minoria.

Assim, com o fito de lhes assegurar “qualidade de vida, é preciso garantir direitos em questões como saúde, trabalho, assistência social, educação, cultura, esporte, habitação e meios de transportes” (PERISSÉ; MARLI, 2019, p. 20). A utilização do fator etário pode e deve ser mantida para fins práticos, como para determinação de aposentadoria ou conferir prioridade de tramitação processual, no sentido de oferecer atenção especial e respeito a este segmento da população pelo maior tempo de vida, o que não leva à conclusão de que são um grupo à margem da sociedade, ou indigna de direitos. Se houver diferenciação, sua razão de ser é a promoção de inclusão, na tentativa de garantir um mínimo de igualdade material.

A proteção ao idoso e o direito à velhice digna, sob a ótica constitucional, podem ser interpretados como desdobramentos do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, “postulado fundamental da ordem jurídica brasileira”

que compreende “todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 98).

A dignidade da pessoa humana permeia toda a vida do indivíduo porque detentor desta qualidade, de modo que deve ser assegurada pelo Estado não somente a partir da velhice, mas pelo período de uma vida inteira, a fim de resguardar todos os direitos dela decorrentes – tal como a liberdade, que é pressuposto para a realização da dignidade, e a própria velhice digna, prevista desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desta forma, apesar de caracteristicamente mais vulneráveis e frágeis, esses elementos devem ser usados como fundamento de maior proteção e prioridade destes indivíduos, em busca de isonomia em termos materiais, e não como justificativa para o afastamento dos efeitos de direitos fundamentais ou quiçá pela presunção de incapacidade.

Não pode haver fundamento que faça presumir que o direito à autonomia, liberdade, igualdade e à própria dignidade da pessoa humana não seja mais aplicado por razões etárias. Cenário pior, pois desta maneira lhe estariam sendo retirados direitos dos quais teve gozo a vida inteira, justamente em uma fase em que necessitam de maior amparo social e jurídico.

Garantir a autonomia privada da pessoa idosa, pois, é garantir seu direito à autodeterminação quanto à vida individual, por derivação do direito fundamental de liberdade, “e o livre desenvolvimento da personalidade em condições de igualdade com os demais indivíduos” (RODRIGUES; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 143).

A despeito do direito à autonomia privada do idoso, extremamente vinculada aos direitos fundamentais à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, como visto no primeiro capítulo, há no ordenamento jurídico brasileiro uma série de dispositivos que oferecem proteção a este segmento populacional, os quais serão objeto de estudo do próximo tópico.

## **4.2 O regramento protetivo à pessoa idosa**

O primeiro dispositivo constitucional brasileiro que fez menção à pessoa do idoso ou à condição de velhice foi o artigo 121, §1º, da Constituição de 1934, de forma

sucinta, tratando exclusivamente do direito à assistência previdenciária, sem, no entanto, revesti-lo de dignidade ou combiná-lo com outros dispositivos de viés protetivo.

Este padrão se manteve intacto no decorrer de todos os textos constitucionais subsequentes, elaborados no período ditatorial, até a Constituição Federal de 1988, que promoveu a inauguração de uma nova ordem jurídica no país. Como estudado mais profundamente no primeiro capítulo, elevou-se a dignidade da pessoa humana a fundamento da República e ao centro do ordenamento jurídico, de modo a orientar todo o sistema normativo brasileiro.

Além de promover a igualdade formal entre os indivíduos, e assegurar a todos “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [e] à segurança” (BRASIL, 1988), a Carta Magna elencou como princípio da República a promoção do “bem de todos, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, *idade* e quaisquer outras formas de *discriminação*” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Quanto a este último dispositivo, Agustini (2003) observa que a idade é elencada como fator de discriminação, o que pode ser interpretado como expresse reconhecimento da existência discriminatória quanto à pessoa idosa.

Mais à frente, no Título referente à ordem social, estabelece o legislador acerca do dever de ajuda e amparo dos filhos para com os pais “na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988), o que faz inferir tratar-se de um direito social, apesar de não constante no Título adequado (II – Dos direitos sociais). Em seguida, postula no artigo 230 a base legal para o regramento infraconstitucional de proteção à velhice, nos seguintes termos: “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” (BRASIL, 1988).

Assim, estabelece explicitamente o direito à dignidade da pessoa idosa através de uma norma com duplo viés: positivo no que diz respeito à promoção do bem-estar e de infraestrutura, por parte do Estado, para que os direitos possam ser realizados, e negativo quanto ao espaço que se deve dar ao indivíduo para que desenvolva sua dignidade dentro de sua própria individualidade, sem imposições ou restrições.

Ademais, apesar de subsidiária, saliente-se haver sido atribuída responsabilidade ao Estado pelo amparo à pessoa idosa. Exemplo disso é o disposto

no artigo 203, que assegura a proteção à velhice a quem necessitar, pela assistência social, independente de contribuição à seguridade social.

Em vista da necessidade de regular o arcabouço normativo protetivo à população idosa, 6 anos após a promulgação da Constituição, editou-se Lei com o fito de instituir Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/94), de forma a assegurar os direitos sociais e de cidadania do idoso, “criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (BRASIL, 1994), de modo que esteja preparada para receber e ampará-lo nos campos de assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência social, habitação e urbanismo, justiça, cultura, esporte e lazer.

Do conjunto deste regramento, ademais de ter estabelecido a idade de 60 anos como critério de identificação da pessoa idosa, duas normas que se destacam, para o propósito deste trabalho, são os parágrafos 1º e 2º, do artigo 10, que expressamente afastam qualquer presunção de incapacidade do idoso, garantindo-lhe “o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de *incapacidade judicialmente comprovada*” (BRASIL, 1994), caso em que nomear-se-á curador em juízo.

Apesar do objetivo de assegurar os direitos sociais aos idosos, a Política Nacional do Idoso se mostrou pouco eficaz, visto não ter sido implantada de fato na sociedade. Assim, vislumbrou-se a necessidade de editar novo dispositivo legal a fim de assegurar os direitos da pessoa idosa, o que se fez através da Lei n. 10.741, que instituiu o Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso trata de um microssistema jurídico que regulamenta o teor do artigo 230 da Constituição, estabelecendo “regras e diretrizes materiais e processuais, em seara civil, penal e administrativa, no que concerne aos direitos, garantias e proteções à pessoa idosa” (RODRIGUES, 2006, p. 774). Logo, o intuito foi de promover políticas e medidas que viabilizassem a participação e integração à comunidade, de modo que por ela pudessem ser recebidos e amparados.

Mais uma vez, esclareceu-se que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, devendo ser asseguradas “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” (BRASIL, 2003), cabendo à família, comunidade, sociedade e, finalmente, ao Poder Público, assegurar a efetivação de seus direitos. Finalmente, vedou-se a discriminação pelo critério etário, apontando o envelhecimento como direito personalíssimo e sua proteção como um direito social.

Deste modo, percebe-se que há um esforço legislativo, talvez inda discreto, na direção de assegurar aos idosos os direitos aos quais faz jus, todos com fundamento constitucional, a fim de lhes garantir a dignidade postulada na Carta Magna. No entanto, apesar de haver conjunto normativo que garanta a proteção do idoso, ainda há dispositivos na codificação civil que vão no contrafluxo dessa corrente legislativa. Entre eles, o artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, que impõe o regime de separação obrigatória aos septuagenários, tema do tópico seguinte.

### **4.3 A imposição do regime de separação obrigatória de bens**

A obrigatoriedade do regime da separação de bens não é novidade no atual Código Civil, mas a manutenção de um dispositivo já presente no diploma civil anterior. Em seu artigo 258, o Código Civil de 1916 previa o regime de comunhão universal como regime legal, ressalvadas as hipóteses do parágrafo único do mesmo dispositivo, ocasiões nas quais impunha-se o regime obrigatório. Entre elas, no inciso II, previu-se a restrição ao casamento “do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos” (BRASIL, 1916).

Quando da elaboração do novo Código Civil, já vigente a Constituição Federal de 1988, optou-se por manter o dispositivo no ordenamento jurídico, mas a fim de atender ao princípio da isonomia, estabeleceu-se a incidência da norma a qualquer nubente com idade igual ou superior a 60 anos.

Monteiro e Silva (2010, p. 292) afirmam que o Senador Josaphat Marinho defendeu que a manutenção do dispositivo na codificação civil por “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”, e adicionam que o direito constitucional à liberdade deve ser exercido dentro dos limites da lei, a qual por vezes impõe restrições, exemplificadas pelas causas impeditivas e suspensivas.

Zuliani (2002 apud SOUZA, 2014, p. 41) defende a intervenção estatal neste quesito para fins de proteção da “paz familiar” e do patrimônio amealhado pelo nubente sexagenário, em meio a “uma história de lutas e dificuldades”, prevenindo a



perda do acervo “em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue” (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 292) nos casos em que o casamento era realizado com finalidade de aplicar o conhecido “golpe do baú”. A lógica dos autores é de que “a idade mais avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos” de os idosos submeterem-se a um casamento em que o outro cônjuge participa unicamente em virtude de obter vantagem financeira (MONTEIRO; SILVA, 2010, p. 292).

Em 2007, no entanto, apresentou-se Projeto de Lei n. 108/2007 à Câmara dos Deputados, propondo a alteração da idade mínima de aplicação do dispositivo para 70 anos, justificada pelo aumento da qualidade e expectativa de vida, decorrentes do avanço da tecnologia médica e da melhoria de condições de vida, pelo aprimoramento das estruturas sanitárias, de saúde e educação, de modo que até esta idade os brasileiros apresentam, certamente, hígidez física e mental.

O Projeto foi aprovado e o dispositivo alterado em 2010, pela Lei n. 12.344, subsistindo a imposição do regime de separação obrigatória aos septuagenários, que possui por consequência a incomunicabilidade patrimonial entre os acervos de cada cônjuge, como estudado anteriormente. Como se demonstrará a seguir, há uma série de críticas da doutrina especializada à manutenção do dispositivo em comento, inclusive apontando eventual inconstitucionalidade do artigo. Passa-se à análise.

#### **4.4 A problemática atinente à manutenção do regime de separação obrigatória no ordenamento pós 1988**

##### *4.4.1 Manutenção dos valores históricos do Código Civil de 1916*

Não se tratando de uma crítica propriamente dita, a primeira e pertinente observação diz respeito à própria elaboração do Código Civil, cujo projeto, apresentado em 1984, estava em muito distante da época de sua promulgação. Isto é, o contexto histórico, político e social comportava a restrição ora em análise, que se amoldava aos problemas e realidade da época, na qual os valores sociais e o formato de família eram bastante diferentes.

Ademais disso, o andamento da redação do diploma restou prejudicado em virtude de uma série de fatores, como o momento histórico que vivia o Brasil, em meio às crises econômica e do petróleo, greves fabris e clamor popular pela redemocratização. Assim, em adição e justamente pelo período de transição cultural

pelo qual passavam os brasileiros, como a introdução do divórcio no ordenamento, a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a assunção, pelas famílias, de formatos cada vez mais flexíveis, todo o esforço do Legislativo estava voltado para a elaboração da nova Constituição Federal, que veio a ser promulgada em 1988, restando pouco tempo a ser dedicado ao Código Civil, que ao novo texto constitucional também teria de ser amoldado.

Deste modo, promulgada a Constituição, o antigo projeto do Código Civil, datado de 1984, passou por processo de revisão, buscando adequar-se aos novos preceitos constitucionais e realidade social. O grande lapso temporal entre um e outro, segundo Tepedino (2003, p. 3), fez com que inexistisse “uniformidade política e ideológica”, o que por consequência faz “exigir especial atenção da atividade do intérprete”. A crítica de Brito (2003 apud PEREIRA, 2006, p. 7-8), pois, é de que “não há um novo código, mas sim um novo texto para um código antigo, contudo algumas alterações redacionais e tímidas inovações”.

Logo, o antigo projeto foi emendado e remendado para que pudesse passar a impressão de uma roupagem nova e atual, sem adequação verdadeira ao novo contexto social brasileiro, sobretudo quanto à pessoa idosa, que muito se reinventou desde o início do século XX.

#### *4.4.2 A conotação negativa da velhice e o direito ao envelhecimento digno*

Isto porque o envelhecer é um processo bastante individual, em virtude de ser resultado de um conjunto de fatores, peculiares a cada um, como a condição financeira, qualidade de vida, saúde física e psicológica. Ademais, com o significativo e geral aumento da qualidade de vida no Brasil, o início da velhice “senil” está em constante adiamento, de modo que se possibilita aos idosos a oportunidade de traçar novos planos, desafios e objetivos nesta nova fase da vida.

Assim, Braga (2005 apud GOULART, 2013, p. 23) expõe que a velhice não pode ser compreendida de maneira fixa e irredutível, mas analisada a partir de seus diversos vieses:

A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançaram são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais. A velhice burocrática corresponde àquela idade que gera direitos a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbano. A velhice psicológica, ou subjetiva, é a mais complexa já que não

pressupõe parâmetros objetivos. Depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho.

Por este motivo, é bastante delicado - e talvez inconsequente - impor uma restrição, a título de proteção, a um grupo inteiro em virtude de eventual e presumida “incapacidade” ou falta de discernimento de alguns componentes minoritários, caso no qual há solução jurídica estabelecida, como se verá adiante. Misharaa e Riedel (1995 apud AGUSTINI, 2003, p. 27) afirmam ser

arbitrário colocar o umbral nos 70, 75 anos ou em qualquer outro momento. A realidade é que estas distinções não são permanentes. [...] Com frequência os velhos jovens se mostram ativos e estão livres dos problemas associados com o envelhecimento. Na nossa época se prolonga constantemente a duração da vida ativa e de outras características da juventude.

Por outro viés, esta diferenciação quanto ao grupo dos idosos também foi influenciada pela conotação social negativa da velhice, já discutida no início deste capítulo, “como se [a velhice] acarretasse a perda da condição humana” (RAMOS, 2012, p. 165), da dignidade e de todos direitos e elementos que decorrem desta qualidade.

Pelo contrário, o envelhecimento não retira da pessoa idosa sua dignidade, tampouco faz cessar os efeitos de seus direitos individuais fundamentais, os quais foram a ela resguardados pelo Estatuto do Idoso e que devem ser aplicados a todos, sem exceção ou discriminação. Assim, impor o regime de separação acaba por ratificar a existente exclusão social dos idosos, e não há justificativa em aplicar restrição a quem “possui pleno discernimento para exprimir sua vontade” (SILVA, 2018, p. 93).

Pela ordem natural da vida, todos estão destinados à velhice, e excluir essa parcela agora é decretar sua própria exclusão dentro de algumas décadas. Ou seja, ciente da discriminação para com essa parcela populacional, ao Estado cabe a promoção de direitos e de políticas que auxiliem a diminuir a desigualdade existente e a exclusão social que dela decorre, e que otimizem os direitos fundamentais aos quais se propôs na Constituição, de modo a permear esta fase da vida de dignidade, proteção, respeito e inserção social.

#### *4.4.3 Inadequação aos preceitos constitucionais fundamentais*

Nesta toada, é imperioso ressaltar, mais uma vez, a nova ordem jurídica que se instalou no país com o advento da Constituição Federal de 1988, centrada na

dignidade da pessoa humana, preceito que só pode realizar-se quando efetivamente se assegurem os direitos individuais à isonomia, liberdade e autonomia. Sendo assim, o ordenamento jurídico deve ser organizado e estruturado de forma tal que possibilite, por si só, o cumprimento de seus princípios e a realização de seus objetivos, de modo que a interpretação seja sistêmica, e não restrita à literalidade da lei.

Logo, em um primeiro momento, pontua-se que a imposição do regime obrigatório aos septuagenários importa na intervenção do Estado na esfera privada desses indivíduos, sem qualquer interesse público que justifique a intervenção, principalmente porque “tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges” (LÔBO, 2005).

O Estado pode e deve regular, em certa medida, as normas aplicáveis ao Direito de Família, fato que não chancela intervenções coativas sem justo motivo, ainda mais nessa esfera tão íntima do indivíduo, com relação à qual o próprio Estado atribuiu, além de *status* de base da sociedade, a liberdade e autonomia para que os indivíduos regulem seus interesses privados. Retoma-se, então, o conceito de Direito de Família Mínimo, segundo o qual a intervenção estatal nos assuntos de família deve ser o mínimo possível.

Lima e Sá (2015 apud CARMINATE, 2017, p. 200-201) fazem interessante crítica quanto ao tema:

Em se tratando de pessoas idosas, a recodificação do Direito Privado Nacional não se voltou para sua inserção no âmbito familiar, o que é surpreendente diante do crescimento dessa faixa etária na população brasileira. O Código Civil de 2002, que concretiza o princípio da autonomia privada em vários de seus dispositivos, quando se refere ao idoso, inverte a equação para limitar direitos, impondo o regime de separação de bens para as pessoas com idade igual ou superior a 70 anos. O art. 1641, II, CC/02 é o único dispositivo a regular a situação do idoso na família. Está claro que o legislador ordinário partiu do pressuposto de que o idoso é, necessariamente, vulnerável, ainda quando não se encontra em quaisquer das situações capituladas nos artigos 3º e 4º do CC/02, que disciplinam o regime das Incapacidades. Ao contrário do tratamento jurídico dado à criança e ao adolescente – que cada vez mais veem reconhecidas possibilidades de opinar e decidir – o idoso se vê ceifado do poder de autodeterminação, ignorando-se o seu discernimento. Aqui, longe de garantir a autonomia privada, o Estado surge para intervir nas relações privadas, sob o pretexto de proteger o indivíduo de si mesmo.

Desta forma, em face do arcabouço normativo já analisado, percebe-se que ao idoso deve ser oferecida a proteção do Estado não num sentido de restringir-lhe um

direito, mas de garantir a plena efetivação daqueles assegurados pela Carta da República e pelo Estatuto do Idoso, dignos de proteção especial, face às singularidades decorrentes do avanço da idade.

Ademais, pelo fato de impor restrição à igualdade, liberdade e autonomia da pessoa idosa, é possível inferir que o artigo em análise não tenha sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, inclusive por tratar de vedação por ela não prevista. Ora, “as liberdades de caráter existencial são elementos essenciais ao próprio conteúdo do que seria vida digna” (SILVA, 2018, p. 83), e restringir a pessoa idosa da escolha do regime de bens, “aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente disponível” (CANUTO, 2006, p. 300-301), importa em afronta direta à sua dignidade enquanto pessoa, à isonomia frente a nubentes mais jovens - que possuem disciplina jurídica diversa - e à sua autonomia privada, principalmente nesse âmbito íntimo de vida.

Com relação à autonomia, então, “no que tange ao casamento, se resume à possibilidade de contrair matrimônio, ou não” (CARMINATE, 2017, p. 184), ou seja, veda-se a oportunidade de escolha sem qualquer fundamento que não a presunção de certa “inaptidão” para a liberdade quanto à convolação de núpcias a partir de determinada idade, ferindo sua autonomia privada enquanto pessoa humana e enquanto consorte, e constringendo-o a uma tutela reducionista.

Observe-se que, apesar de discreta, já é possível perceber posicionamentos jurisprudenciais no sentido de violação dos preceitos constitucionais, inclusive, questionando a própria constitucionalidade do dispositivo. Veja-se:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERÊ O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil. (Incidente de Inconstitucionalidade nº 201000107802 nº único 0003383-67.2010.8.25.0000 - TRIBUNAL PLENO, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Osório de Araújo Ramos Filho - Julgado em 17/11/2010, grifo nosso)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO

ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0702.09.649733-5/002, Relator(a): Des.(a) José Antonino Baía Borges, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014, grifo nosso)

O prescrito pelo artigo 1641, II, apesar de mantido com a pretensa finalidade de proteger o interesse patrimonial da pessoa idosa, “deve ser interpretada como uma norma restritiva de direitos” (CANUTO, 2006, p. 300) que, enquanto tal, não admite interpretação extensiva. Vedar a “liberdade de escolha do regime de bens não apresenta fundo protetivo ao indivíduo, mas, sim, discriminatório” (CAMPOS; VALADARES, 2007 apud CARMINATE, 2017, p. 189). Nesta senda, sugere Maria Berenice Dias (2015, p. 658):

Em se tratando de norma protetiva, o mais correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigorante quando os nubentes nada convencionam por meio de pacto antenupcial. Impor o regime da separação obrigatória, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o matrimônio, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças. A limitação autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. [...] Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

A despeito da afronta aos princípios constitucionais apontados, a isonomia dos nubentes também acaba sendo violada no âmbito infraconstitucional. Inicialmente, aponte-se a possibilidade de alteração do regime às hipóteses elencadas nos incisos I e III do dispositivo, referentes a casamentos inobservantes de causas suspensivas e àqueles que necessitam de suprimento judicial para se efetivar, respectivamente, desde que superada a causa que justificou o regime.

Ademais da previsão do parágrafo único do artigo 1.523, quanto ao inciso I, o Enunciado n. 262 da III Jornada de Direito Civil estabeleceu entendimento neste exato sentido. Ora, tendo em vista que a incomunicabilidade decorrente do regime obrigatório é absoluta, e por mais que possa ser afastada pelo juiz nos demais casos, “nada justifica que não possa ser eliminada para os que passaram dos 70 anos” (DIAS, 2015, p. 328).

Nesta toada, o dispositivo tem por efeito a impossibilidade de o idoso pleitear seu direito à alteração do regime de casamento, assegurado pelo artigo 1.639, §2º e, indiretamente, também acaba por tolher, sem justificativa, o direito do nubente menor

de 70 anos que casa com um septuagenário com o fim maior do casamento, que é a comunhão plena de vida.

Em vista disso, Primo (2012, p. 185) questiona “se há um critério razoável que legitime a diferenciação legal”, quer de natureza científica ou jurídica, pois a restrição nada assegura, mas tão somente reforça uma ideologia já ultrapassada. Apesar do justificável interesse do Estado em regulamentar os regimes de casamento, posto que relacionados ao Direito de Família e principais reguladores das relações patrimoniais entre cônjuges, esta intervenção deve ser ponderada, já que referente à vida privada do indivíduo, a fim de que a exceção interventiva não venha a se tornar regra.

#### *4.4.4 Presunção de incapacidade da pessoa idosa*

A partir do questionamento acerca da existência de critérios que justifiquem a imposição do regime de separação de bens aos nubentes septuagenários, uma das principais críticas feitas pela doutrina especializada ao dispositivo em comento é a presunção, pelo legislador, da incapacidade da pessoa idosa para gerir seu patrimônio com autonomia, sobretudo no que diz respeito aos casamentos interesseiros, “como se não tivesse a faculdade de entender, querer e decidir suas escolhas e sentimentos sem comprometer seu patrimônio” (RODRIGUES; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 146-147).

Na justificativa de resguardar o idoso de uma possível situação de miséria, afastando o incentivo patrimonial que pudesse levar uma pessoa mais jovem a casar com um septuagenário, e na oportunidade de isentar-se de eventuais problemas, o Estado postulou o regime da separação obrigatória, o que acabou por atribuir à pessoa idosa condição similar a dos incapazes.

Em resgate conceitual, a capacidade, que é a medida jurídica da personalidade, se traduz na “aptidão que a pessoa possui para adquirir e exercer direitos” (RODRIGUES; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 145). A capacidade é própria de todos, posto que detentores da qualidade humana, e negar a capacidade à aquisição de direitos é retirar parte do atributo da personalidade de cada indivíduo. Assim, a capacidade é regra, e a incapacidade, exceção. No entanto, a capacidade de exercê-los não é absoluta.

Isto porque alguns indivíduos possuem capacidade limitada, razão pela qual não podem praticar, por si próprios, todos ou alguns atos da vida civil, necessitando

de outra pessoa para ratificar sua vontade, razão pela qual são considerados incapazes. Por este motivo, se “admite [...] variação e gradação” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 207) da incapacidade, de modo a existirem pessoas plenamente capazes, e relativa ou absolutamente incapazes.

Assim, a incapacidade, sempre determinada em hipóteses taxativas de lei, trata de restrições ao livre exercício dos atos da vida civil, justificada no interesse e proteção do incapaz, e por serem desta natureza, merecem interpretação igualmente restritiva, que não merecem aplicação extensiva posto que são medidas excepcionais.

Em virtude de presumida baixa capacidade de discernimento por força da idade, consideram absolutamente incapazes os menores de 16 anos, os quais não possuem capacidade para agir, dependendo de representação por terceiro para validar o ato, e evitar que seja reputado nulo. Aos relativamente incapazes, determinados no artigo 4º do Código Civil, é permitida a prática de alguns atos da vida civil, desde que assistido de terceiro legitimado, sob pena de anulabilidade do ato e em resguardo dos interesses e direitos patrimoniais e negociais do incapaz.

Deste modo, a capacidade civil do indivíduo, por si só, não pode ser aferida somente pelo critério da faixa etária, visto que “a idade avançada não é causa de relativa ou absoluta incapacidade civil” (RODRIGUES, 2006, p. 787), e eventual incapacidade física dela decorrente “não implica em incapacidade mental” (GOULART, 2013, p. 23). Pelo contrário, pois inclusive, “diante da experiência e sabedoria de vida acumulada com o passar dos anos, muitas vezes ao tornarem-se septuagenários encontram-se no ápice da higidez mental” (PRIMO, 2012, p. 192).

Dessarte, a presunção de incapacidade da pessoa idosa, por parte do legislador, é desrespeitosa, segregadora e desigual, não encontra autorização constitucional para tanto e vai de encontro ao interesse de mais de 12 milhões de pessoas. A idade mais avançada não é sinônimo de inaptidão para atos que envolvam a disposição de patrimônio, como a escolha do regime de bens a vigorar no casamento.

A alegação de que a separação patrimonial entre as pessoas que convolverem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso de investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence. E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros. Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição. Muito pelo contrário. O que



notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por sua idade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014 apud REIS, 2018, p. 45).

Acerca da discriminação e presunção de incapacidade pelo legislador, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. [...] *A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.* [...] (Apelação Cível, Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 27-08-2003, grifo nosso).

Quanto à possibilidade de interdição, esta deve se fazer possível desde que o idoso seja acometido por um estado “que afete a faculdade mental” e retire o discernimento da pessoa idosa, de modo que não mais consiga “manifestar sua vontade ou clareza de razão para praticar atos negociais, hipótese em que a incapacidade relativa resulta do estado psíquico e não da velhice” (DINIZ, 2019b, p. 178). Veja-se interessante decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - CURATELA. - REQUISITOS ESSENCIAIS AUSENTES - INCAPACIDADE DO INTERDITANDO APENAS FÍSICA - IDOSO DE 93 ANOS - SENTENÇA REFORMADA. *Não havendo nos autos prova da efetiva incapacidade do interditando que, apesar de alguns problemas de saúde pela própria idade, noventa e três anos, é capaz de gerir os atos de sua vida civil, deve ser julgado improcedente o pedido de interdição. Uma vez consagrado como regra a capacidade das pessoas para serem titulares de direitos e obrigações (art.1º, CCB/02), a interdição, medida excepcional e extrema, somente será imposta se efetivamente demonstrada a incapacidade do indivíduo reger os atos da vida civil.* (TJMG - Apelação Cível 1.0183.08.151569-8/001, Relator(a): Des.(a) Mauro Soares de Freitas, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/05/2011, publicação da súmula em 23/05/2011, grifo nosso)

Dias (2011, apud REIS, 2018, p. 37) faz excelente observação quanto ao processo de interdição:

é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado.

Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa.

Assim, ante a seriedade dos efeitos de sua declaração, a extensiva formalidade que reveste o processo de interdição busca defender o interesse do interditando, evitando grande injustiça de qualificar como incapaz um indivíduo que está em pleno gozo de suas capacidades para a prática de atos da vida civil. O inciso II do artigo 1.641 pressupõe a incapacidade e impõe uma semi-interdição aos septuagenários, sem qualquer fundamento de direito, visto que o critério etário não foi elencado como causa de incapacidade.

Por isso, Barbosa (2016, p. 29) entende que o Estado fez “uso indevido do poder que tem em mãos, ultrapassou os limites impostos pelo princípio da autonomia privada, interferindo de forma direta e cogente naquela que consiste na parte mais íntima do homem”, de modo que a norma perde seu suposto caráter protetivo, se tornando verdadeira sanção ao nubente septuagenário, que ironicamente vê seu direito à liberdade tolhido

em um ordenamento jurídico em que a autonomia privada e a responsabilidade são a palavra de ordem, especialmente após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que alterou substancialmente o regime das incapacidades (PEREIRA, 2019).

#### *4.4.4.1 A autonomia conferida às pessoas com deficiência*

Em 2015, promulgou-se a Lei n. 13.146, a qual instituiu Lei “de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”, que tem por escopo “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015).

Dentre uma série de efeitos que o diploma gerou no ordenamento jurídico, especialmente quanto ao tema deste trabalho, ressalta-se o disposto no artigo 114, que eliminou a deficiência como causa de incapacidade, atribuindo a elas a capacidade de exercer seus direitos pessoalmente, bem como a autonomia para agir livremente em seu campo existencial. Desta forma, até prova em contrário, a curatela se restringe aos atos de caráter patrimonial e negocial (CARMINATE, 2017).

Outra alteração significativa foi a inclusão do §2º no artigo 1.550 do Código Civil, que permite a realização de casamento da pessoa com deficiência mental ou

intelectual, desde que consiga expressar sua vontade sozinha ou por meio do responsável; no entanto, sem qualquer restrição de cunho patrimonial, permitindo que o regime de bens a vigor durante a união seja eleito pelos nubentes, como manda a regra geral.

Assim, o objetivo do Estatuto foi “assegurar o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (RODRIGUES; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 145), incluída a pessoa idosa por força do princípio da isonomia, que é excepcionada somente pelo artigo 1.641. Logo, inexistindo causa de incapacidade, medida excepcional que não se presume, em qualquer dos casos, é imperioso o afastamento de norma que preveja restrição de direitos, em oposição aos ditames constitucionais.

Isto porque o Estatuto, ao vedar a imposição de qualquer restrição à autonomia de pessoas desprovidas de pleno discernimento no ato da celebração do casamento, por via oblíqua impede que haja o cerceamento da autonomia de quaisquer outros indivíduos para a prática de atos de igual natureza, especialmente a de indivíduos dotados de pleno discernimento. Logo, se alguém que tem o discernimento eventualmente prejudicado por uma deficiência mental pode escolher o regime de bens de seu casamento, é forçoso concluir que um indivíduo maior de 70 (setenta) anos, com as faculdades mentais perfeitas, poderá exercer igual direito (CARMINATE, 2017, p. 203).

#### *4.4.5 Ausência de face - e idade - do nubente interesseiro e o direito à afetividade*

A despeito da violação da isonomia dos idosos, quanto à possibilidade de escolha do regime de bens a vigorar em seu casamento, a eles é deflagrado olhar preconceituoso no sentido de serem, por excelência, alvo de casamentos interesseiros, isto é, celebrados somente em virtude do interesse patrimonial; e, assim também, indignos de um casamento baseado na afetividade.

Há, deste modo, uma errônea “presunção de fragilidade em relação à pessoa idosa” (D'ALBUQUERQUE, 2015, p. 14), assim como uma presunção absoluta de má-fé do outro cônjuge, subvertendo “a lógica imposta pelo próprio Código Civil, pautado na exigibilidade de conduta entre as partes, segundo os critérios de lealdade e confiança” (GUEDES; GHILARDI, 2017, p. 1520).

Caio Mário da Silva Pereira (2013, apud REIS, 2018, p. 46) comenta que a restrição legislativa em comento “não encontra justificativa econômica ou moral”, esclarecendo que se existem casamentos interesseiros “nestas faixas etárias, certo

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

Sendo assim, não há argumento que justifique a imposição de restrição à autonomia privada da pessoa idosa unicamente pelo fato de possuir fortuna ou patrimônio consolidado - o que, por si só, é uma presunção questionável, visto que a elevada idade não necessariamente tem números proporcionais ao valor auferido mensalmente. Ademais, menos justificável poderia ser a vedação do casamento somente entre idosos, ou no qual um deles não possuísse patrimônio, ou até que fosse o cônjuge mais jovem o favorecido patrimonialmente.

Fosse assim, para fins de atendimento da igualdade, a utilização do critério de renda para a imposição ou não do regime obrigatório deveria se estender a todos, visto que há um bocado de adultos na casa dos 30 ou 40 anos que possuem robusto acervo patrimonial, e pela lógica do legislador, seriam alvos constantes de candidatos que buscam enriquecer através de um casamento que pode ser bastante conveniente em termos econômicos e até sociais, pelo *status* que a posse de grandes somas de dinheiro oferece no meio social.

Dessarte, verifica-se que o cônjuge que busca aplicar o “golpe do baú”, por sua cupidez, sempre encontrará um meio para conquistar seu objetivo, qualquer seja a idade do outro cônjuge. Logo, posto que inevitáveis e imprevisíveis as uniões interesseiras, em brilhante adição, Pereira (2019) relembra que, em virtude de sua natureza, elas podem

ensejar uma ação declaratória de indignidade (artigo 1.708, parágrafo único, CC) para desobrigar um dos cônjuges ou conviventes/companheiros ao pagamento de pensão alimentícia, bem como para efeitos sucessórios ou até mesmo uma invalidação do contrato da conjugalidade.

Assim, é inequívoco que esta limitação continua prestigiando as relações patrimoniais como fazia o Código Civil de 1916, em detrimento da afetividade e solidariedade inseridas pela Constituição de 1988, como se fossem “atributo [exclusivo] da idade jovem” (LÔBO, 2006, p. 108), restando à pessoa idosa, como atrativo matrimonial, seu acervo patrimonial. É certo que a fortuna pode, de fato, exercer esse papel, pois “não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver” (RODRIGUES, 2004b apud DINIZ; ALMEIDA, 2015, p. 50).

O problema, contudo, é presumir que as qualidades da pessoa idosa, enquanto humana, se resumem a tanto.

No entanto, os dados e a realidade fática apontam para outra direção. Do censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2010, levantou-se que a população acima dos 60 anos chegava à casa dos 20,6 milhões, dos quais 11,5 milhões ainda viviam com seus cônjuges (PERISSÉ; MARLI, 2019, p. 25). Ademais, Hironaka (2006, p. 55-56) destaca uma mudança comportamental neste grupo populacional nos últimos tempos, também em virtude do aumento de sua longevidade:

As posturas ilegítimas que foram condenadas pelo moralismo sexual do anterior século, como, por exemplo, o excesso de relações e passatempos amorosos, a prática sexual depois dos 50 ou 60 anos, [...] foram paulatinamente perdendo grande peso pecaminoso e imoral, libertando as pessoas, não para o acesso livre e indiscriminado do prazer, mas para escolherem suas preferências e procurarem, sem essas amarras externas (e cruéis no mais das vezes) realizar os seus projetos pessoais de felicidade.

Assim, também com o fito de assegurar ao idoso seu direito à felicidade e realização pessoal, impera interpretar o casamento como uma oportunidade de proporcionar satisfação e renovação da vida do idoso, posto que é o marco do início da comunhão plena de vida com o fim de “superação de suas deficiências, para que se realizem e alcancem a felicidade, o que depende de uma conduta de mútuo auxílio e respeito” (SANTOS, 1999 apud ALVES, 2009, p. 126).

De maneira breve, Arnaldo Rizzardo (2015, p. 162) denota que o mais adequado seria “excepcionar a obrigatoriedade do regime de separação se ambos os nubentes fossem maiores de setenta anos”. Apesar de se mostrar coerente, não é alternativa viável posto que expressa desigualdade entre os próprios idosos, discriminando aquele que se apaixona por uma sexagenária ou por pessoa mais jovem. O afeto não tem idade nem momento para acontecer.

#### *4.4.6 O dever de deixar herança e o império do direito patrimonial*

Apesar de hoje a família instituída pelo casamento ter por razão de ser a vontade dos participantes em estabelecer comunhão plena de vida, a família “tradicional”, espelhada pelo Código Civil de 1916, tinha por fundamento, além da manutenção de tradições, a preocupação em conquistar e acumular patrimônio para transmiti-lo, em momento futuro, aos seus herdeiros. Remontam a este período histórico, assim, os casamentos arranjados por conveniência, nos quais havia

sobreposição do interesse patrimonial sobre o afetivo “justificando, portanto, a restrição de direitos apoiada na preocupação em se proteger os bens acumulados ao longo da existência do indivíduo” (PRIMO, 2012, p. 180).

Neste sentido, no direito brasileiro contemporâneo, foi assegurado pelo constituinte de 1988, no artigo 5º, inciso XXX, o direito de herança, regulamentado pelo direito civil, na matéria de sucessões. Desta forma, como analisado no capítulo anterior, serão contemplados pela herança aqueles determinados em testamento ou por dispositivo legal (artigo 1.829), que determina a ordem de vocação hereditária de eventuais herdeiros deixados pelo falecido. Em havendo descendentes, ascendentes ou cônjuge, a faculdade de disposição dos bens será limitada à metade, posto terem sido elencados pelo legislador como herdeiros necessários, ou seja, os quais não podem ser afastados da sucessão.

Recorrente justificativa para a manutenção do artigo 1.641 e, portanto, da imposição do regime obrigatório ao septuagenário, é o resguardo do direito de herança dos herdeiros, que temem ver sua quota hereditária diminuída ou esvaziada em caso de eventual convolação de núpcias do ainda não falecido.

Assim, infere-se mais uma vez, sob outra ótica, que o dispositivo desconsidera a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada da pessoa idosa, que vê sua liberdade de consecução de interesses particulares cerceada “em favor de interesses de futuros herdeiros” (LÔBO, 2006, p. 108), reforçando o já existente debate doutrinário acerca de sua constitucionalidade, justamente pelo fato de, em um suposto sopesamento realizado pelo legislador, ter sobressaído o direito patrimonial em detrimento dos demais, em detrimento daqueles próprios à pessoa humana.

Ora, a propriedade dos bens, em vida, é da pessoa idosa, e o disposto no artigo 1.641 oferece proteção apenas ao patrimônio, e não ao idoso enquanto pessoa. Em adição, percebe-se que o livre exercício em nada interfere ou prejudica qualquer interesse público ou interesse dos herdeiros, que continua resguardado na forma dos artigos 1.789 e 1.846.

Paradoxalmente, também é possível interpretar a restrição, quando justificada em favor dos herdeiros, como ilegal, visto que protege a herança da pessoa viva, expressamente vedada pelo Código Civil em seu artigo 427. Neste caso, trata de certa

“especulação sobre a morte de uma pessoa, contrariando a moral e os bons costumes” (VENOSA, 2019, p. 639).

“Não cabe ao legislador e muito menos a ninguém julgar os motivos determinantes da conduta de cada um, principalmente com relação a sua parcela disponível de patrimônio” (SILVA, 2018, p. 91), ou sequer ditar os limites etários e formas de se relacionar. No corpo da codificação civil, não há qualquer limitação à pessoa idosa quanto à disposição de seus bens ou da prática de atos negociais – direito expressamente assegurado no Estatuto do Idoso -, o que faz concluir pela inexistência de justificativa para que a decisão quanto aos efeitos patrimoniais do casamento seja vedada. O idoso que não possui obrigação de sustento com mais ninguém tem direito de gastar seu patrimônio como bem entender, sem, contudo, ser considerado pródigo.

Além disso, repise-se que não há “dever” de deixar herança, e tampouco pode ser atribuída à pessoa idosa a incumbência de acumular patrimônio com o fim de garantir a herança dos herdeiros. Tartuce e Simão (2013 apud SOUZA, 2014, p. 42) oportunamente criticam: “ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão”.

Desta forma, pode-se defender que a justificativa da idade para a limitação na escolha do regime de bens ao idoso, não subsiste no direito brasileiro contemporâneo, por duas razões: a primeira refere-se à capacidade de fato do idoso, que não deve ser vinculada a sua idade, mas sim às limitações intelectual e volitiva, assunto que vincula primariamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e de forma secundária o Estatuto do Idoso; a segunda razão é que o direito das sucessões, que é matéria mais específica no caso, já oferece tutela ao futuro patrimônio dos herdeiros, por exemplo, com a garantia da “legítima” ou “parte indisponível da herança”. Ainda no direito sucessório, adendo pertinente é o de que a herança somente se constitui com a efetiva morte do de cujus. Em razão disso, pressupõe-se que a autonomia de uma pessoa plenamente capaz para gerir as situações existenciais e patrimoniais de sua vida, não deveria ser tolhida sob argumentos de proteção de direitos de futuros herdeiros, cujo direito à sucessão está a depender de um evento futuro, no caso a morte, como também da confirmação da qualidade de herdeiro, caso não haja sido deserdado ou excluído da sucessão (RODRIGUES; OLIVEIRA NETO, 2016, p. 147).

#### *4.4.7 A não recepção da Súmula n. 377 e a desnaturação do regime obrigatório*

Seguindo, a despeito de todos os argumentos mencionados até o presente momento quanto à inadequação do regime imposto pelo artigo 1.641 do Código Civil à Constituição Federal de 1988, há outro debate envolvendo o tema, desta vez envolvendo a jurisprudência, especificamente no que diz respeito à Súmula n. 377,

editada no ano de 1964 pelo Supremo Tribunal Federal, à época responsável pela uniformização do entendimento da legislação infraconstitucional.

A previsão da Súmula, *ipsis literis*, é no sentido de que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”<sup>2</sup>. Sua razão de ser é decorrência do artigo 259 do Código Civil de 1916, que previa a comunhão dos aquestos amealhados na constância da união, em casos de regimes diversos da comunhão universal de bens que nada dispusessem nesse sentido. Assim, apesar de ser aplicado comente ao regime da separação convencional de bens,

na jurisprudência à época, foi firmado o entendimento de que o referido artigo deveria ser aplicado no regime de separação obrigatória de bens. Em razão disso, controvérsias judiciais começaram surgir em relação da comunicabilidade ou não dos bens adquiridos na constância do casamento. Considerando os fatos narrados, o STF editou a súmula de nº 377 de 1964 (DINIZ; ALMEIDA, 2015, p. 46).

O intuito, então, era evitar o enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento de outro, nos casos em que houvesse esforço mútuo para aquisição dos bens, ainda que um dos cônjuges não tenha contribuído financeiramente para a aquisição. Ademais, comenta Leite (2018, p. 61):

Na década de 60 a pretensão do STF era, talvez, a de proteger os incautos contra o enriquecimento ilícito proveniente de aventureiros que se apropriavam de fortunas indevidas em decorrência do casamento com nubentes jovens e inexperientes. Sustentar tal hipótese na atualidade soaria, no mínimo surreal.

Assim, após a vigência da Constituição Federal e do Código Civil, surgiu controvérsia acerca da aplicabilidade da Súmula, tanto pela incerteza quanto à sua recepção pela nova ordem jurídica, quanto pelos efeitos que gerou ao regime de separação obrigatória, hipótese em que originalmente não sofria sua incidência. Logo, diz-se que a Súmula n. 377 “simplesmente alterou o regime da separação obrigatória de bens” (DIAS, 2006, p. 98), desnaturando-o, já que prevê a comunicação de bens adquiridos onerosamente na constância da união, desde que provado o esforço comum, fato característico do regime da comunhão parcial de bens, previsto no artigo 1.660, I do diploma civil.

---

<sup>2</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>.



Sobre este ponto em específico, mencione-se notório julgado proferido pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Antonio Cesar Peluso, nos autos da Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, no ano de 1998:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. *Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual.* Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. [...] (Apelação Cível, n. 007.512-4/2-00, 2.ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Des. Cezar Peluso, j. 18-8-1998, grifo nosso).

Desta forma, Canuto (2006, p. 296) entende que o regime obrigatório não tem mais razão de ser, posto que “a declaração de comunicabilidade dos bens na constância do casamento” o transforma em regime de comunhão parcial, restando a quaisquer nubentes que não desejem formar massa patrimonial comum o regime da separação convencional de bens, refletindo, assim, “a vontade dos interessados, e não do Estado”.

Por este exato motivo, Lôbo (2011, p. 327) questiona a manutenção da aplicação do dispositivo: “ante a permanência da Súmula, editada quando o regime legal era o da comunhão universal, e considerando que ela produz os efeitos práticos do regime de comunhão parcial” que é o regime supletivo eleito pelo legislador, “por que manter tal regime obrigatório”?

Além disso, outro debate incitado pela Súmula em análise diz respeito à necessidade de demonstração ou não de esforços comuns para a aquisição dos bens, isto é, acerca de sua presunção ou não, em vista do silêncio dispositivo. Apesar de em dezembro de 2010 o Superior Tribunal de Justiça ter lançado o informativo de jurisprudência n. 0459, determinando que na aquisição onerosa de bens, na constância de união sob o regime da separação obrigatória, o esforço comum é presumido, tal como se dá no regime da comunhão parcial de bens, em agosto de 2018 lançou o informativo de jurisprudência n. 628, segundo o qual “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que *comprovado o esforço comum* para sua aquisição”<sup>3</sup>, atualizando o entendimento da Corte acerca do assunto.

---

<sup>3</sup> Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=EREsp+1.623.858-MG&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>

A justificativa para o entendimento, que buscou uniformizar as interpretações das Turmas, é no sentido de que presumir o esforço comum

conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união.

Observe-se, pois, julgado com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. *No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.* 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (REsp 1623858/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018, grifo nosso)

#### *4.4.8 Diferença de tratamento em relação à união estável*

Uma última questão relativa ao regime obrigatório de bens, que ainda não é uníssona na doutrina, é relativa à sua aplicabilidade à união estável. Paulo Lôbo (2011, p. 182) entende que a restrição do artigo 1.641 não produz efeitos sobre a união estável “porque diz respeito exclusivamente ao casamento. É cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direitos não pode ter interpretação extensiva”. Desta forma, entende que aos conviventes septuagenários aplica-se o regime supletivo da comunhão parcial de bens.

Maria Berenice Dias (2015, p. 255) partilha da mesma opinião, não aplicando-se a separação obrigatória de bens à união estável, já que, uma vez não expressa esta limitação, “não cabe interpretação analógica para restringir direitos”. Apesar de adotar posição contrária, a autora reconhece, à época da elaboração do material, que

o Superior Tribunal de Justiça já começava a alterar seu entendimento, estendendo a aplicação do regime obrigatório à união estável.

O entendimento pela inaplicabilidade do artigo 1.641, II, à união estável faz com que este instituto se mostrasse mais vantajoso e atrativo do que o casamento, visto conferir maior possibilidade de autodeterminação aos casais, já que não estariam submetidos a todas as regras do casamento.

Já autores como Caio Mário da Silva Pereira e Paulo Nader entendem que à união estável devem ser aplicadas as mesmas restrições utilizadas ao casamento, posto que, em contrário, tratar-se-ia, além de “uma afronta ao princípio da isonomia.” (DINIZ; ALMEIDA, 2015, p. 41), da supervalorização da união estável ante o tradicional instituto do casamento, em contrariedade ao artigo 226, §3º da Constituição. Este é o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça, como se verifica dos julgados que seguem:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à *união estável* de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, *impõe-se o regime da separação obrigatória de bens*. 2. Nessa hipótese, *apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha*. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial. (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015, grifo nosso)

CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE *UNIÃO ESTÁVEL* C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). *REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM*. INEXISTÊNCIA. BENFEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. RECURSO DESPROVIDO. (REsp 1369860/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014, grifo nosso)

Recurso Especial – Ação de reconhecimento e dissolução de *união estável* c/c partilha de bens – *Companheiro sexagenário* – *Incidência do regime da separação obrigatória de bens* – *Partilha de bens adquiridos na constância da união estável* – *Necessidade de comprovação do esforço comum* – Precedentes – Consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte – Súmula 83/STJ – Revisão de premissas fáticas – Impossibilidade – Súmula 7/STJ – Recurso

especial desprovido. (Decisão Monocrática no REsp 1830598/SP (2019/0231304-7), Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/082019, DJe 29/08/2019, grifo nosso)

A despeito do posicionamento do Tribunal Superior sobre o tema, no fito de uniformizar a aplicação da regra, verifica-se que ainda há Tribunais de Justiça que interpretam de maneira diversa, como é o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entende tanto pela inaplicabilidade da separação obrigatória à união estável, quanto pela presunção de esforços comuns quanto aos bens amealhados na constância da união. Observe-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO E COMPANHEIRA. REGIME DE BENS. *Inexistindo às uniões estáveis a imposição legal do regime da separação obrigatória de bens, incabível a sua aplicação por analogia, pois, consabido, não pode ser utilizada em prejuízo das partes.* E, não havendo controvérsia sobre a existência e duração da união estável, nem sobre os direitos da companheira, não se trata de questão de alta indagação, devendo ser resolvida nos autos do inventário a questão atinente à partilha dos bens. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70082072752, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 30-10-2019, grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INCIDÊNCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. VEÍCULO. INCLUSÃO NA PARTILHA. MANUTENÇÃO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM NÃO AFASTADA. DIREITOS E AÇÕES INCIDENTES SOBRE BEM IMÓVEL. EXCLUSÃO DO ACERVO. CABIMENTO. AQUISIÇÃO EM PERÍODO ANTERIOR À RELAÇÃO. 1. Aplicável, no caso, o regime da separação obrigatória de bens, incidindo o disposto na Súmula nº 377 do STF, ou seja, de que os bens adquiridos onerosamente na constância da relação se comunicam no acervo patrimonial, *presumindo-se o esforço comum*. Interpretação dada no âmbito da Uniformização de Jurisprudência nº 70064111412 e renovada no âmbito do Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673. Eficácia vinculante em relação aos órgãos fracionários e juízes vinculados a esta corte, por força do §3º do artigo 947 do CPC. [...] (Apelação Cível, Nº 70083284349, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 16-12-2019, grifo nosso)

Através dos apontamentos levantados neste último tópico, buscou-se elencar toda a problemática relativa à manutenção do artigo 1.641, II, do Código Civil, que prevê a imposição do regime de separação obrigatória aos nubentes e conviventes septuagenários, expondo-se o conjunto argumentativo que sustenta as críticas e ressalvas quanto ao regime obrigatório.

Em vista disto, o objetivo do próximo tópico é explorar alternativas à obrigatoriedade do regime quanto aos nubentes septuagenários, de modo que a eles seja oportunizado o exercício de seu direito à autonomia privada, especialmente quanto à escolha dos efeitos patrimoniais que desejam imprimir ao seu casamento.

#### 4.5 Viabilizando o direito de escolha do nubente septuagenário

Assim, em vista da celeuma criada pela manutenção do dispositivo legal no Código Civil de 2002, que desrespeita os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade e autonomia privada com a justificativa de proteger o patrimônio da pessoa idosa, buscou-se, da maneira mais simples e prática possível, viabilizar o exercício da escolha do idoso, nos termos seguintes.

##### *4.5.1 Separação obrigatória com pactuação pelo regime da separação convencional de bens*

A primeira proposta que se apresenta, apesar de não contemplar àqueles que desejam estabelecer a comunhão de bens, em algum nível, é interessante pois trata da utilização de recursos já existentes no ordenamento civil, dispensando intervenção legislativa.

Trata-se da possibilidade de o nubente maior de 70 anos convolar núpcias pelo regime da separação obrigatória, mas previamente pactuando pelo regime da separação convencional de bens. Em termos práticos, esta sugestão já presente na doutrina implicaria no afastamento dos efeitos da Súmula n. 377, cláusula que se aconselha fazer constar expressamente na convenção antenupcial, de modo que impere a incomunicabilidade absoluta dos bens entre os cônjuges, afastando eventual direito à meação e à concorrência, fazendo com que os bens de cada cônjuge permaneçam em suas respectivas esferas patrimoniais.

Tartuce (2016) esclarece que afastar os efeitos da Súmula n. 377 é cristalino exercer o direito individual à autonomia privada, “que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (artigo 1.653 do Código Civil)”. Em adição, lembre-se do conteúdo do *caput* do artigo 1.639, que proporciona aos nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver quanto aos bens, sendo nula qualquer disposição contrária às normas de ordem pública, que não podem ser rechaçadas por ato privado.

Ademais, é fundamental mencionar que a adoção desta absoluta separação de bens não traz qualquer prejuízo ao interesse público, posto que importa em restrição mais rigorosa que a prevista pela norma e aplicada pela jurisprudência, mas que, com tudo isso, ainda serve ao fim ao qual se propõe, que é evitar a comunicação de bens com o consorte do septuagenário, a fim de proteger o patrimônio deste. Neste sentido,

Maculan (2014) aponta hipóteses em que a adoção da separação consensual, dentro da separação obrigatória, possa ser de interesse dos noivos:

seja para evitar transtornos de anuência do cônjuge sempre que houver alienação de imóveis, seja para que cada um administre seus bens, seja ainda para proteger o patrimônio no caso de eventual separação, sem que haja, para eles ou para terceiros, qualquer prejuízo.

Mais uma vez, esclareça-se que a alternativa ora proposta não implica em permitir a comunhão de bens, terminantemente proibida pelo dispositivo, mas afastar a única possibilidade de comunhão de aquestos por previsão da Súmula n. 377, editada na vigência do Código Civil de 1916. Simão (2018) discorre sobre os efeitos sucessórios da alteração:

Isso resolve a questão sucessória decorrente do artigo 1.829, inciso I. O regime não é de separação convencional com a decorrente concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes. É de separação obrigatória com pacto antenupcial e, portanto, em matéria sucessória, prevalece a não concorrência. Portanto, com a morte de um dos cônjuges, todos os bens do falecido pertencerão aos descendentes.

A possibilidade em comento já foi viabilizada no Estado de Pernambuco posto que, em 2016, por sua Corregedoria-Geral de Justiça, expediu o Provimento n. 08/2016<sup>4</sup>, que faculta aos nubentes septuagenários do referido Estado afastar a incidência da Súmula n. 377, de forma a inexistir massa patrimonial comum que pudesse ser construída no decorrer do casamento.

A Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo também prolatou decisão neste sentido nos autos do Recurso Administrativo n. 1065469-74.2017.8.26.0100<sup>5</sup>, com a aprovação de parecer pelo Corregedor-Geral da Justiça. Dos autos, verifica-se a possibilidade de afastamento dos efeitos da Súmula n. 377, não só com relação ao inciso II, mas a todas as hipóteses de incidência de separação obrigatória previstas no artigo 1.641 do Código Civil, mantidas intactas todas as regras atinentes ao regime obrigatório. Além de apontar “a discutível constitucionalidade” do artigo pela violação de preceitos fundamentais, Iberê de Castro Dias, juiz assessor do caso em tela, faz interessante colocação:

Como se vê, a razão da norma está na proteção que se buscou dispensar ao patrimônio do nubente maior de 70 anos. Uma vez que a

---

<sup>4</sup> Disponível em:

[https://www.tje.jus.br/documents/29010/1246652/Provimento\\_08\\_2016\\_CGJ+DJe+01jun2016/f0cdc0c6-e055-4b7b-8700-74a391bb90d2](https://www.tje.jus.br/documents/29010/1246652/Provimento_08_2016_CGJ+DJe+01jun2016/f0cdc0c6-e055-4b7b-8700-74a391bb90d2)

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=8904>

*mens legis* do art. 1641 é protetiva e que a regra geral é a livre contratação do regime de bens, afigura-se de todo razoável permitir que ambas as situações incidam cumulativamente, ampliando-se a proteção buscada pela lei, por meio de pactuação entre os nubentes. O óbice imposto aos recorrentes, na situação em análise, implica rematado contrassenso. Impede que se alargue a proteção pretendida pelo legislador, ao mesmo tempo em que limita o poder de livre pactuação, insista-se, regra geral. Por se tratar de norma de exceção, a vedação imposta pelo art. 1641 comporta, ademais, interpretação restritiva.

Ou seja, não havendo qualquer prejuízo aos nubentes ou à ordem e interesse públicos, e não sendo proibido pelo ordenamento, é uma possibilidade viável, pois trata de um direito contratual disponível, e interessante aos nubentes que desejam evitar imbróglis patrimoniais futuros.

#### 4.5.2 Revogação do dispositivo

Alternativa à obrigatoriedade da separação de bens aos septuagenários é a revogação do inciso II do artigo 1.641. Este é o posicionamento da grande maioria dos doutrinadores brasileiros, que reputam o dispositivo em comento inconstitucional, tendo em vista que impõe violação dos direitos de dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade e autonomia privada, ademais de indevidamente atribuir à pessoa idosa incapacidade para gerir seu patrimônio, mas exclusivamente no que diz respeito ao casamento.

No tópico anterior, apresentaram-se argumentos que apontam os problemas decorrentes do dispositivo, as normas que infringe e os motivos pelos quais não cabe mantê-lo no ordenamento civil. Rodrigo da Cunha Pereira (2010) arremata, mais uma vez exemplificando porque não há razão de ser na manutenção da limitação à liberdade dos idosos:

O fundamento e "espírito" desta proibição é evitar os chamados popularmente de "golpes-do-baú". Parte-se do pressuposto que alguém com mais de sessenta anos, e agora setenta, não tem mais a capacidade de discernir o certo ou errado e está mais vulnerável de ser enganado pelo seu pretense cônjuge ou companheiro. "Golpes-do-baú" sempre existiram e continuarão, independentemente do regime de bens do casamento. Para essas exceções a receita é a de sempre, ou seja, em se constatando a enganação ou o engodo, o contrato de casamento pode ser desfeito ou anulado através dos instrumentos jurídicos próprios.

Quanto à proposta, verifica-se que na I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002 com o propósito de clarificar o conteúdo do então novo Código Civil, com

sugestões interpretativas dos dispositivos por vezes diferentes da proposto pelo legislador, foi proposta a revogação do inciso II, através do Enunciado 125<sup>6</sup>.

No âmbito legislativo, também já houve tentativas no sentido de revogar o dispositivo analisado. Os Projetos de Lei n. 4.945/2005<sup>7</sup>, n. 209/2006<sup>8</sup> e n. 470/2013<sup>9</sup> foram propostos neste mesmo sentido, porém restaram arquivados nas respectivas casas em decorrência do final da legislatura. Dois outros projetos de lei – que incluem a revogação do dispositivo - foram encaminhados à Câmara dos Deputados, onde aguardam deliberação de Recurso na Mesa Diretora: o de n. 2.285/2007<sup>10</sup>, que busca instituir o Estatuto das Famílias, e o de n. 6.583/2013<sup>11</sup>, que dispõe sobre o Estatuto da Família.

Finalmente, menciona-se o Projeto de Lei n. 189/2015<sup>12</sup>, apresentado ao Senado com o fim único de “revogar o inciso II, do art. 1.641”, e que aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A ele, motivado pela semelhança da matéria, apensou-se projeto de lei<sup>13</sup> que reforça o regime obrigatório imposto pelo legislador, ao propor a inclusão de um parágrafo único ao artigo 1.641, que veda ao cônjuge do septuagenário a possibilidade de “I- ser dependente e/ou beneficiário previdenciário de seu cônjuge; II- ser beneficiário de apólice de seguro que tenha por segurado o cônjuge maior de setenta anos; III- ser procurador público e/ou particular do cônjuge maior de setenta anos”.

O andamento e aprovação dos projetos é bastante incerto, posto que depende da demanda das casas legislativas e dos interesses e posições políticas de seus integrantes, o que não é objeto deste estudo.

#### *4.5.3 A participação do Ministério Público no processo de habilitação*

A última sugestão que se deseja apresentar parte da ideia apresentada por Kelly Gonçalves Primo (2012). Inicialmente, a autora pontua que revogar o dispositivo

<sup>6</sup> 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>

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279456>

<sup>8</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78350>

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>

<sup>10</sup> Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>

<sup>11</sup> Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>

<sup>12</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120514>

<sup>13</sup> Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2232211>



não seria a solução ideal, pois acabaria por desconsiderar os casamentos celebrados, de fato, com intuito cúpido, o que deixaria o idoso nesta situação num estado de vulnerabilidade e desamparo.

Desta forma, propõe que seja estabelecida, como regra geral, a possibilidade de a pessoa idosa escolher o regime de bens a vigor em seu casamento, podendo haver exceções quanto à livre escolha, somente nas quais seria imposto o regime obrigatório. Dentre elas, mencionam-se “casos extremos de caducidade ou de clarividente ausência de afetividade, comprovando-se a cupidez do outro consorte” (PRIMO, 2012, p. 193), em ambos os casos sendo crucial a comprovação do alegado.

A fim de viabilizar o exercício da livre escolha pelos septuagenários, esclarece que seria necessário criar novo procedimento dentro da fase de habilitação do casamento, anteriormente analisada,

em que, mediante pedido judicial, possam os interessados, incluindo-se aí os herdeiros e o Ministério Público, manifestar ao juiz as razões pelas quais entendem que a liberdade de estipulação do regime de bens deve ser afastada. O procedimento correria com ampla instrução probatória, podendo, inclusive, o juiz, de ofício, determinar produção de prova pericial, para que se verifique conforme critérios médicos a higidez mental do septuagenário. No mais, caberia a quem instaurou o procedimento demonstrar a caducidade do idoso ou a cupidez do outro nubente (PRIMO, 2012, p. 193-194).

Desta forma, entende a autora que este procedimento, adequadamente regulamentado, possibilita a proteção, pela lei, “[d]aquele septuagenário que de fato se encontra em situação de deficiência cognitiva e impedir a atuação de ambiciosos que tentam se aproveitar deste quadro” (PRIMO, 2012, p. 194).

Fato importante que chama a atenção nesta proposta é que se parte do pressuposto de aptidão e capacidade do idoso em exercer seu direito à autonomia privada, especificamente no que diz respeito à escolha do regime de bens que melhor lhe aprouver. Assim, Primo (2012, p. 191) menciona que a anterior presunção absoluta de incapacidade se transforma em presunção relativa de capacidade.

Quanto à previsão de participação do Ministério Público no procedimento proposto, entende-se ser decisão acertada, pois ademais de já participar do regular processo de habilitação, pela análise dos requisitos necessários à celebração do casamento, pelo artigo 75 do Estatuto do Idoso lhe foi determinada a participação obrigatória em quaisquer processos ou procedimentos dos quais não seja parte, a fim de defender os direitos e interesses dos idosos.

Além disso, apesar de não aspirar propor a regulamentação, em detalhes, do procedimento ora sugerido, recomenda-se seja respeitada a prioridade de tramitação do procedimento – como já previsto pelo artigo 71 da Lei n. 10.741-, bem como previstos prazos exíguos - salvo necessária dilação para produção de provas - e conferida agilidade ao processo, de modo a não inviabilizar o próprio casamento da pessoa idosa, que é o direito que se busca proteger, além da liberdade de escolha do regime de bens.

Por fim, entende-se ser necessário estabelecer prazo decadencial para a realização de impugnação pelos herdeiros, ante a natureza potestativa do direito, postulando-se, ainda, pelo *in dubio pro idoso*. Isto é, havendo dúvida, que a decisão seja em favor do idoso, em vista da existência de meios próprios para demonstrar a cupidez do consorte, tal como a desconstituição ou anulação do casamento, e a ação declaratória de indignidade para resguardar o cônjuge idoso de eventual obrigação para com o consorte cúpido, bem como para afastar este de futura sucessão.

## 5. CONCLUSÃO

Como se aduz da leitura deste trabalho, o escopo da presente pesquisa foi estudar o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que determina que aos nubentes acima de 70 anos será aplicado, obrigatoriamente, o regime da separação de bens. Por este motivo, imperativo se mostrava o estudo de todas as circunstâncias a ele atinentes.

A fim de estabelecer base firme para compreensão do tema, partiu-se da conceituação de família e de sua evolução, tanto em termos sociais quanto jurídicos, ante a inauguração da moderna ordem jurídica pela Constituição de 1988, que a despeito de manter o prestígio conferido ao casamento, reconheceu a existência de novos formatos familiares.

Importante inovação da Carta da República foi a elevação do princípio da dignidade humana a fundamento da República e ao centro do ordenamento jurídico, que para viabilizar a existência digna e da realização do homem enquanto ser naturalmente dotado de dignidade, criou uma rede principiológica que a asseguram, a exemplo do princípio da isonomia e da liberdade. Somente assim pode o homem se realizar por si mesmo, posto que digno e livre, exercendo sua autonomia dentro do permitido pelo Estado, que deve se afastar ao máximo da esfera existencial.

Em seguida, tendo em vista que o tema do trabalho versa sobre o casamento, no segundo capítulo conceituou-se o instituto, tendo sido elencados os requisitos e procedimentos para sua realização, bem como os efeitos que geram nas esferas social, pessoal e patrimonial dos nubentes. Quanto a este último aspecto, então, coube discorrer acerca dos regimes de bens, que são as regras aplicáveis às relações econômicas e financeiras do casal, bem como discriminados os regimes de bens previstos pela codificação civil atual – que apesar de eleger o regime da comunhão parcial de bens como supletivo, estabelece como regra geral a livre disposição quanto aos bens. Em arremate a esta fase, apontou-se brevemente o regramento geral do direito sucessório brasileiro.

Assim, o último e derradeiro capítulo inicia apontando as causas de aumento da longevidade e o conseqüente aumento da população idosa, a qual, por este motivo, acabou sendo revestida de caráter negativo principalmente por não mais se adequar ao exigente mercado de trabalho. Apesar disto, aos idosos continuam sendo

aplicáveis todos os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, bem como foram criadas legislações específicas para atender as necessidades próprias desta fase da vida, a exemplo da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso.

Adiante, apresentou-se a problemática central, expondo-se os motivos de criação e manutenção da norma em análise na codificação civil, bem como toda a problemática dela decorrente, sobretudo sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, posto que seu teor fere diretamente os direitos de dignidade da pessoa idosa, de isonomia e de liberdade, ademais do impedimento de exercer sua autonomia privada, por a ela ser vedado o direito de escolha ao regime de bens a vigor no casamento.

Por fim, apresentaram-se três alternativas à obrigatoriedade do regime, quais sejam: (a) a possibilidade de casar pelo regime da separação obrigatória com pactuação pela separação convencional de bens, a fim de afastar os efeitos da Súmula n. 377 e adotar a absoluta incomunicabilidade dos aquestos; (b) a revogação do dispositivo, que recorrentemente é objeto de proposição legislativa, porém não aprovada até o momento de publicação deste trabalho; e (c) a revogação do dispositivo, estabelecendo a livre escolha como regra geral, reservando a imposição do regime obrigatório a casos excepcionais. Quanto a esta última hipótese, sugeriu-se a criação de um procedimento, dentro da fase de habilitação do casamento, na qual os interessados ou o Ministério Público poderiam se manifestar pela oposição à livre escolha dos bens, desde que devidamente fundamentado e provado.

Em que pese o questionamento acerca de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641, através das pesquisas realizadas verifica-se que a tendência predominante, por ora, é a manutenção do dispositivo no ordenamento, posto que o legislador não parece ter intenção de revogar ou alterar o artigo, pela questão cultural ante exposta, bem como que o judiciário pouco tem se manifestado neste sentido, não havendo ascendido caso sobre o tema para ser julgado no Supremo Tribunal Federal, órgão competente para análise de constitucionalidade das normas.

Em virtude disto, possibilitar a pactuação pela separação consensual de bens é uma alternativa interessante e viável ao idoso, que, assim, consegue exercer sua autonomia – ainda que em um nível mínimo - na “escolha” do regime de bens e na administração destes.

No entanto, eventualmente declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, de plano cabe sua revogação, estendendo à pessoa idosa a isonomia e liberdade para escolher o regramento aplicável às relações patrimoniais em seu casamento, devolvendo-lhe sua dignidade, e seu direito a constituir família da maneira que desejar. Se, mesmo assim, ainda se entender que alguns idosos continuariam a ser vítima de casamentos interesseiros, a despeito das ações próprias para desfazimento do casamento já mencionadas, é interessante a última alternativa apresentada, pois contempla tanto a possibilidade de escolha do idoso, quanto a oportunidade dos interessados contestarem eventual cupidez do outro consorte.

Acima de tudo, o que se mostra incontroverso, é o desconforto que o dispositivo traz no meio social e jurídico, posto tratar-se de incongruência legislativa motivada por padrões discriminatórios e excludentes, arraigados na letra da lei e na cultura brasileira. Assim, não pretendendo a autora tomar posse de um entendimento ou outro por necessidade de estudo mais profundo acerca dos impactos de cada alternativa nos meios social e jurídico, cabe ao legislador analisar as hipóteses disponíveis e verificar qual a mais adequada ante o contexto histórico que se vive, e das necessidades apresentadas pela sociedade. Toda mudança que busque assegurar os direitos fundamentais é válida. O que não pode é se manter como está.

## BIBLIOGRAFIA

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao direito do idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. 142 p.

ALVES, José Carlos Moreira. A Parte geral do Projeto do Código Civil. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, n. 9, p.5-11, 10 dez. 1999. Quadrimestral. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/231>. Acesso em: 05 fev. 2020.

ALVES, Leandro Barreto Moreira. **Por um Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. 2009. 227 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_AlvesLB\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AlvesLB_1.pdf). Acesso em: 26 fev. 2020.

AMARAL, Solange. **Projeto de Lei 108/2007**. 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340507>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. **O pacto antenupcial de separação de bens quando os nubentes estão sujeitos à separação obrigatória de bens**. 2014. Disponível em: <http://www.arpen.org.br/artigo.php?id=70>. Acesso em: 09 fev. 2020.

BARBOSA, Ana Beatriz Lopes. **O direito de família mínimo e a positivação do afeto**. 2016. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/4843>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. **Estudos Interdisciplinares do Envelhecimento**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 639-653, out. 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/RevEnvelhecer/article/view/47231>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**, Chapecó, v. 1, n. 1, p.131-146,

nov. 2011. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 01 jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm). Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. **Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências**. Brasília, DF, 04 jan. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm). Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Brasília, DF, 01 out. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF, 06 jul. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática em Recurso Especial n. 1830598/SP (2019/0231304-7). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 21/08/2019. Publicado em 29/08/2019. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1830598.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1171820/PR. Segunda Seção. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 26/08/2015. Publicado em 21/09/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1171820&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1623858/MG. Segunda Seção. Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região). Julgado em 23/05/2018. Publicado em 30/05/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1623858&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1369860/PR. Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Relator para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 19/08/2014. Publicado em 04/09/2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1369860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0183.08.151569-8/001. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Mauro Soares de Freitas. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 23/05/2011. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0183.08.151569-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0702.09.649733-5/002. Órgão Especial. Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Julgado em 12/03/2014. Publicado em 21/03/2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=1.0702.09.649733-5/002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70082072752. 7ª Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 30/10/2019. Publicado em 01/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70004348769. 7ª Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/08/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70083284349. 8ª Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 16/12/2019. Publicado em 18/12/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 007.512-4/2-00. 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Antonio Cezar Peluso Julgado em 18/08/1998.



BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade n. 201000107802 - n. único 0003383-67.2010.8.25.0000. Tribunal Pleno. Relator: Osório de Araújo Ramos Filho. Julgado em 17/11/2010. Disponível em: [https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio\\_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numAcordao=201011738&wi.redirect=54Q1J7GKNNH1I15EVAM2](https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numAcordao=201011738&wi.redirect=54Q1J7GKNNH1I15EVAM2). Acesso em: 08 abr. 2020.

BRITO, Edvaldo. Introdução. In.: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CABRAL, Leiliane Dias. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos**. 2016. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento Acadêmico de Direito, Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016. Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC%20.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2020.

CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. A autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos. In: César Fiuza; Maria de Fátims Freire de Sá; Bruno Torquatro de Oliveira Naves. (Org.). **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. 1ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. II, p. 3-379.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. Cap. 12. p. 285-314.

CARMINATE, Raphael Furtado. A revisão da teoria das incapacidades e o regime de separação obrigatória para os maiores de setenta anos. In: Fundação Presidente Antônio Carlos (coordenadora). **Direito e interdisciplinaridade**. 1 edição. Mariana: FUPAC-MARIANA, 2017. 443 p.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família**. 2009. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/o-direito-fundamental-da-autonomia-privada-no-direito-de-familia/#\\_ftnref1](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/o-direito-fundamental-da-autonomia-privada-no-direito-de-familia/#_ftnref1). Acesso em: 17 fev. 2020.

D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em Direito de Família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais

nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 43, n. 2, p.1-20, jul. 2015. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29558>. Acesso em: 19 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 750 p.

DIAS, Maria Berenice. O inciso I do artigo 1.829 do Código Civil: algumas interrogações. In: MATTOS, Adherbal Meira et al. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 93-98. Coordenadores Florisbal de Souza Del'Olmo e Luís Ivani de Amorim Araújo.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6**: direito das sucessões. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019a. 511 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1**: teoria geral do Direito Civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019b. 640 p.

DINIZ, Carine Silva; ALMEIDA, Daniely Cristina de. A Inconstitucionalidade da Imposição do Regime Legal de Bens aos Septuagenários. **Direito Izabela Hendrix**, [s.l.], v. 15, n. 15, p.38-52, 30 nov. 2015. Instituto Metodista Izabela Hendrix. <http://dx.doi.org/10.15601/2237-955x/dih.v15n15p38-52>. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-izabela/index.php/dih/article/view/1196/826>. Acesso em: 06 fev. 2020.

DUDERSTADT, Bruna Nayara. **Coparentalidade**: aspectos jurídicos da paternidade/maternidade compartilhada. 2019. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/197742>. Acesso em: 19 fev. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade

constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-16.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 683 p.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais - DOI. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s.l.], v. 106, p.95-131, 25 ago. 2013. Revista Brasileira de Estudos Políticos. <http://dx.doi.org/10.9732/p.0034-7191.2013v106p95>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2013v106p95>. Acesso em: 19 fev. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Família**. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral 1**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 206 p.

GOULART, Leandro Henrique Simões. **Autonomia privada e o regime obrigatório da separação de bens para os maiores de 70 anos**. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/4756>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GUEDES, Ana Paula Antunes; GHILARDI, Dóris. Considerações sobre o regime de separação obrigatória de bens e a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [s.l.], v. 12, n. 3, p. 1516-1538, 14 dez. 2017. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/rdp.v12n3.p1516-1538>. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/12108>. Acesso em: 09 abr. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. In: MATTOS, Adherbal Meira et al. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 47-62. Coordenadores Florisbal de Souza Del'Olmo e Luís Ivani de Amorim Araújo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeções da População do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade: 2010-2060**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?=&t=resultados>. Acesso em: 02 abr. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A armadilha do regime de separação de bens e a humanização do direito de família brasileiro. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 83, p. 51-68, mar. 2018. Disponível em: [https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1554922636.pdf](https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1554922636.pdf). Acesso em: 09 abr. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a velhice**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: MATTOS, Adherbal Meira et al. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. Coordenadores Florisbal de Souza Del'Olmo e Luís Ivani de Amorim Araújo.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. JusNavigandi, Teresina, ano 9, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6929/as-vicissitudes-da-igualdade-e-dos-deveres-conjugais-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 06 abr. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In: Lotufo, Renan (org.). **Cadernos de Direito Civil Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MAGALHÃES, Joseli Lima. A importância da origem histórica da codificação do Direito Civil brasileiro para compreensão do modelo jurídico atual. In: MAGALHÃES, Joseli Lima. **Da recodificação do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 2. p. 39-114.

MARINHO, Josaphat. O projeto de novo Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, p. 5-13, jun. 2000. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/20137>. Acesso em: 05 fev. 2020.

MISHARAA, B.L.; RIEDEL, R.G. **El proceso de envejecimiento**. 2. ed. Madri: Ediciones Morata, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 615 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 21. ed. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 5v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil da Família anotado: legislação correlata em vigor**. legislação correlata em vigor. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. 527 p. (Coleção Ana Carolina Brochado Teixeira).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Golpe do baú, suggest baby e a autonomia privada aos olhos do Direito**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/processo-familiar-golpe-bau-suggest-baby-autonomia-privada-aos-olhos-direito>. Acesso em: 17 fev. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006. 215 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Restrições ao direito de amar**. 2010. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTI3Nzg>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PERISSÉ, Camille; MARLI, Mônica. **Caminhos para uma melhor idade. Retratos: a revista do IBGE**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 18-25, fev. 2019. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020.

PRIMO, Kelly Gonçalves. Uma nova proposta sobre o regime de separação obrigatória de bens dos septuagenários. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. XVIII, n. 1, p.175-196, ago. 2012. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/356/337>. Acesso em: 06 fev. 2020.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 85-106, jan. 1999. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15513>. Acesso em: 05 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à Velhice: a Proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de et al. **Os "novos" direitos no Brasil: Natureza e perspectivas - uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 6. p. 163-184. Organizado por Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite.

REIS, Guilherme Freire Lima. **Contraposição da capacidade civil das pessoas com mais de 70 anos e o regime de separação obrigatória**. 2018. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188178/TCC%20-%20Guilherme%20Reis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 791 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 946 p.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; OLIVEIRA NETO, José Weidson. A obrigatoriedade do regime de separação de bens para nubente com mais de 70 anos: uma nova ótica constitucional. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, [s.l.], v. 36.2, p.139-152, nov. 2016. Disponível em: [http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28196/1/2016\\_art\\_fllrodrigues.pdf](http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/28196/1/2016_art_fllrodrigues.pdf). Acesso em: 31 mar. 2020

RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o direito de família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Holf Hanssen (Coords.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004a, p. 180-210.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Estatuto do idoso: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. Cap. 36. p. 771-793.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Atualização de Francisco José Cahali. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004b. v.6.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Pacto Antenupcial e a Autonomia Privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à autonomia privada**. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/viewFile/6765/3299>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 2191 p.

SIMÃO, José Fernando. **Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel#sdfootnote5anc>. Acesso em: 09 fev. 2020.

SIMÕES, Fatima Itsue Watanabe; HASHIMOTO, Francisco. Mulher, mercado de trabalho e as configurações familiares do século XX. **Vozes dos Vales**: Publicações Acadêmicas, [s.l.], n. 2, ano I, p.1-25, out. 2012. Disponível em: [http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%c3%a7%c3%b5es-familiares-do-s%c3%a9culo-XX\\_fatima.pdf](http://site.ufvjm.edu.br/revistamultidisciplinar/files/2011/09/Mulher-mercado-de-trabalho-e-as-configura%c3%a7%c3%b5es-familiares-do-s%c3%a9culo-XX_fatima.pdf). Acesso em: 06 fev. 2020.

SOUZA, Daniela Marques da Rocha de. **Anotações críticas à imposição do regime de separação de bens aos septuagenários**. 2014. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/5616>. Acesso em: 06 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. 2016. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/239721/da-possibilidade-de-afastamento-da-sumula-377-do-stf-por-pacto-antenupcial>. Acesso em: 09 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2006. Seminário virtual Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. In: NEVARES, Ana Luiza Maia et al (Org.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Coordenado por Gustavo Tepedino.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 1068 p.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade: aspectos essenciais**. São Paulo: Saraiva, 2011. 270 p. (Coleção professor Agostinho Alvim).

ZULIANI, Ênio Santarelli. Reflexões sobre o novo Código Civil. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002, v. 3, n. 16, p. 96-115.

jurisdição e órgão judiciário competente, título (natureza da decisão ou emenda) e número, partes envolvidas (se houver), relator, local, data e dados da publicação.