



**CAMILLA DYTZ DA CUNHA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO  
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**BRASÍLIA**

**2013**

**CAMILLA DYTZ DA CUNHA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO  
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
no Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB

Orientador: André Pires Gontijo

**BRASÍLIA**  
**2013**

**CAMILLA DYTZ DA CUNHA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO  
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
no Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB

Banca Examinadora

---

Prof. André Pires Gontijo  
Orientador

---

Prof. Antônio Umberto de Souza Júnior  
Examinador

---

Prof. Debora Soares Guimarães  
Examinador

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus por estar presente na minha vida e por mais uma vitória. Agradeço a cada benção, a cada conquista, a cada momento feliz que me proporcionou e por ter sempre iluminado o meu caminho e me guiado durante essa jornada. Agradeço também pelas pessoas que Ele pôs no meu caminho que certamente merecem o meu sincero agradecimento.

À minha mãe. Obrigada por sempre me apoiar, pelo amor incondicional e por sempre acreditar em mim até mesmo quando duvidei.

Ao meu pai. Obrigada por me mostrar que, quando temos força de vontade, não há quem nos impeça de alcançar nossos objetivos.

Aos meus irmãos, Dani, Lipe e Babu, pelo suporte, incentivo e apoio na minha vida. Cada um tem o seu jeitinho único e incrível de ser.

À Danielle Celano. À irmã que eu escolhi. Obrigada pela amizade verdadeira e leal desde 1997 e que, mesmo morando em outra cidade, nunca deixou de estar presente na minha vida. Não há ninguém igual.

Às meninas do CEUB Lo, Dessa, Raphão, Rafinha, Lilo, Inês, Poca e Dani. Sou muito feliz por ter conhecido cada uma e por fazer parte de um grupo maravilhoso que me acolheu de braços abertos. Foram muitos momentos de risos, desespero mas também de muita felicidade. Fizeram com que certamente a faculdade tenha valido a pena.

Aos professores do CEUB pelos debates, aulas, orientações, ajudas e conversas.

Por fim, agradeço ao meu prezado professor e orientador, sem o qual este trabalho não seria possível, André Pires Gontijo, por toda a sua atenção e dedicação.

## RESUMO

O relatório monográfico dessa pesquisa circunscreve-se à análise da inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro. A metodologia baseou-se em pesquisa dogmática e instrumental fundada na compilação da legislação, doutrina e jurisprudência, a fim de investigar a inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro. Inicialmente será analisado o Código Civil de 1916 e sua tendência patrimonialista, o Código de 2002 e sua tendência personalista bem como os regimes de bens previsto na legislação cível. No segundo capítulo será analisado a proteção da pessoa idosa na Constituição Federal, Estatuto do Idoso e no Código Civil. Por fim, será abordado a corrente favorável e a contrária ao artigo 1641, II do Código Civil e a defesa da inconstitucionalidade do presente artigo. A presente monografia concluirá que o artigo 1641, II do Código Civil é uma reflexão da tendência patrimonialista do Código Civil de 1916, que contraria a concepção personalista presente no Código Civil de 2002. Ainda, será constatado que os princípios de direito à vida, dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e respeito presentes na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso permitem à pessoa maior de 70 anos a possibilidade de atuar segundo o seu livre arbítrio. Por fim, restará configurado que o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro não é uma medida protetiva em razão de determinar que pessoa com idade superior a 70 anos são incapazes.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito constitucional. Direito de família. Inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro. Estatuto do Idoso. Casamento. Separação Obrigatória de bens. Capacidade.

## **ABSTRACT**

*This theses research regarded the analysis of the unconstitutionality of Article 1641 item II of the Civil Code. The Methodology used was based on instrumental research founded in the compilation of legislation, precedents and doctrine in order to investigate the constitutionality of Article 1641, item II, of the Civil Code. At first it will be analyzed the 1916 Civil Code and which had an heritage tendency, the 2002 Civil Code and its personalistic tendency, regimes of marriage present in the law. In the second chapter it will be discussed the protection of the elderly in the Federal Constitution, the Elderly Statue and the Civil Code. Finally, it will be seen the doctrine that are in favor and against Article 1641 item II of the Civil Code as well as the defense of the unconstitutionality of this article. [Results] By the thesis one will be able to conclude that Article 1641 item II was influenced by the heritage tendency from the 1916 Civil Code which contradicts directly e personalist conception present in the Civil Code of 2002. Also, it will be shown that the principles of the right to live, human dignity, equality, freedom and respect present in the Constitution and the Statute of the Elderly allows a person at age 70 to act according to their free will. Finally, it will be demonstrated that article 1641 item II of the Civil Code is not a protective measure, because it implies that people over 70 or overare being considered incapable.*

**KEYWORDS:** *Constitutional Law. Family Law. Unconstitutionality article 1641 item II of the Civil Code. Elderly Statute. Marriage. Mandatory Separation of goods. Capacity.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 DIRETRIZES NA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 Conceção Patrimonialista e Individualista do Código Civil de 1916</b> .....	<b>9</b>
<b>1.2 Conceção Personalista do Código Civil de 2002</b> .....	<b>14</b>
<b>1.3 Regime de Bens Previsto no Código Civil de 2002</b> .....	<b>18</b>
1.3.1 Comunhão Parcial .....	19
1.3.2 Comunhão Universal .....	20
1.3.3 Participação Final dos Aquestos .....	21
1.3.4 Separação Convencional ou Absoluta .....	22
1.3.5 Separação Legal ou Obrigatória dos Bens .....	24
<b>1.4 Possibilidade de Alteração do Regime de Bens</b> .....	<b>25</b>
<b>1.5 Análise da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>27</b>
<b>2 A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA</b> .....	<b>34</b>
<b>2.1 Princípios Constitucionais</b> .....	<b>35</b>
2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	35
2.1.2 Princípio da Afetividade e da Solidariedade .....	37
2.1.3 Princípio da Igualdade .....	38
2.1.4 Princípio da Liberdade .....	40
<b>2.2 Estatuto do Idoso e sua Perspectiva Principiológica</b> .....	<b>41</b>
2.2.1 Direito ao Respeito .....	43
2.2.2 Direito à Saúde .....	44
2.2.3 Direito à Liberdade .....	45
2.2.4 Direito à Vida .....	46
<b>2.3 Proteção do Idoso no Código Civil Brasileiro</b> .....	<b>47</b>
2.3.1 Aspectos Relacionados à Capacidade .....	47
2.3.2 Alimentos .....	50
2.3.3 Escusa de Tutela .....	51
2.3.4 Visitação e Guarda .....	52
2.3.5 Separação Obrigatória de Bens .....	53
<b>3 ASPECTO DOGMÁTICO EM RELAÇÃO AOS IDOSOS COM IDADE SUPERIOR A 70 ANOS</b> .....	<b>55</b>
<b>3.1 Doutrina Favorável ao Artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro</b> .....	<b>55</b>
<b>3.2 Doutrina Contrária ao Artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro</b> .....	<b>59</b>

<b>3.3</b>	<b>Análise da Jurisprudência da Separação Obrigatória de Regime de Bens referente à pessoa maior de 70 anos .....</b>	<b>63</b>
<b>3.4</b>	<b>Defesa da Inconstitucionalidade do Artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 .....</b>	<b>68</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>76</b>

## INTRODUÇÃO

O problema da presente monografia é a análise de em que medida a restrição do dispositivo no artigo 1641, II, do Código Civil é justificável e compatível com os princípios do Estatuto do Idoso, do Código Civil e da Constituição Federal. Portanto, as hipóteses da presente monografia, independentemente do regime escolhido no ordenamento jurídico, a doutrina bem como a jurisprudência permitem a possibilidade de sua modificação, pois as partes possuem liberdade para tanto. Além disso, o artigo 1641, II, do Código Civil mostra uma tendência patrimonialista contrariando a concepção personalista presente no Código Civil de 2002. Ao completar 70 anos de idade, a pessoa continua sendo capaz para a realização de todos os atos em sua vida; outrossim, os princípios constitucionais, presentes no Estatuto do Idoso e no Código Civil concedem ao idoso com idade superior a 70 anos a possibilidade de agir e escolher segundo seu livre-arbítrio.

Sendo assim, a presente monografia tem como objetivo geral o estudo da inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro e específico a investigação da temática que será desenvolvida em cada capítulo. Nesse contexto, a presente monografia tem como foco a análise do Código Civil de 2002 em comparação com o de 1916 e as influências sofridas por este bem como a proteção da pessoa idosa na Constituição Federal, no Estatuto do Idoso e no Código Civil.

Para tanto, diante da relevância da influência do Código Civil de 1916 e sua concepção patrimonialista que contraria a concepção personalista do Código de 2002, o primeiro capítulo abordará as concepções previstas em cada código bem como os regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 e a possibilidade de sua alteração, ressaltando como pontos marcantes a ruptura e incompatibilidade dos princípios norteadores do Código Civil de 1916 face ao atual.

Após, o segundo capítulo tratará da proteção da pessoa com idade superior a 70 anos na Constituição Federal, Estatuto do Idoso e Código Civil, pois sua análise é uma base necessária para discussão dos direitos dos idosos e a constitucionalidade do artigo 1641,

II do Código Civil Brasileiro. Ainda nessa seara, serão discutidos os princípios norteadores ao idoso e a possibilidade de sua supressão.

Uma vez já estudadas as bases que influenciam o tema, o terceiro capítulo demonstrará a busca feita referente à jurisprudência dos Tribunais de primeira instância bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no que concerne à separação obrigatória de regime de bens à pessoa maior de 70 anos.

Com isso, tendo os pressupostos necessários para correta compreensão do tema, será realizada uma síntese da corrente a favor bem como da corrente contrária à aplicação do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro.

# 1 DIRETRIZES NA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Considerando que o presente trabalho tem como escopo discutir a inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil, é necessário abordar antes mesmo das análises jurídicas sobre o tema, as diretrizes utilizadas na elaboração do Código Civil.

Não obstante a redação de muitos dispositivos do Código Beviláqua tenha restado inalterada<sup>1</sup>, visto que uma das diretrizes que nortearam a elaboração do Código Civil de 2002 foi de conservar, quando possível o texto do Código Civil de 1916, profundas foram as modificações advindas no Código Civil de 2002 devido à ruptura com o código anterior e ao acolhimento de uma nova concepção de sistema.

## 1.1 Concepção Patrimonialista e Individualista do Código Civil de 1916

Em essência, o Código Civil de 1916 é “um código oitocentista, embora nascido no século XX”<sup>2</sup>, ou seja, foi elaborado com um sistema normativo total, completo e acabado, contemplando todos os fatos da vida civil, com a exclusão de qualquer outro diploma legislativo. Portanto, o Código Civil de 1916 é caracterizado por possuir um sistema fechado, “origem exclusiva da fonte legislativa, em que está presente uma autorreferência absoluta, exclusiva e excludente de qualquer normatização não incerta no código, vedando-se, portanto, a heterointegração”<sup>3</sup>, ou seja, o preenchimento de lacunas da lei com a aplicação de normas ou princípios de outros sistemas.

Desse modo, do Código Civil de 1916 decorreu a crença de que “ a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total compreensão da realidade”<sup>4</sup>, ou seja, objetivava-se abranger de forma centralizada

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Diretrizes gerais do projeto de Código Civil**. In: Direito, Ciência Política e Administração. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977, p. 16.

<sup>2</sup> MARTINS-COSTA. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 260.

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 20, 1994, p. 64.

<sup>4</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, 2001, p. 228.

toda a legislação<sup>5</sup> e todos os acontecimentos fáticos da vida social; adotou-se, assim, “a utilização de uma linguagem precisa, da técnica legislativa da casuística, sem espaço para cláusulas gerais”<sup>6</sup>, salvo poucas exceções.

É necessário ressaltar que, na época, antecedendo a elaboração do código, havia uma população essencialmente agrícola na qual a maioria eram escravos<sup>7</sup>. Naquela época, o país exportava matéria-prima e importava produtos industrializados, sendo que os fazendeiros encarregavam-se da primeira tarefa, e os comerciantes da segunda. A classe média, por sua vez, ainda que em pequena monta, fixava-se na esfera burocrática do poder<sup>8</sup>. Ainda, os cargos políticos eram ocupados pela “elite intelectual urbana da classe média que eram apoiados por grandes fazendeiros, os quais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em farsas eleitorais”<sup>9</sup>.

Portanto, a autoria do Código Civil de 1916 deve-se à classe média que tentou fixar um modelo “liberal e progressista”, mas que encontrou como obstáculo o conservadorismo dos fazendeiros<sup>10</sup>. Certo é que o Código Civil “recolhia e fixava os pensamentos e filosofia da sociedade burguesa em que havia então a preservação dos direitos conquistados por eles”<sup>11</sup>. Sendo assim, continham no código apenas as disposições que interessavam à classe dominante daquela época.

O código apresentava três pilares fundamentais, em cujas vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas e sobre as coisas.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> PREDIGER, Carin. **A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central**. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 164.

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 229.

<sup>7</sup> AMOS, Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Andes, 1957, p. 46.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 84/85, p. 09.

<sup>12</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10.

As principais características do Código Civil preserva-se na sua concepção individualista, patriarcal, patrimonialista e pelo conservadorismo. Denomina-se conservador o Código Civil de 1916 em virtude de ter sido elaborado com “um contexto ultrapassado com valores imanentes do passado. Dessa forma, em razão do código não estar apto a ensejar a discussão e o reconhecimento das transformações ocorridas na sociedade é tido como conservador”.<sup>13</sup>

Segundo Luiz Edson Fachin:

“No Código Civil cunhou-se um viés de conservação das relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto e à história dos valores dominantes. [...] Os valores que inspiravam a regulação jurídica do patrimônio e que foram abrigados pelo código não raro serviram como escudo a essas transformações”.<sup>14</sup>

O individualismo e o paradigma racionalista passaram a ser o centro dos sistemas jurídicos. Essas ideias acabaram intensificando-se, e encontrando uma forma mais acentuada no Estado Liberal, conforme bem destacado por Paulo Bonavides, “a transição do mercantilismo ao liberalismo assinala o apogeu do individualismo e a elevação da liberdade individual a alturas nunca dantes conhecidas”.<sup>15</sup>

É certo que o Código Civil de 1916 foi influenciado pelos pensamentos do Estado Liberal. Sendo assim, no que tange à concepção individualista do Código Civil de 1916, parte-se da ideia de indivíduo como cidadão autônomo e livre, orientado pela vontade e pela razão, reflexo do momento político anterior, com toda criação do direito positivo. Nesse momento, o indivíduo deixou de ser visto como parte de uma coletividade. O Código Civil de 1916 foi editado para satisfação de interesse e direitos individuais e não coletivos.<sup>16</sup>

O Código Civil era denominado de “Constituição do Homem Privado”, pois seguiu um modelo de relações jurídicas que envolviam o chamado “homem privado”. Dizendo-se “homem privado”, coloca-se “em primeiro plano o indivíduo, isoladamente considerando, estatuinto-se um sistema centrado em categorias e abstrações”<sup>17</sup>. É de notório conhecimento que o Código foi elaborado seguindo “paradigmas que legislassem para atender

<sup>13</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

<sup>16</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68-69.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 287.

ao exclusivo interesse do indivíduo, especificamente à liberdade individual dos burgueses, afastando-se, então, o bem-estar do grupo, da coletividade”.<sup>18</sup>

A concepção do individualismo no Código Civil de 1916 pode ser vista de forma mais clara em detrimento da propriedade que era vista como direito absoluto, de tal forma que o direito do dono ainda que o domínio - ou a forma como era exercida -, estivesse a beneficiar apenas a si próprio em detrimento da sociedade. A função social da propriedade nem de longe era sobrelevada. De igual, “a atividade negocial tampouco se sujeitava aos ditames da funcionalidade”.<sup>19</sup>

Em razão da inspiração do Código Civil de 1916 no liberalismo econômico, ser sujeito de direito significava ser “sujeito de patrimônio”, que para tanto precisa comprá-lo, sendo em igual medida “sujeito do contrato”, bem como sujeito de família, recebendo o Código a designação “de o ‘Estatuto Privado do Patrimônio”, exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio.<sup>20</sup>

O Código Civil de 1916 é coerente com a feição dos códigos do século XIX, feito no século passado em razão de “possuir um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental”.<sup>21</sup> Sendo assim, o Código foi criado seguindo uma concepção patrimonialista, ou seja, foram “criados mecanismos para conferir, por meio da instância jurídica, uma refinada modalidade de preservação e autoconservação do patrimônio”.<sup>22</sup>

Segundo Carlos Gomes de Oliveira:

“O sujeito não é em si, mas “tem” para si titularidades. É menos pessoal, real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de “outra ordem”), e é mais um “individual patrimonial”. Tal percepção garante o status quo patrimonial presente ou cria restritos mecanismos de acesso à dimensão do polo ativo dessas titularidades”.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Henry Lopes. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 87-114.

<sup>20</sup> FACHIN, Luiz Edson. Op.cit., p. 298.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>23</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. **Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.164.

O Código Civil de 1916 atendia aos anseios e interesses da elite dominante que tinha uma base organizacional e burocrática cujo escopo era de adquirir patrimônio. Portanto, instituiu-se a proteção do patrimônio como objetivo maior presente no código. A propriedade privada “era um direito subjetivo e absoluto e era exercida de maneira mais ampla possível”<sup>24</sup>, não havendo a funcionalização do direito de propriedade.

No entanto, no que pese o caráter absoluto da propriedade, o Código Civil previa, no campo destinado ao direito de vizinhança, algumas limitações a esse direito, a começar que o proprietário ou inquilino de um prédio teria o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha pudesse prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam (art. 554). Além do que, o dono do prédio rústico ou urbano que se achasse encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, teria o direito de reclamar do vizinho que lhe deixasse passagem forçada (art. 559). Outro artigo, cujo conteúdo implica limitação ao direito de propriedade, é o artigo 572, pois o proprietário poderia levantar em seu terreno as construções que lhe aproovessem, salvo direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.<sup>25</sup>

Segundo Eduardo Silva, “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal”<sup>26</sup>. O pai era o chefe da família no qual os membros, os filhos e a mulher eram submetidos a sua autoridade. A supremacia do homem como cabeça do casal, para o Código de Beviláqua, pode ser sentida em diversos dispositivos. Pelo art. 233, ao marido incumbia a chefia da sociedade conjugal, tendo a mulher função de colaboração do marido no exercício dos encargos da família, cumprindo a ela velar pela direção material e moral (art. 240). Segundo prescreve Orlando Gomes, o casamento do menor de 21 anos necessitava do consentimento de ambos os pais, mas, em havendo discordância, prevalecia a vontade paterna “posição privilegiada, por isso, da figura masculina na sociedade conjugal”.<sup>27</sup> Por fim, a mulher era considerada como relativamente incapaz (art. 6º, II do Código Civil de

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75.

<sup>25</sup> ALBA, Felipe Camilo Dall. **Três pilares do Código Civil de 1916: a propriedade e o contrato**. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/239-artigos-set-2004/4973-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato#\\_ftnref60](http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/239-artigos-set-2004/4973-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato#_ftnref60)>. Acesso em 3 abr. 2013.

<sup>26</sup> SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 450-451.

<sup>27</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15.

1916), dando-se margem ao entendimento de que o intuito do legislador era deixar a mulher sempre sob o comando masculino, seja do marido, pai, seja do irmão na falta destes.

## 1.2 Concepção Personalista do Código Civil de 2002

As principais diretrizes seguidas na elaboração do Código Civil de 2002 foram a preservação do Código Civil de 1916 sempre que possível, não só pelos seus méritos, mas também em função do acervo doutrinário e jurisprudencial constituído; a inserção apenas de matérias já consolidadas, sem abranger matérias que, por sua novidade ou complexidade, devem ser abordadas em legislações especiais; alteração geral do Código de 1916 no que se refere a valores considerados essenciais, como a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade.<sup>28</sup>

O conceito de eticidade refere-se ao “abandono do formalismo técnico jurídico, para assumir uma concepção mais aberta em que a norma passou a ser de fácil compreensão e aplicação visando evitar equívocos e dificuldades na sua aplicação”.<sup>29</sup>

Entende-se por sociabilidade o predomínio da coletividade sobre o individual, sem, no entanto, desconsiderar o valor fundamental da pessoa humana. Portanto, com o advento do novo Código Civil, a pessoa humana passou a ser o seu objetivo maior, assim demonstrando-se uma concepção personalista.

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, privilegiando o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa humana. Com a Constituição Federal de 1988, visou-se preservar “a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, havendo a preocupação com os interesses da sociedade”.<sup>30</sup>

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

<sup>29</sup> GOMES, Daniela Vasconcelos. **A noção de propriedade no direito civil contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1203>>. Acesso em 4 nov. 2012.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**- 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 22.

<sup>31</sup> CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264.

Dessa forma, resta evidente que os direitos e garantias fundamentais são inafastáveis, vez que inerentes à personalidade humana. A dignidade da pessoa deve ser entendida como um fim, não como um simples meio para alcançar outros objetivos, ou como mera norma programática. Sendo assim, o ser humano passou a ser posto como “o objetivo central do ordenamento jurídico, de maneira que todo o sistema esteja orientado para sua proteção”.<sup>32</sup>

É nítido o abandono da concepção patrimonialista e individualista prevista no Código Civil de 1916. Há-se, então, uma preocupação com a proteção da pessoa humana. Atualmente não se admite que a pessoa não seja considerada de forma concreta, observando-se suas reais necessidades, anseios e sentimentos. É a chamada “repersonalização do direito, em que o ser humano volta a ser a razão de todo o ordenamento jurídico, afastando, assim, a concepção patrimonialista”.<sup>33</sup>

Com a Constituição Federal de 1988, todo o direito, incluindo o direito civil, deve ser orientado pelos princípios constitucionais, especialmente os elencados como valores fundamentais. Mesmo nas “excepcionais restrições ao exercício de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana não pode ser desprezada”.<sup>34</sup> A proteção da dignidade humana deve “prevalecer sobre toda e qualquer relação jurídica patrimonial”.<sup>35</sup> Sendo assim, “o direito civil, ao proteger a propriedade, não o fará pelo bem em si, mas apenas enquanto ele servir de instrumento para a efetivação de valores constitucionais, tais como a justiça social, e possibilitar a tutela plena da dignidade da pessoa humana”.<sup>36</sup>

Portanto, as concepções presentes no novo Código Civil modificaram a sua direção, abandonando seu caráter patrimonialista, individualista, conservador e patriarcal para assumir-se personalista, de acordo com os valores constitucionais. No que diz respeito ao abandono da concepção patriarcal presente no Código Civil de 1916, “o anteprojeto põe termo ao poder marital, pois não se pode dizer que este subsista só pelo fato de caber ao marido a direção da sociedade conjugal, visto como ele só poderá exercê-lo com a colaboração da

<sup>32</sup> FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. *Revista Jurídica*, n. 304, fev. 2003, p. 17.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

<sup>35</sup> GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*. In: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 430.

<sup>36</sup> TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 65, jul.-set. 1993, p. 28.

mulher, no interesse do casal e do filho”<sup>37</sup>. Ainda, a “mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribuiu a lei vigente – para passar a ter poder de decisão, conjuntamente com o esposo”<sup>38</sup>.

Resta evidente o abandono da concepção patrimonialista no Código Civil de 2002, pois a propriedade, antes considerada direito subjetivo absoluto, atualmente ressurgiu sob outra concepção, ao aliar-se a função social às suas faculdades inerentes de usar, gozar e dispor. O princípio da função social relativiza o individualismo que marcou o tratamento do direito de propriedade na codificação oitocentista. A propriedade não deixou de ser direito subjetivo tutelado pelo ordenamento jurídico, mas a “função social altera a estrutura e o regime jurídico do direito de propriedade, atuando sobre o seu conceito e o seu conteúdo”<sup>39</sup>. Sendo assim, o conceito de propriedade pode ser denominado como “direito que permite a um titular usar, gozar e dispor de certos bens, desde que ele o faça de modo a realizar a dignidade de pessoa humana”<sup>40</sup>. O direito de propriedade passou a ser exercido de acordo com a função social, sendo então uma justificativa ao poder da titularidade. Por fim, o próprio texto constitucional determina a “funcionalidade da propriedade, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e como objetivo a justiça social”<sup>41</sup>.

Já que o aspecto contemporâneo na propriedade passou a ser a função social, concretizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana expresso na Constituição Federal de 1988, houve então abandono do caráter patrimonialista, antes concepção norteadora do Código Civil de 1916.

No que diz respeito ao abandono da concepção patrimonialista presente no Código Civil de 1916, preceitua Luiz Edson Fachin que:

“A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, Código napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o

<sup>37</sup> WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>39</sup> GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 430.

<sup>40</sup> KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do individualismo e propriedade**. In: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 465.

<sup>41</sup> GONDINHO, André Osório. *Op.cit.*, p. 413.

desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação”.<sup>42</sup>

Nesse mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que:

“Atualmente, o Direito Civil é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, atribuindo-se maior valor à pessoa humana – o "ser" – do que ao seu patrimônio – o "ter". No âmbito da concepção da tutela da pessoa humana como centro de preocupação e de atenção do ordenamento jurídico, é mister considerar a funcionalização das situações patrimoniais em favor das existenciais”.<sup>43</sup>

Portanto, o indivíduo é valorizado como pessoa, respeitando-se seus direitos e limitações e, acima de tudo, a sua dignidade constituindo cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro.

Apesar da modificação nas concepções aderidas no novo Código Civil, para o doutrinador Sílvio Rodrigues, em razão do legislador acreditar que o “direito de família já se apresentava como um regramento contemporâneo, próximo das expectativas da sociedade”<sup>44</sup>, ressalvada a adaptação do texto codificado com a legislação então vigente, “poucas foram as inovações significativas no Direito de Família, frustrando a comunidade jurídica e a própria sociedade, que esperava um sistema normativo mais avançado para acomodar melhor os interesses da família na sua atual dimensão”.<sup>45</sup>

Nesse mesmo sentido, segundo Gustavo Tepedino e Luis Edson Fachin, o Código Civil de 2002 é uma legislação “anacrônica, ultrapassada, inadequada, e até, inconstitucional”<sup>46</sup>, ao priorizar o patrimônio como, por exemplo, o que está determinado no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, contrariando a atual concepção do Código Civil e os princípios Constitucionais.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.

<sup>43</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VIII, v. 37, p.70, ago./set. 2006.

<sup>44</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 06, p. 15.

<sup>45</sup> RODRIGUES, Sílvio. Op.cit., p. 15.

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27.

Portanto, para melhor compreender o atual Código Civil, é de extrema importância a análise dos regimes de bens existentes e aplicados segundo sua concepção personalista. Trata-se de regimes em que sua maioria é reflexo do que previa o Código Civil de 1916. Por isso, é necessário analisá-los em conformidade com a jurisprudência atual.

### 1.3 Regime de Bens Previsto no Código Civil de 2002

Regime de bens é o “conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento”<sup>48</sup>. O regime de bens regula especificamente a administração e o domínio dos bens quer sejam adquiridos anteriores quer na constância da união conjugal.

Similarmente, Salvo Venosa conceitua o regime de bens como:

“Modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, da mesma forma que importante reflexo no direito sucessório”.<sup>49</sup>

São princípios básicos do regime de bens: “a livre estipulação, imutabilidade absoluta, a mutabilidade motivada e a variedade de regimes”.<sup>50</sup> A escolha do aludido regime de bens é facultativo aos cônjuges, e permite as partes regulamentarem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais previstas no artigo 1641, I e II, do Código Civil de 2002.<sup>51</sup>

No entanto, ao fazer o uso de tal liberdade da escolha do regime de bens, não podem os nubentes estipular cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento, conforme disposto no artigo 1.655 do Código Civil “é nula a convenção ou cláusula que dela contravenha disposição absoluta de lei”. Ainda, a convenção deve ser celebrada em pacto antenupcial, que também será nulo “se não for feito por escritura pública” (artigo 1.653 do Código Civil de 2002).

<sup>48</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 437.

<sup>49</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 304.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.304.

<sup>51</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. *Op.cit.*, p. 437.

É dito como variedade de regimes os quatro regimes de bens que a lei coloca à disposição dos nubentes. No Código Civil contemporâneo, são tidos como regime de bens a comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e a separação convencional e a legal, que serão analisados a seguir.

### 1.3.1 Comunhão Parcial

O regime da comunhão parcial é “o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou se fizerem for nulo ou ineficaz”<sup>52</sup>, conforme previsão no artigo 1.640, do Código Civil de 2002. Por essa razão, é chamado também de “regime legal ou supletivo”.<sup>53</sup>

O regime de comunhão parcial é caracterizado por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando assim três massas de bens, duas relativas aos bens próprios de cada cônjuge e uma aos bens comuns, ou seja, os bens do marido, da mulher e os do casal.<sup>54</sup>

Nessa trilha preleciona Silvio Rodrigues:

“Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior ou alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra a título oneroso”.<sup>55</sup>

Todos os bens móveis e imóveis adquiridos após o casamento, por ambos ou por apenas um dos cônjuges, mediante negócios jurídicos onerosos são comunicáveis. A onerosidade diz respeito ao “desembolso de recursos pecuniários e desde que não seja em sub-rogação aos bens particulares de cada cônjuge, ou seja, quando a aquisição não derivou de ato ou de liberalidade de terceiros (doação ou sucessão hereditária)”<sup>56</sup>. Além do mais, os bens adquiridos por fato eventual que “não se enquadram na aquisição mediante negócio

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 469.

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 324.

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. Op.cit., p. 469.

<sup>55</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Caháli. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

<sup>56</sup> LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 342.

jurídico oneroso também comunicam ao casal, como, por exemplo, o achado de tesouro e a especificação”<sup>57</sup>, e comunica-se também “os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão” conforme o disposto no artigo 1.660 do Código Civil de 2002.

Estão excluídos da comunhão parcial em síntese, conforme o disposto no artigo 1.661 do Código Civil, malgrado adquiridos após o casamento, os recebidos por liberalidade do alienante (doação ou sucessão), os adquiridos ou sub-rogados no lugar destes e os adquiridos com valores de alienação dos bens particulares (nesse sentido sub-rogados)<sup>58</sup>. Além do mais, as obrigações contraídas pelo cônjuge anterior ao casamento são exclusivamente do cônjuge que as contraiu, respondendo com os seus bens particulares.

A lei presume ainda que os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão que foram adquiridos com recurso do próprio cônjuge ainda que anteriormente ou posteriormente ao casamento, excluindo-os da comunhão. Tal presunção é absoluta. São bens de uso pessoal “aqueles destinados à existência cotidiana de cada um, à sua intimidade pessoal, como suas roupas, joias, objeto de lazer. No caso de prestadores de serviços, seus equipamentos, ainda que instalados no domicílio conjugal, não integram a comunhão”.<sup>59</sup>

São também excluídos da comunhão os rendimentos provenientes do trabalho de cada cônjuge. São espécies de proventos as remunerações de trabalho assalariado público ou privado, as remunerações decorrentes do trabalho prestado na condição de empresário, as remunerações de aposentadoria, como trabalhador inativo e os honorários do profissional liberal<sup>60</sup>. Por fim, são também excluídos da comunhão os pagamentos feitos a beneficiários dos variados sistemas de previdência social e privada, principalmente as pensões.

### 1.3.2 Comunhão Universal

O regime da comunhão universal está previsto no artigo 1.667 do Código Civil de 2002. Por tratar-se de regime convencional, deve ser estipulado por pacto antenupcial. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o regime de comunhão universal é:

---

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 342.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 344.

“aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial”.<sup>61</sup>

A comunhão universal não é, no entanto, absoluta, havendo relações patrimoniais ativas e passivas que não integram na comunhão, permanecendo na titularidade exclusiva de cada cônjuge. Os bens transferidos a um dos cônjuges por ato liberal de terceiro integra na comunhão salvo se o for feito com cláusula de incomunicabilidade. A cláusula tem que ser expressa e inconfundível. No entanto, quando se tratar de bem imóvel, a alienação dependerá de autorização do outro cônjuge. No que concerne aos bens adquiridos com os recursos obtidos com a alienação dos bens particulares, permanecerão incomunicáveis em virtude da sub-rogação<sup>62</sup>. Porém, em regra, os frutos civis que advierem do patrimônio particular integram a comunhão, regra esta que guarda simetria com o artigo 1.660, V, do Código Civil de 2002, salvo se tiver estipulado o doador ou testador que a incomunicabilidade será estendida aos bens doados.<sup>63</sup>

As dívidas anteriores ao casamento, em princípio, permanecem sob a exclusiva responsabilidade do cônjuge que as contraiu, salvo quando “tiverem sido contraídas para cobrirem as despesas com o próprio casamento ou quando assim redundarem em benefício para ambos os cônjuges ou para o patrimônio comum”.<sup>64</sup>

### 1.3.3 Participação Final dos Aquestos

Segundo Paulo Lobo, “A finalidade da lei é preservar o cônjuge dos prejuízos que essas obrigações lhe acarretarão”<sup>65</sup>. “O regime de participação final nos aquestos é inovação do Código civil de 2002, que suprimiu o regime total, tornado superado com o desaparecimento da família patriarcal”<sup>66</sup>. Para Bianca Mota de Moraes, o regime de participação final nos aquestos é “uma forma híbrida com configuração semelhante ao regime

<sup>61</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 479.

<sup>62</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 353.

<sup>64</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. Op.cit., p. 481.

<sup>65</sup> LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 352.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 358.

de separação de bens na constância do casamento, aproximando-se da configuração prevista para a comunhão parcial no momento da dissolução da sociedade conjugal”.<sup>67</sup>

Sílvio Venosa explicava, ao comentar o Projeto do Código Civil de 1975, que, nesse regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio durante o casamento, tocando-lhe, no entanto, com a ruptura da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. “Trata-se de um regime misto, pois no curso do casamento aplicam-se, em síntese, as regras da separação da comunhão parcial”.<sup>68</sup>

Durante a união do regime incidente é de “completa separação dos bens, todos são próprios do seu titular, a qualquer título, na constância do casamento, quer advenham de aquisição onerosa, quer seja graciosa exercendo sobre eles a livre administração”<sup>69</sup>. Há, no entanto, uma proteção legal que limita o poder de disposição dos bens imóveis cuja transferência unilateral é vetada salvo convenção em contrária, na qual os nubentes tratam expressamente a livre disposição sobre os imóveis particulares conforme determina o artigo 1656, do Código Civil de 2002.

#### 1.3.4 Separação Convencional ou Absoluta

O artigo 1.687 do Código Civil Brasileiro preceitua que “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que poderá livremente os alienar ou gravar de ônus real”.

Portanto, na separação absoluta, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição dos próprios bens e pode aliená-los ou gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis<sup>70</sup>. A incomunicabilidade envolve todos os bens, presentes e futuros, frutos e rendimento, auferindo assim autonomia na gestão do próprio patrimônio.

Sendo assim, na separação absoluta, “os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compõe patrimônios separados

<sup>67</sup> MORAES, Bianca Mota de. **Comentário ao art. 1.672 do Código Civil**, In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.) O novo Código Civil do Direito de Família, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 353.

<sup>68</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 169.

<sup>69</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 592.

<sup>70</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. p. 479.

e particulares, com respectivos ativos e passivos”<sup>71</sup>. É necessário que haja um pacto nupcial, estipulando que o regime adotado pelos cônjuges é o de separação absoluta, do contrário, na falta de um pacto, aplica-se o regime de comunhão parcial.

A separação se perfaz em três dimensões:

“a) a administração exclusiva de cada cônjuge sobre os seus bens próprios e respectivo usufruto; b) a liberdade de alienação dos bens próprios, sem autorização do outro, bem como do destino do resultado; c) a responsabilidade de cada um sobre as dívidas e as obrigações que contrair”.<sup>72</sup>

Portanto, a responsabilidade da administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge proprietário. No entanto, no pacto nupcial, é possível estipular que a administração seja em conjunto ou conferida ao outro. Aplicam-se então “as normas vigentes nos demais regimes relativamente à responsabilidade”.<sup>73</sup>

No que tange à liberdade de alienação dos bens próprios sem a outorga do outro cônjuge, é acompanhada também da possibilidade de agravar os próprios bens de ônus real, tais como servidão, usufruto, habitação ou de dá-los em garantia real, tais como penhor e hipoteca, por exemplo. Tal liberdade está no sentido contrário do que está disposto no artigo 1.647, do Código Civil de 2002, podendo ainda o cônjuge, sem autorização do outro, pleitear como autor e réu acerca dos seus bens ou ainda prestar individualmente fiança ou aval. Porém, no que tange às dívidas, cada cônjuge responde pelas que contraiu. É nula a penhora que recaia sobre os bens particulares do outro cônjuge, não se pode argumentar com “eventual proveito”<sup>74</sup>, pois nesse regime não há qualquer comunhão de aquestos.

Apesar da sua natureza, tem-se ainda como compatível com separação de bens, “a eventualidade de condomínio dos cônjuges sobre determinados bens que tenham sido adquiridos com a participação efetiva de ambos, nos limites e proporções correspondentes, ou em decorrência de adoções ou legados conjuntos”<sup>75</sup>. Em razão de tal circunstância ser de caráter excepcional, não desfigura o regime, pois os bens submetem as regras do condomínio

<sup>71</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 355.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 356.

<sup>73</sup> VELOZO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. In: Direito de Família Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 200.

<sup>74</sup> LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 357.

<sup>75</sup> VELOZO, Zeno. Op.cit., p. 201.

voluntário previsto nos artigos 1.314 a 1326, do Código Civil de 2002, não havendo, assim, “interferência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimônios de bens”.<sup>76</sup>

Contudo, a separação de regime de bens não alcança a manutenção da família que deve em princípio ser suportada por ambos os cônjuges<sup>77</sup>. Não há previsão legal de que os cargos deverão ser divididos de forma igualitária, mas sim na proporção dos rendimentos de cada cônjuge. São despesas necessárias à manutenção da família, os gastos com os filhos, alimentação, lazer, vestuário, empregado, transporte etc. Tal dever, além de ser ético, é juridicamente exigível. Caso não haja um acordo tácito ou expresso entre ambos os cônjuges, o juiz determinará por arbitramento.<sup>78</sup>

### 1.3.5 Separação Legal ou Obrigatória dos Bens

Segundo Pontes de Miranda, “no regime cogente da separação de bens legal, o legislador não consulta vontades, dita normas”<sup>79</sup>. Esse regime é aplicável nos casos especificados no artigo 1641, do Código Civil Brasileiro, que preceitua ser “obrigatório o regime da separação de bens no casamento I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de setenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

Diferente das separações convencional ou absoluta, por ser imposição da lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Aplicam-se, na separação legal ou obrigatória, os mesmos dispositivos da separação convencional, ou seja, a incomunicabilidade de todos os bens de cada cônjuge, os presentes e futuros, frutos e rendimento, auferindo assim autonomia na gestão do próprio patrimônio. Sendo assim, cada cônjuge será responsável pela administração de seus bens.

No que diz respeito às causas suspensivas, estão essas previstas no artigo 1523, do Código Civil Brasileiro, que aponta quatro delas, sendo:

<sup>76</sup> VELOZO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. In: Direito de família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 204.

<sup>77</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 357.

<sup>78</sup> MORAES, Bianca Mota de. **Comentário ao art. 1.672 do Código Civil**, In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.) O novo Código Civil do Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 358.

<sup>79</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Alves, Vilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, vol. III, 2002, p. 236.

“I - o viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizerem inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas”.

É certo que a inobservância das causas suspensivas torna o casamento irregular, sendo então imposto o regime da separação como sanção aos cônjuges.

Segundo Silvio Rodrigues, no entanto, a novidade trazida no Código Civil de 2002 no direito de família “consiste no fato de que, por expressa previsão legal, é permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas”<sup>80</sup> nas circunstâncias previstas no artigo 1523, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, “devendo-se entender daí que, nesses casos, pode ser relaxada a imposição do regime de bens contida no artigo 1641, I. Vale dizer, dispensando a causa suspensiva, cessa o obstáculo à livre convenção”<sup>81</sup>. No entanto, tal dispositivo não é aplicado no caso de casamento realizado com pessoa maior de setenta anos e dos que dependerem de suprimento judicial para casar.

No que concerne à aplicação do regime de separação de bens obrigatórios aos que dependerem de suprimento judicial para casar, o Código Civil não informa se os cônjuges sem idade núbil, matrimoniados por suprimento judicial poderão alterar o regime de bens conforme o artigo 1639 §2, do Código Civil Brasileiro. Caso a resposta seja afirmativa, mostra-se “inútil a cautela do inciso III, do artigo 1641, porque a incomunicabilidade dos bens só teria vigência e eficiência durante a menoridade do cônjuge”<sup>82</sup>. Ainda, se não for possível a alteração do regime de bens e tampouco aplicável a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, em que “o cônjuge inicialmente assediado por interesses econômicos não participará do eventual patrimônio amealhado por seu consorte na constância do seu casamento”.<sup>83</sup>

#### 1.4 Possibilidade de Alteração do Regime de Bens

<sup>80</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 130.

<sup>81</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 465.

<sup>82</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 548.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 548.

Inicialmente é necessário observar que o Código Civil de 1916 “não previa a alteração do regime de bens do casamento, tendo, portanto, como regra a imutabilidade”<sup>84</sup>. No entanto, em virtude da concepção prevista no Código Civil de 2002 e a alteração das relações familiares, a jurisprudência e o código em si flexibilizou “as regras impostas às entidades familiares, até porque a Constituição da República de 1988 protegeu novas espécies de grupos familiares”<sup>85</sup>.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o Código Civil de 1916 estabeleceu a imutabilidade da alteração dos regimes de bens, pois visava à proteção das mulheres frágeis que eram dedicadas às tarefas domésticas e que, “se fosse possível alterar o regime de bens na constância do matrimônio, haveria graves riscos para os próprios créditos e provável prejuízo para terceiros”<sup>86</sup>. Nesse mesmo sentido, Sílvio Salvo Venosa enfatiza que o princípio da imutabilidade do regime de bens era uma “garantia aos próprios cônjuges e para resguardo ao direito de terceiros”<sup>87</sup>. A irrevogabilidade do regime de bens tendia, em regra, “proteger a mulher casada, visto que em outra esfera cultural esta era dotada de menor experiência no trato das riquezas econômicas do casamento”<sup>88</sup>.

No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, levando em consideração a igualdade dos cônjuges prevista na Constituição Federal de 1988, “soaria herege aduzir que, em tempos de globalização, que um dos consortes, apenas pelo seu gênero sexual, pudesse ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental em relação ao seu parceiro conjugal”<sup>89</sup>. Portanto, o artigo 1639 § 2º determina expressamente que “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

De acordo com o vigente Código Civil, a alteração do regime matrimonial será sempre judicial pouco importando a existência de precedente pacto, “porque a sentença

<sup>84</sup> PEREIRA, Fabrícia Cristina Estrella Figueiredo. A possibilidade de alteração do regime de bens do casamento no novo Código Civil e as consequências no mercado imobiliário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2555, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15110>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

<sup>85</sup> *Ibidem*,

<sup>86</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, Vol.V, p. 116.

<sup>87</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Direito de família. São Paulo: Atlas, 2001, vol.V, p. 150.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>89</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 533.

deferitória da modificação do regime conjugal deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis”.<sup>90</sup>

No entanto a doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicação da alteração do regime de bens para os casos em que a lei impõe a separação obrigatória para os regimes de bens conforme determina o artigo 1641 do Código Civil Brasileiro. O Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil do STJ afirma que tal alteração será possível, desde que superada a causa que impôs o regime, concernente à previsão dos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil. Nesse sentido, o STJ, no Resp 821.807-PR, 2006, julgou pedido de alteração do regime de separação obrigatória de cônjuges que se casaram quando tinham 17 anos em 1998, decidindo então pela procedência, permanecendo os fatos e efeitos anteriores sob regência da lei antiga.<sup>91</sup>

### 1.5 Análise da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Uma grande parcela da doutrina tem o entendimento de que o regime de separação de bens obrigatório proporciona uma desigualdade entre os cônjuges, visto que com a dissolução do casamento haveria “enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento do outro que saía do casamento sem nenhum bem, enquanto o primeiro ficava com todo o patrimônio formado pelo casal”<sup>92</sup>. Visando a evitar que um dos cônjuges fosse lesado em virtude do enriquecimento do outro, o STF (Supremo Tribunal Federal) editou a Súmula nº 377, que diz: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

É necessário ressaltar que a referida súmula foi editada durante a vigência do Código Civil de 1916 a fim de que fossem repartidos os bens adquiridos pelo esforço comum dos nubentes. Dessa forma, haveria uma maior segurança e efetividade aos casamentos alcançados pela imposição do regime de separação legal havendo, então, a proteção do cônjuge que não contava com o patrimônio em seu nome.

Nesse sentido, Arnoldo Wald salienta que:

<sup>90</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 534.

<sup>91</sup> PEREIRA, Fabrícia Cristina Estrella Figueiredo. A possibilidade de alteração do regime de bens do casamento no novo Código Civil e as consequências no mercado imobiliário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2555, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15110>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

<sup>92</sup> NEGRÃO, Sônia Regina. **Regime de bens**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6828/regime-de-bens#ixzz2BTaEVzYO>>. Acesso em 15 mar. 2013.

“A Súmula teve origem na frequência com que as cortes eram chamadas a examinar determinada situação de fato que se verificava com os imigrantes italianos. Casados que eram, no país de origem, sob o regime de separação de bens, enriqueciam aqui em razão da conjugação dos esforços de ambos, não obstante, os bens adquiridos permaneciam apenas em nome do marido. Os tribunais, que, de início, entreviam uma sociedade de fato em tais casos, protegendo assim as mulheres dos imigrantes italianos, acabaram por estender o entendimento a todas aquelas outras hipóteses de separação obrigatória (JTJ 207/45, 163/52). Parte da jurisprudência, no entanto, discrepa da orientação consagrada na Súmula 377, reconhecendo que a admissibilidade de comunhão de aquestos no regime de separação legal de bens fica restrita às hipóteses em que há comprovado esforço conjunto. A comunicabilidade estaria, assim, condicionada à existência de sociedade de fato entre os cônjuges” (STJ, 4º T., Resp 234.482/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 13-12-1999. DJU, 14 fev. 2000, p. 00043; RT 663/69, 553/280, 542/184, 535/230, 502/216, 648/80 e RTJ 118/546).<sup>93</sup>

A separação legal passou a constituir verdadeiro “regime de separação parcial de bens”<sup>94</sup>, em que os bens adquiridos na constância do casamento comunicariam. No entanto, quanto à aplicabilidade da Súmula 377 no novo cenário jurídico nacional, vem gerando enormes debates entre os doutrinadores mais respeitáveis no campo civil brasileiro<sup>95</sup>. Os autores favoráveis à aplicação da Súmula 377 buscaram em seu posicionamento na “proteção da relação patrimonial, estabelecida em virtude de enlace conjugal travado pelos casamentos regidos pelo regime de separação convencional”<sup>96</sup>, uma vez que, com a dissolução do matrimônio, tocaria a cada consorte somente os seus bens particulares, não tendo um qualquer direito sobre os bens do outro.

No que diz respeito à aplicação da súmula à pessoa maior de 70 anos, surgiram duas correntes: a primeira corrente determinando que, em razão da redação do artigo 1641 do Código atual ser praticamente idêntica à do parágrafo único do artigo 258 do antigo

<sup>93</sup> WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 124.

<sup>94</sup> BATISTA, Thales Pontes. **Regime da separação de bens, a súmula n. 377 do STF e o novo código civil**. Disponível em <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=7812>>. Acesso em 16 abr. 2012.

<sup>95</sup> MANGUALDE, Henrique Ananias dos Santos. **A súmula 377 do STJ**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4929](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929)>. Acesso em 15 mar. 2013.

<sup>96</sup> CONEGUNDES, Luiz Antônio. **Aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://clampadvogados.com.br/artigos\\_luiz\\_conegundes.html](http://clampadvogados.com.br/artigos_luiz_conegundes.html)>. Acesso em 12 mar. 2013.

diploma, o Código Civil de 1916, a referida súmula deveria prevalecer, e a segunda corrente determinando a não comunicabilidade dos bens por diversas razões.<sup>97</sup>

Para muitos doutrinadores, os aquestos continuam a se comunicar, pois “as mesmas razões que invocaram os ministros do Supremo a editarem a Súmula 377 permanecem até os dias de hoje, não havendo motivo algum para sua inaplicabilidade”<sup>98</sup>. A imposição do regime de bens determinada no Código Civil de 1916 em seu artigo 258 continuou incidindo para as pessoas maiores de 70 anos uma vez que o atual Código Civil traz as mesmas restrições, previsão esta presente no artigo 1641 II, não permitindo a opção de outros regimes de bens contemplados no ordenamento jurídico nem a possibilidade de elaboração de um regime próprio, pois o entendimento do legislador era de que “O patrimônio deve ser protegido porque, nesses casos, a presunção é de puro interesse econômico, não se levando em conta a prevalência do móvel da *affectio*”.<sup>99</sup>

Dessa forma, visto que o legislador restringiu a opção do regime de bens para pessoa maior de 70 anos, mesmo entendimento adotado no Código Civil de 1916, quando houve a criação da súmula 377, deverá esta permanecer em vigor, pois a imposição do regime de bens para pessoa maior de 70 anos foi repetida no Código Civil de 2002 em seu artigo 1641, II <sup>100</sup>. Não obstante a aplicação da referida súmula do STF ao regime de separação legal, há doutrinadores que defendem a aplicação da Súmula 377 no regime de separação convencional, para que o patrimônio adquirido na constância do casamento seja dividido, caso a sociedade conjugal seja dissolvida por algum dos motivos descritos no art. 1671, do Código Civil de 2002, quando houver esforço comum para a compra de tais bens.

Nesse sentido, Yussef Said Caháli defende a aplicação da Súmula 377 ao regime de separação convencional de bens, entendendo que comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. O doutrinador preceitua que:

“Haverá incongruência, a meu ver, que em admitir-se que, não obstante a norma cogente, pela qual se impõe a separação de bens como penalidade, a

<sup>97</sup> BATISTA, Thales Pontes. **Regime da separação de bens, a súmula n. 377 do STF e o novo código civil.** Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=7812>>. Acesso em 16 abr. 2012.

<sup>98</sup> MANGUALDE, Henrique Ananias dos Santos. **A Súmula 377 do STJ.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4929](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929)>. Acesso em 15 mar. 2013.

<sup>99</sup> NETTO LOBO, Paulo Luiz. **A repersonalização das relações de família. O direito de família e a Constituição de 1988.** Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 64/5.

<sup>100</sup> BATISTA, Thales Pontes. Op.cit.

separação diz respeito unicamente aos bens presentes, e não aos frutos havidos na constância do casamento, quando estabelece por contrato, por vontade dos cônjuges. Se a norma cogente, de caráter penal, decretando a separação obrigatória de bens, se interpretou como permissiva da comunhão dos aquestos, não é possível, sem quebra do sistema, afastar essa mesma interpretação, quando a separação for convencional. Argumenta-se que, num caso, o da separação legal, a lei não diz ser absoluta a separação, ao passo que, no segundo, a lei implicitamente permite se convencie esse regime. Sucede, porém, que o tocante à separação legal e obrigatória, justamente por ser legal e obrigatória, não era mister se dissesse que a separação era pura, completa ou absoluta, pois esse caráter decorria da própria índole do dispositivo, da sua feição proibitiva e penal. Logo, o estabelecimento da regra jurisprudencial de que, no caso de separação convencional, esta não obsta, igualmente, à consequência forçosa de que, no caso de separação convencional, esta não obsta a, igualmente, à comunicação dos aquestos. A não ser assim, ter-se-ia o reconhecimento de que à vontade dos cônjuges se atribui maior respeito do que à lei, visto com aquela se reputa intocável, ao passo que esta se considera menos resistente ao jogo interpretativo”.<sup>101</sup>

Com o mesmo posicionamento de Yussef Said Caháli, que defende a comunicação dos aquestos no regime de separação convencional, respalda Washington de Barros Monteiro no sentido de comprovação do esforço comum dos cônjuges:

“No entanto, a comunhão de aquestos, desde que provada a conjugação de esforços, ou seja, a existência de sociedade de fato entre os cônjuges, tem apoio jurisprudencial. Assim, sob a inspiração do princípio que norteou a Súmula n. 380, a respeito do concubinato, e a Súmula n. 377, sobre o regime da separação obrigatória, que veda o enriquecimento ilícito, se provado que o cônjuge casado pelo regime de separação convencional concorreu diretamente, com capital ou trabalho, para a aquisição de bens em nome do outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte. Note-se que posicionamento em sentido contrário fundava-se essencialmente na irrevogabilidade do regime de bens, que existia no Código Civil anterior não mais existe no Código Civil de 2002. É evidente que a existência de sociedade de fato não se estabelece apenas em virtude da vida em comum, ou seja, pelo cumprimento de deveres que decorrem do casamento, sendo necessária a prova da contribuição efetiva, com recursos ou trabalho para a formação de patrimônio que resta somente em nome de um dos cônjuges”.<sup>102</sup>

Portanto, os autores que são favoráveis à aplicação da súmula 377, pois “buscaram em seu posicionamento a proteção da relação patrimonial, estabelecida em virtude de enlace conjugal travado pelos casamentos regidos pelo regime de separação convencional”,

<sup>101</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28 ed. Atualização de Francisco José Cahili. São Paulo: Saraiva, 2004, v.6, p. 713.

<sup>102</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 222.

uma vez que, com a dissolução do matrimônio, cada cônjuge receberia somente os seus bens particulares, não tendo qualquer direito sobre os bens um do outro.

No entanto, há doutrinadores que defendem a inaplicabilidade da referida súmula, posto que permanece sua insuficiência na ideia de que seria um enriquecimento sem causa. Nesse sentido, o professor José Fernando Simão, afirma:

“Com a devida vênia e homenagem especial aos amigos que pugnam pela não revogação da Súmula 377, entendo estar revogada a disposição. Isso porque a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas, contrariamente, gera enriquecimento sem causa. Isso porque, em razão da Súmula, a comunhão dos aquestos é considerada automática, independentemente da prova de esforço comum. Assim, se um senhor de 90 anos se casa com uma moça de 18 anos, pelo regime da separação obrigatória em razão da idade, e depois de casado adquire uma casa e um carro, os bens são considerados aquestos em decorrência da súmula, e a jovem nubente terá direito automaticamente à meação. E por quê? Porque a súmula 377 não exige prova do esforço comum. Em conclusão, a Súmula deve ser entendida como revogada. Caso um dos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens tenha efetivamente contribuído com a aquisição dos bens, fazendo a prova do esforço comum, terá direito à participação sobre eles. Afasta-se definitivamente a presunção contida na Súmula 377 e a separação obrigatória passa a ser considerada realmente absoluta”.<sup>103</sup>

Ainda, há doutrinadores que defendem a inaplicabilidade da referida súmula baseando-se na ideia de que há somente um regime de separação de bens. Nesse sentido, tanto o regime de separação de bens legais quanto o convencional possuiriam os mesmos efeitos e, portanto, as mesmas restrições. Nessa linha de raciocínio, preceitua Francisco José Caháli:

“A separação obrigatória passa a ser, então, um regime de efetiva separação dos bens, e não mais um regime de comunhão simples (pois admitida a meação sobre os aquestos), como alhures. A exceção deve ser feita, exclusivamente, se comprovado o esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens, decorrendo daí uma sociedade de fato sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, dessa forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento. Mas a comunhão pura e simples, por presunção de participação sobre os bens adquiridos a título oneroso, como se faz no regime legal de comunhão

---

<sup>103</sup> SIMÃO, José Fernando. **O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória**. Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_regime\\_separacao.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html)>. Acesso em 10 fev. 2013.

parcial, e até então estendida aos demais regimes, deixa de encontrar fundamento na lei”.<sup>104</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no que tange ao regime de separação obrigatória de bens, tem decidido no sentido de que haja comunicabilidade do patrimônio conseguido na constância do matrimônio, ainda que não seja comprovado o esforço comum dos cônjuges. Assim respalda os julgados do referido tribunal:

“DIREITO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE COMUNICABILIDADE DE AQUESTOS - CASAMENTO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - VIABILIDADE DE COMUNICAR OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 259 DO CC/1916 E DA SÚMULA 377/STF. - No regime de separação legal, cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trazer para o casamento, bem como dos que forem a ele sub-rogados. - Nos termos do art. 259 do CC/1916, ""prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento"", não obstante o matrimônio tenha sido realizado sob o regime de separação total de bens. - Consoante o disposto na Súmula nº 377 do excelso Supremo Tribunal Federal, os aquestos adquiridos na constância do matrimônio se comunicam, independentemente de prova de serem fruto do esforço comum”.<sup>105</sup>

Ainda, alguns dos desembargadores do mesmo tribunal supramencionado, são favoráveis à comunhão dos aquestos, desde que seja comprovada, mesmo que indiretamente, ajuda dos dois cônjuges. Acontece em casais em que o marido trabalha para prover o sustento da casa, e a mulher cuida das obrigações do lar, desse modo, entende-se que esta colaborou de forma indireta para a aquisição dos bens conseguidos na constância do casamento, mesmo que somente o marido tenha colaborado financeiramente. Assim respalda o TJMG em julgado:

“SEPARAÇÃO LITIGIOSA - CASAMENTO SOB REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO DE BENS - ALIMENTOS - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - DIVISÃO MEIO A MEIO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. O valor arbitrado para os alimentos deve atender ao binômio necessidade/possibilidade. Na separação contenciosa, o cônjuge-virago sem renda própria, e não demonstrado de forma convincente seja culpado pela separação, além de apresentar problemas de saúde física e mental, tem direito aos alimentos do cônjuge-varão, para garantia de sua sobrevivência.

<sup>104</sup> CAHÁLI, Francisco José. **A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens.** Disponível em <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Caháli\\_s377.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Caháli_s377.doc)>. Acesso em 10 fev. 2013.

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão: Número do processo: 1.0411.03.007741-5/001(1). Relator: Wander Marotta. Data do Julgamento: 31/05/2005. Data da Publicação: 02/08/2005.

O cônjuge-uirago, casado sob o regime de separação legal de bens, faz jus à meação do patrimônio adquirido na constância do casamento, independente da prova de esforço comum, bastando a contribuição indireta, própria da vida de casado (SÚMULA 377 - STF)<sup>106</sup>.

Nesse mesmo sentido, estabelece Caio Mário:

“Cabe, finalmente, a indagação sobre a aplicabilidade, por equidade, da Súmula 377 do Superior Tribunal Federal ao estabelecer que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Note-se que a referida Súmula se impõe no regime legal de separação para reconhecer a colaboração e o esforço comum entre os cônjuges. Diante da possibilidade de mudança de regime de bens, consideramos que deve prevalecer a vontade dos cônjuges ao fixarem as regras no pacto antenupcial”<sup>107</sup>.

Portanto, quanto à aplicabilidade ou não da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, ainda não há um posicionamento oficial do próprio Supremo quanto à revogação da referida súmula ou se ainda está em vigor. Nesse sentido, têm-se visto entendimentos tantos de doutrinadores quanto nos tribunais para sua aplicação e os que são a favor de sua revogação.

---

<sup>106</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão: Número do processo: 1.0411.03.007741-5/001(1). Relator: Wander Marotta. Data do Julgamento: 31/05/2005. Data da Publicação: 02/08/2005.

<sup>107</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 5, p. 238.

## 2 A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA

Há inúmeros critérios para definição do idoso, sendo o mais comum o cronológico ou etário, principalmente para fins legislativos. Portanto, é possível que basicamente esse é o critério mais utilizado para efeitos de reconhecimento de direitos dos idosos<sup>108</sup>. A Organização Mundial de Saúde também utiliza esse critério, havendo, no entanto, uma distinção de acordo com o grau de avanço social dos países: para os países em desenvolvimento considera-se pessoa idosa a que tiver idade superior a 60 anos; para os países desenvolvidos esse limite aumenta para idade superior a 65 anos.<sup>109</sup>

Já no Estatuto do Idoso, a idade consagrada é de 60 anos como regra geral (art. 60), embora a própria lei divirja em alguns pontos, como, por exemplo, na outorga do benefício social a pessoas a partir de 65 anos, conforme artigo 34 da lei supracitada. Porém, no que concerne à identidade do idoso, há uma “necessidade de uma nova estruturação do novo paradigma que depende, sobremaneira, de como a sociedade absorverá os avanços trazidos pelo aumento da longevidade”.<sup>110</sup>

José Geraldo de Brito Filomeno definiu como cidadania:

“a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver a reconhecida toda gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção”.<sup>111</sup>

Nesse sentido, em virtude do rápido crescimento da população idosa e das garantias e direitos previstos não só na Carta Magna, mas também nas legislações infraconstitucionais, tais como o Estatuto do Idoso e o Código Civil Brasileiro, é necessário

<sup>108</sup> GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

<sup>109</sup> CAMARANO, Ana Amélia. PASINATO, Maria Tereza. Introdução. **Os novos idosos brasileiros – muito além dos 60?** Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 4.

<sup>110</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

<sup>111</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas, p. 239.

que todos, independentemente da idade que possuam, participem do mundo de forma pública e contínua. Dessa forma, conclui-se que “todo mundo tem importância, todos devem ser respeitados, cada um com suas diferenças e particularidades, pois cidadania não tem idade e só termina com a morte”.<sup>112</sup>

## 2.1 Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais são “o que protegem os atributos fundamentais da ordem jurídica”<sup>113</sup>, ou seja, “resumindo, o significado bem genericamente, partindo dos conceitos, dos princípios constitucionais são: normas fundamentais de conduta de um indivíduo mediante as leis já impostas”<sup>114</sup>. Portanto, são regras ou conhecimentos fundamentais ou gerais. Os princípios podem ser divididos em diversas categorias, entendimento este divergente entre os inúmeros doutrinadores.

Ainda, os princípios podem ser expressos ou implícitos<sup>115</sup>. São considerados princípios constitucionais implícitos os que “derivam da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade)”<sup>116</sup>.

Existem inúmeros princípios constitucionais que são aplicados às normas infraconstitucionais, tais como no Código Civil, no Estatuto do Idoso, entre outras. Para efeitos da proteção da pessoa idosa em consonância com o Código Civil e o Estatuto do Idoso, serão analisados especificamente os princípios constitucionais da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da influência destes.

### 2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal da República proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, inciso III). A dignidade da pessoa humana é o “núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se

<sup>112</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

<sup>113</sup> PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Disponível em: <[http://principios-constitucionais.info/mos/view/Artigo\\_5%C2%BA/index.htm](http://principios-constitucionais.info/mos/view/Artigo_5%C2%BA/index.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. São Paulo: IOB Tompson, 2006, p. 844.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 844.

um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”<sup>117</sup>. É considerado também o princípio “norteador do sistema jurídico vez que eleva o indivíduo como principal fim de proteção e desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial”<sup>118</sup>. Sendo assim, por meio desse princípio, o legislador teve o intuito de proteger a pessoa em sua individualidade, pois o ser humano é posto como o núcleo de qualquer tipo de situação que possa envolvê-lo.

Kant procurou conceituar o significado da dignidade, como algo inestimável, indisponível, não sendo objeto de troca daquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo. Segundo Kant, “no reino dos fins, tudo tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas, quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”<sup>119</sup>. Sendo assim, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato ou conduta que “coisifique a pessoa”<sup>120</sup>, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto.

Em virtude de tal princípio, foram criados microssistemas para assegurar ainda mais a proteção da dignidade da pessoa humana, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. O artigo 230 da Constituição Federal preceitua que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Portanto, a dignidade da pessoa humana é inerente da pessoa, independentemente de sua idade.

Logicamente, a criação desse princípio teve por objetivo demonstrar que “a pessoa humana é titular de direitos, protegendo o indivíduo perante seus semelhantes e da atuação do Estado, vislumbrando a possibilidade de se levar uma vida em condições decentes”<sup>121</sup> e, porventura, cobrar do Estado “a efetivação da satisfação das necessidades básicas para a sobrevivência”<sup>122</sup>. Dessa forma, apesar do envelhecimento, é dever do Estado,

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

<sup>118</sup> HAGE, Rodrigo. Disponível em <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-principio-da-dignidade-humana-como-norteador-das-relacoes-de-familia-387739.html>>. Acesso em 13 mar. 2013.

<sup>119</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: 70, 1986, p. 77.

<sup>120</sup> LÔBO, Paulo. Op.cit., p. 60.

<sup>121</sup> SANTIM, Rigo Janaína. **O idoso e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <[www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/261](http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/261)>. Acesso em 16 mar. 2013.

<sup>122</sup> Ibidem.

da sociedade e de suas instituições garantir a proteção da pessoa idosa ao não restringir os seus direitos fundamentais.

### 2.1.2 Princípio da Afetividade e da Solidariedade

Tanto o princípio da afetividade quanto o da solidariedade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da solidariedade é, segundo Paulo Bonavides, “o oxigênio da constituição, não apenas dela, dizemos, pois a partir dela se espraia por todo ordenamento jurídico conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional”<sup>123</sup> consistindo na “responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade”.<sup>124</sup>

Dessa forma, no mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre o espaço privado e o espaço público do indivíduo sendo imprescindível a solidariedade como “elemento conformador dos direitos subjetivos”<sup>125</sup>. No direito de família, o princípio está no dever imposto à sociedade, o Estado e a família de proteção ao grupo familiar (artigo 226 da Constituição Federal), a criança e ao adolescente (artigo 227 da Constituição Federal) e especialmente ao idoso, conforme artigo 230 da Constituição Federal. Esse princípio pode ser visto como um “cuidado inserido no valor jurídico” visando à proteção dos mais vulneráveis, ou seja, as crianças, adolescentes e os idosos.

Já o princípio da afetividade está implicitamente na Constituição Federal e consiste na “estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”<sup>126</sup>. É, portanto, o dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desafeição entre eles, deixando de incidir apenas com o falecimento de um dos sujeitos. O princípio da afetividade como núcleo de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza torna relativa, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador e vem sendo aplicado quando há uma colisão de direitos fundamentais<sup>127</sup>. Tal princípio está reforçado no artigo

<sup>123</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.

<sup>124</sup> WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad, A. M. Botelho HESpanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 719.

<sup>125</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 73.

1523 do Código Civil Brasileiro, que veda a qualquer pessoa jurídica quer seja de direito privado quer seja de direito público que interfira na vida instituída pela família.

### 2.1.3 Princípio da Igualdade

A Constituição dispõe como fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e a dignidade da pessoa humana em que se proíbe expressamente qualquer forma de discriminação em razão do sexo, da cor ou da idade das pessoas (artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal). Desse modo, não pode sob nenhuma hipótese a idade constituir-se em fato de restrição aos fundamentos do Estado do Direito, tanto é verdade que a própria Constituição Federal em seu artigo 5º determina que “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 à propriedade”.

O princípio da igualdade assim como os demais princípios constitucionais não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, “admite limitações que não violem o núcleo essencial”<sup>128</sup>. Como conceito de justiça, devem-se tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Em consequência não viola o princípio da igualdade “a exigência quanto à religião ou sexo inerente ao serviço ou função”.<sup>129</sup>

Ainda, o princípio da igualdade por ser regra constitucional tem-se como entendimento “da doutrina majoritária que somente a Constituição pode validamente abrir exceções”<sup>130</sup>. Sendo assim, para que haja uma diferença na aplicação da lei principalmente em razão da idade, deve-se estar previsto na constituição, do contrário tal norma é tida como inconstitucional.

Nesse sentido, o princípio é uma limitação ao legislador e regra de interpretação. Como limitação ao legislador, o princípio da igualdade proíbe a edição de normas que estabeleçam privilégios em razão de classe social, sexo ou cor ou até mesmo

---

<sup>128</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

<sup>129</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 283.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 284.

idade. É tido igualmente como princípio de interpretação vez que o juiz deverá interpretar as normas de forma que não se crie privilégio a determinado grupo.<sup>131</sup>

No entanto, como regra geral, o princípio da igualdade determina que todos gozam de igualdade de direito em princípios. Sendo assim, qualquer discriminação quanto ao gozo dos direitos, seja entre nacionais ou estrangeiros, seja entre brasileiros natos ou naturalizados seja entre jovens ou idosos tem de ser expressa ou implicitamente prevista na Constituição Federal. Com o princípio da igualdade, a ordem jurídica pretende firmar

“a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Portanto o sistema normativo, exigindo a igualdade, assegura que os preceitos genéricos ou concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”<sup>132</sup>.

Por todo o exposto, leis infraconstitucionais não podem impor distinções exclusivamente em virtude de idade cronológica e então diminuir a liberdade e a autonomia das pessoas, como se as aptidões e capacidade intelectual fossem determinadas apenas “em razão da contagem do tempo e como se o tempo fosse por si só fator determinante para retirar do sujeito o sagrado e fundamental direito de se autodeterminar, salvo tendo sido diagnosticado alguma demência cerebral”<sup>133</sup>. Assim, entende-se que o mero fator da idade não é argumento consistente e suficiente, apesar de ocorrer em legislações infraconstitucionais como no caso de imposição de regime de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos, fundamentado para que seja possível a infringência do princípio constitucional da igualdade.

Ainda, o preconceito com os idosos vem representando uma dissimulada forma de discriminação e de desrespeito com o valor não só da igualdade, mas sim da dignidade da pessoa humana. A idade não é tida como inabilidade da pessoa para o livre exercício da vida civil, especialmente ao se considerar que, com o advento dos avanços na medicina, tem-se o prolongamento da sobrevivência da pessoa humana, conseqüentemente a velhice chega a um tempo mais distante<sup>134</sup>. Assim, para a aplicação de limitações no princípio da igualdade deve-se levar em consideração uma série de fatores, além do sexo, raça cor ou meramente a idade.

<sup>131</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 282.

<sup>132</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15.

<sup>133</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 30.

#### 2.1.4 Princípio da Liberdade

No que concerne aos direitos relativos à segurança pessoal, considera-se o direito à liberdade, princípio este consagrado na Constituição Federal como um dos mais importantes. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o artigo 3º inciso I da Carta Magna.

O direito da liberdade está caracterizado entre os direitos de primeira geração, considerados como a base do “edifício democrático”<sup>135</sup> liberdade esta que não pode sofrer restrições sob pena de “todo o edifício desmoronar”<sup>136</sup>. Por tal princípio está explicitamente preceituado na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, como objetivo fundamental, que a sua não aplicabilidade seria caso excepcional devendo igualmente estar previsto na Carta Magna.

No que diz respeito ao princípio à liberdade, entende-se que o homem pode desenvolver todas as suas habilidades e potencialidades não havendo nenhum óbice quanto a isso, salvo em virtude de lei<sup>137</sup>. É necessário igualmente que a liberdade respeite o direito alheio porque adiante dessa fronteira haverá “abuso, arbitrariedade e prepotência”<sup>138</sup>.

Portanto, a liberdade também comporta restrições, impostas por outros princípios, como, no caso do âmbito do direito de família, o devedor de alimentos sofrer sanção da prisão civil por descumprir sua obrigação de alimentar, do contrário infringiria um valor maior, o direito à vida do alimentado.

Com o princípio da liberdade, entre outros, é garantida a integridade física das pessoas, o direito à vida, a liberdade de locomoção e de expressão e nesta categoria ingressa também a liberdade de imprensa, sigilo de correspondência, livre manifestação do pensamento.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, vol. I, 2005, p. 588.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 588.

<sup>137</sup> COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 123.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>139</sup> ESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, Vol. I, 2005, p. 589.

No âmbito do direito de família, o princípio da liberdade é amplamente aplicado, sobretudo na escolha da constituição de uma unidade familiar entre casamento e união estável vedada por lei a intervenção de pessoa pública ou privada conforme determina o artigo 1513 do Código Civil Brasileiro. As pessoas têm livre decisão acerca do planejamento familiar (artigo 1556 do Código Civil Brasileiro) só podendo intervir o Estado para propiciar educação<sup>140</sup>. Ainda, é de livre decisão dos cônjuges a determinação do regime matrimonial, conforme expressamente determinado no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.639 § 2º, constituindo um “descalabro cercear essa mesma escolha de regime de bens aos que completam 70 anos de idade”.<sup>141</sup>

Portanto, assim como os outros princípios constitucionais, o princípio da liberdade se aplica a todos, independente de raça, cor ou idade. Para que tal princípio não sofra qualquer restrição, por ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tem de estar expressa ou até mesmo implicitamente, na própria Constituição Federal. Sendo assim, qualquer norma infraconstitucional que impuser uma restrição à liberdade de uma pessoa é tida como inconstitucional.

## 2.2 Estatuto do Idoso e sua Perspectiva Principiológica

O Estatuto do Idoso, sacramentado pela Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003, regula todos os direitos inerentes às pessoas com idade superior a 60 anos. No entanto, a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, regulamentada pelo Decreto n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995, ao estabelecer benefício previdenciário para idoso e portadores de deficiência física inicialmente era para maiores de 70 anos<sup>142</sup>. Tal limite caiu em 1º de janeiro de 1998 para 67 anos e em 1 de janeiro de 2000 para 65 anos. Acredita-se que a adoção dos limites se deu em decorrência da disponibilidade orçamentária e não por critérios de capacidade ou de saúde pública vez que o conceito de idoso vem sendo cada vez mais retardado face ao aumento de vida média da população<sup>143</sup>. Sendo assim, a alteração do limiar da velhice cria “uma zona fronteira em que indivíduos que antes eram considerados velhos

<sup>140</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 5, 2002, p. 21.

<sup>141</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

<sup>142</sup> O INSS, através da Resolução n. 324, publicado no DOU de 21 de dezembro de 1995.

<sup>143</sup> MARCIAL, Danielle. **O direito do idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 16.

deixam de sê-lo, excluindo desse segmento pessoas que ficam aturdidas, sem saber como proceder”.<sup>144</sup>

O Estatuto tem como prioridade, conforme dispositivo presente no artigo 2º da referida lei, a imediata aplicação de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se lhe todas as oportunidades e facilidade, para preservação de sua saúde física e mental, aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. O objetivo da Política Nacional do Idoso é “de criar condição para promover a autonomia, integração e participação efetiva do idoso na sociedade”.<sup>145</sup>

Para muitos doutrinadores, o Estatuto do Idoso não tem dispositivos renovadores, no entanto, indubitavelmente, inaugurou uma nova era no reconhecimento dos direitos dos idosos. Sendo assim, o Estatuto conferiu um “tratamento sistemático à matéria tratando dos diversos setores jurídicos”<sup>146</sup>, reconhecendo direitos importantes ligados à saúde, à liberdade, ao respeito, à vida, ao transporte, entre outros<sup>147</sup>. Por tal razão, os direitos dos idosos “possuem uma aplicação especial, em razão das próprias características de vulnerabilidade dessa categoria social”.<sup>148</sup>

No que concerne aos princípios norteadores da Política Nacional do Idoso, Celso Antônio Bandeira de Mello relata que a violação de um princípio é mais grave do que transgredir uma norma, pois:

“Implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, costumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>146</sup> GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

<sup>147</sup> STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **O idoso e a dignidade da pessoa humana. O cuidado como valor jurídico**. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140.

<sup>148</sup> GODINHO, Robson Renault. Op.cit., p. 26.

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 300.

Assim é essencial saber quais princípios que a lei estabelece principalmente para o idoso para que possam ser trabalhados e implementados na consciência da sociedade. São diversos os princípios estabelecidos na Política Nacional do Idoso e no Estatuto do Idoso. Para fins de análise da inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro, os princípios aplicados são o direito à vida, à liberdade, ao respeito e à saúde.

### 2.2.1 Direito ao Respeito

A previsão do direito ao respeito não precisaria ser repetida no Estatuto do Idoso visto que, como qualquer pessoa, os idosos são titulares de direitos fundamentais à própria existência. No entanto, com o advento da velhice, tais direitos tendem a não ser respeitados, pois a sociedade brasileira não está preparada para lidar com o envelhecimento da sua população.<sup>150</sup>

O artigo 10, § 2 da lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, preceitua que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais”. Ainda, o *caput* do referido artigo determina ser obrigação tanto do Estado quanto da sociedade assegurar à pessoa idosa o respeito.

O direito ao respeito consubstancia-se na manutenção da integridade do idoso no seu aspecto físico, psíquico ou moral, pois tal integridade sofre diversos ataques com o advento da velhice. O ordenamento jurídico protege os direitos dos que envelhecem, reconhecendo as condições peculiares do envelhecimento físico e psíquico para que em cada etapa desse processo seja garantido o direito a integridade.

É equivocado quando se tratar do idoso a utilização do conceito de proteção à integridade como uma simples regra de um resguardo de um indivíduo. O direito à integridade envolve outros direitos como, por exemplo, o direito a escolha. É necessário que o idoso tenha garantido e protegido o seu exercício de opção vez que não há no Brasil a presunção de incapacidade para os atos da vida civil. Pelo contrário, a incapacidade precisa ser comprovada por meio de um processo de interdição, não sendo este o caso, como qualquer

---

<sup>150</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72.

cidadão, o idoso tem de ser visto como uma pessoa lúcida e, sendo assim, suas escolhas devem ser respeitadas.<sup>151</sup>

Nesse sentido, o artigo 10, § 1 da Política Nacional do Idoso preceitua que “É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada”. Portanto, o Estatuto do idoso garante ao idoso, como regra, o direito de gerir seus bens, só podendo estes ser restringidos nos casos da incapacidade comprovada judicialmente. Ainda, o § 2 do artigo 10 da referida lei estabelece que “nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir os seus bens, ser-lhe-á nomeado um curador especial em juízo”. Portanto, novamente o idoso é tido como plenamente capaz devendo o Estado e a sociedade respeitarem suas decisões, salvo no caso de interdição deste que deverá ser instruído com provas hábeis para comprovar sua incapacidade.

### 2.2.2 Direito à Saúde

No Brasil, o direito universal à saúde está previsto em inúmeros dispositivos da Constituição Federal da República. Em vários deles, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, conforme artigo 196 da Carta Magna. Entende-se por direito à saúde o “acesso universal e equânime a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, que garantem a integralidade da atenção indo ao encontro das diferentes realidades e necessidade da saúde da população e dos indivíduos”.<sup>152</sup>

A Política Nacional do Idoso, lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994 em seu artigo 10, inciso II, garante ao idoso a assistência à saúde, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde. Prever ainda a criação de programas e de serviços alternativos para o idoso, a adoção de normas de funcionamento às instituições geriátricas e similares. No entanto, apesar de haver previsão expressa para a proteção da saúde do idoso, devendo este em relação ao princípio do respeito poder optar pelo tratamento que melhor lhe convier, há casos que fazem parte não só da literatura jurídica, mas também da médica<sup>153</sup> de “idosos interditados como senis quando não o são, com o objetivo de acessar o seu patrimônio. Cabe, portanto, ao idoso o direito de escolha do tratamento que melhor lhe convém, inclusive optar pelo não tratamento.

---

<sup>151</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 74.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>153</sup> MARCIAL, Danielle. **O direito do idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 20.

No caso do idoso ser internado como senil quando não o é, a configuração do delito é difícil de provar vez que a internação contra a vontade do paciente está sob “a capa da legitimidade do exercício da medicina e contra o velho existe o preconceito de que todos são senis<sup>154</sup>”. Apesar da incapacidade do idoso ter de ser comprovada judicialmente para que haja sua interdição, em mais um aspecto o direito do idoso tende a ser violado com a presunção inclusive pela parte dos médicos de que a maioria é senil.

Com o advento do Estatuto do Idoso no que concerne ao direito à saúde, este teve como missão de provocar a sociedade para a questão da saúde dos idosos e dar maior previsibilidade aos direitos previstos em várias outras leis. O Estatuto trata da saúde em seus artigos 9º, 15, 16, 17, 18 e 19. Tais dispositivos tendem regulamentar o artigo 196 da Carta Magna, que obriga ao Estado garantir um acesso pleno e igualitário dos idosos aos serviços de saúde.

### 2.2.3 Direito à Liberdade

O direito à liberdade está previsto no artigo 10 § 1º do Estatuto do Idoso compreendendo a faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários; opinião e expressão; crença e culto religioso; prática de esportes e de diversos; participação na vida familiar e comunitária; participação na vida política, na forma da lei; faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

O direito à liberdade significa que o idoso tem direito de continuar fazendo suas próprias escolhas sem a interferência de terceiros. Portanto, devido ao direito à liberdade, pode o idoso optar não só pelo tratamento de saúde que lhe for mais conveniente como também até pela não realização de tal tratamento. Sendo assim, tal direito deve “garantir a liberdade ao idoso e pressupõe reconhecê-lo como cidadão de direitos civis, políticos, individuais, sociais e culturais, na sua mais ampla concepção”.<sup>155</sup>

O direito à liberdade está inexoravelmente ligado à autoestima do idoso, a sua qualidade de vida e a ser respeitado pela sociedade. Tal direito também não pode ser restringido. O idoso é um cidadão assim como os mais jovens, por isso, pode atuar de forma participativa e opinativa na sociedade. No entanto, o idoso está em uma situação de perdas

<sup>154</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>155</sup> ABREU, Hélio. **Estatuto do idoso - comentários**. Disponível em <[helioabreu.com/wp-content/plugins/download.../download.php?id...](http://helioabreu.com/wp-content/plugins/download.../download.php?id...)>. Acesso em 24 mar. 2013.

continuadas do ponto de vista vivencial, há uma diminuição do suporte sociofamiliar, do declínio físico e de maior frequência de doenças<sup>156</sup>. Ainda, são comuns, relatos de idosos que são proibidos de exercer uma série de atividades por imposição dos filhos, familiares ou conhecidos que, por atitudes equivocadas, os igualam a crianças e adolescentes, o que é inaceitável, uma vez que o idoso tem liberdade para fazer suas escolhas, que devem ser respeitadas.<sup>157</sup>

Nesse contexto, aplica-se o direito à igualdade para resguardar aos idosos o direito de ter as mesmas prerrogativas que as demais pessoas que vivem na sociedade. Dessa forma, é livre o idoso para determinar todas as decisões inerentes à sua vida.

#### 2.2.4 Direito à Vida

O direito à vida é um dos direitos mais amplos. O idoso, assim como qualquer outro cidadão, tem direito de “viver, preferencialmente, junto à família que, somada à sociedade e ao Estado, têm de ampará-lo, garantindo-lhe o direito à vida”<sup>158</sup>. Nesse sentido, o Estatuto do Idoso, como medida protetiva, determina em seu artigo 2º que o idoso tem todos os direitos comuns a qualquer cidadão, sem prejuízo da proteção específica:

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

Sendo assim, enquanto o idoso estiver vivo, o Estado e a sociedade terão de ampará-lo para que possa viver de forma digna e livre conforme suas decisões e opções de vida. Tal direito deverá ser aplicado de forma ampla.

Ainda, o artigo 9º, do Estatuto do Idoso preceitua que “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais e públicas que permitem um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Assim, o artigo 9º, do Estatuto do Idoso em conjugação com os artigos 5º e 230 da

---

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 74.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 62.

Constituição Federal da República estabelece ser competência do Estado a criação de políticas públicas que garantam a proteção à vida e à saúde do idoso.

### 2.3 Proteção do Idoso no Código Civil Brasileiro

O Estatuto do Idoso é uma lei especial que foi promulgada posteriormente ao atual Código Civil Brasileiro. Não significa, porém, necessariamente, a aplicação excludente de uma das leis. Não impede que haja um diálogo entre as leis, mas antes o recomendando uma espécie de fungibilidade recíproca onde ambas as leis devem “formar um sistema comunicativo e eficaz para a tutela dos direitos”<sup>159</sup>. Evidentemente, já que não caberia ao Código Civil Brasileiro tratar sistematicamente dos direitos dos idosos, é o Estatuto do Idoso a principal legislação de regência. No entanto, é evidente a influência da lei civil. Ainda, é certo que o Estatuto do Idoso repercute na interpretação dos dispositivos do Código Civil que se relacionam aos idosos.<sup>160</sup>

Ao tratar da relação entre o Estatuto do Idoso e o Código Civil, Nelson Nery Júnior e Martha de Toledo Machado afirmam que “no que o Estatuto decorrer do sistema constitucional especial de proteção dos direitos fundamentais, é lei especial e prepondera; nos demais casos não há especialidade e prevalece o Código Civil”<sup>161</sup>. Sendo assim, o critério é útil para identificação das proteções do idoso e como soluciona quando houver dispositivo contrário entre o Estatuto do Idoso e o Código Civil Brasileiro, sendo que pelo todo exposto, ainda por ser uma lei especial que foi promulgada após a lei civil é certo que esta prevalece.

#### 2.3.1 Aspectos Relacionados à Capacidade

O ordenamento civil elegeu os seres humanos, pessoas naturais como titulares da relação jurídica, dando-lhes aptidão para prática de atos da vida civil. A capacidade surge, como “a medida jurídica da personalidade – que é reconhecida a todos”<sup>162</sup> dividindo-se em capacidade de direito, aquisição ou de gozo reconhecida a toda e qualquer

<sup>159</sup> GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.

<sup>160</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”**. Código de Defesa do Consumidor e o Código civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

<sup>161</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo código civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e de direito intertemporal. **Revista de Direito Privado** n. 12, RT, outubro/dezembro de 2002, p. 16.

<sup>162</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 206.

pessoa, uma vez que “para ter direitos na ordem civil todo homem é capaz, porque pessoa”<sup>163</sup> e a capacidade de fato ou denominada de exercício é a aptidão para praticar pessoalmente por si só os atos da vida civil. Ilustrando a matéria, afirma-se que uma criança de 6 anos possui capacidade de direito não dispondo da capacidade de fato uma vez que não lhe é possível praticar pessoalmente qualquer ato da vida civil.<sup>164</sup>

Sendo assim, é denominada a plena capacidade jurídica quando a ordem jurídica possibilita a atuação de um titular de um direito no plano concreto, sem qualquer auxílio de terceiros. Para Moacyr Amaral, “enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum” prendendo-se à ideia de quantidade e, por conseguinte admitindo a “possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”<sup>165</sup>. Dessa forma, enquanto a personalidade exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos que é reconhecida a todas as pessoas humanas, a capacidade é a possibilidade de praticar pessoalmente os atos da vida civil.

Sendo assim, no dizer objetivo de Francisco Amaral, “a capacidade de direitos é a aptidão para titularidade de direitos e deveres enquanto a capacidade de fato é a possibilidade de praticar atos com efeito jurídico, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas”<sup>166</sup>. Então, a capacidade de fato resulta no preenchimento de condições legais.

Partindo da ideia de que a capacidade é a regra, e a incapacidade é a exceção<sup>167</sup>, as hipóteses de restrição da plena capacidade estão previstas no Código Civil. O artigo 3º da referida lei determina que são absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. A incapacidade absoluta consiste na

<sup>163</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

<sup>164</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. *Op.cit.*, p. 206.

<sup>165</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV, p. 137.

<sup>166</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123.

<sup>167</sup> Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, in RTJ 95.349.

“impossibilidade do exercício dos atos da vida civil. Suas causas ligam-se ao estado individual da pessoa: a idade e a saúde”<sup>168</sup>.

Ao se tratar do absolutamente incapaz, é irrelevante do ponto de vista jurídico, a vontade destes que deverão ser representados por terceiros. O representante praticará os atos da vida civil em nome do representado. Dessa forma, a incapacidade absoluta veda expressamente o exercício das situações jurídicas, pessoalmente pelo titular. É certo, então, que os atos praticados pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito, não decorrendo deles qualquer efeito jurídico conforme preceitua o artigo 166, I, do Código Civil.

No entanto, no caso do idoso, a senectude (velhice) por si só não pode gerar a incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa em face da “compreensão restritiva do rol limitador da plena capacidade”<sup>169</sup>. Aliás, a própria lei do Estatuto do Idoso, lei n. 10.741, de 2003, estabelece especial proteção para pessoa maior de sessenta anos, com a utilização da expressão da universalização do exercício da cidadania entendendo que o idoso merece tratamento diferenciado tal como prioridade de atendimento, aposentadoria por idade etc, como expressão do reconhecimento de sua dignidade.

A incapacidade relativa “atinge certos atos ou a maneira de exercê-los. Suas causas também se prendem ao estado individual encarado sob o ponto de vista da idade do sexo e da saúde”<sup>170</sup>. Conforme determina o Código Civil em seu artigo 4º são relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos.

Os relativamente incapazes também necessitam de proteção jurídica, porém em grau inferior aos absolutamente incapazes. Sendo assim, os atos jurídicos praticados pelos relativamente incapazes diferentemente dos absolutamente incapazes são passíveis de anulação ( artigo 171, I do Código Civil Brasileiro) já produzindo efeitos até o momento que sobrevenha decisão judicial ( artigos 171 e 172 do Código Civil Brasileiro).<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> GOMES, Orlando **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155.

<sup>169</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1, p. 79.

<sup>170</sup> GOMES, Orlando. Op.cit., p. 156.

<sup>171</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 211.

Portanto, o idoso também não é considerado relativamente incapaz em virtude de sua idade. Excluídas as hipóteses de incapacidade previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, para que a pessoa seja considerada incapaz, exige-se o reconhecimento judicial da causa geradora da incapacidade através de sentença proferida em ação de interdição<sup>172</sup>. Nesse sentido, caso o idoso venha a ser senil até que seja interditado para todos os atos de sua vida civil, é considerado plenamente capaz, e o mero critério cronológico etário não é suficiente para interditá-lo<sup>173</sup>. Para que o idoso, assim como qualquer outro cidadão, seja interditado, a legislação brasileira corretamente exige conforme os dispositivos nos artigos 1.181 a 1.183 do Código de Processo Civil, a realização de perícia e de interrogatório do interditado realizado pelo juiz para instruir o procedimento.

### 2.3.2 Alimentos

Os alimentos repercutem sobre os idosos como devedores ou como credores. Visando à proteção do idoso, a Constituição Federal em seu artigo 229 determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”. Tal amparo está igualmente previsto na legislação civil que em seu artigo 1696 determina que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Sendo assim, pode o idoso ser compelido a fornecer alimentos, ou seja, estar presente no polo passivo de uma demanda alimentícia, no entanto, pode este também ser quem pleiteie os alimentos. Ainda, o Estatuto do Idoso determina em seu artigo 11 que os alimentos serão prestados na forma da lei civil. No entanto, o artigo 12 da referida lei dispõe que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”. Para Maria Berenice Dias, uma das mais significativas modificações trazida pelo Estatuto do Idoso é a liberdade de escolha pelo idoso do prestador de seus alimentos, podendo escolher qualquer parente entre filhos, netos e sobrinhos até o segundo grau<sup>174</sup>. Não precisa então observar a ordem de chamada como determina o próprio código civil em seu artigo 1696 da referida lei.

---

<sup>172</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol.1, p. 83.

<sup>173</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1, p. 85.

<sup>174</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 48.

Tal dispositivo é visto como uma garantia do idoso, sendo uma proteção ainda maior para as pessoas com uma idade mais avançada, pois os alimentos guardam fundamental importância para não só a preservação da sua vida digna sendo “elementar para o idoso ser amparado com absoluta efetividade em sua velhice, porque tem menor expectativa de vida e não dispõe de tempo, condições físicas e mentais para se envolver com morosas pendengas judiciais”<sup>175</sup>. Ainda, com essa maior proteção garantida ao idoso, há, portanto, uma conferência da eficiência e eficácia no que diz respeito à alimentação do idoso, visto que não precisa primeiramente pedir alimentos aos seus parentes mais próximos de grau para depois alcançar os de grau mais distante que possam porventura ter uma situação econômica melhor.

### 2.3.3 Escusa de Tutela

Outra proteção garantida ao idoso é a possibilidade de se escusar da tutela. A escusa de tutela é a faculdade que detêm a mulher casada, pessoa maior de 60 anos, quem tiver mais de três filhos, quem estiver acometida de enfermidade física ou mental que possa ser agravada com o encargo, quem já exerceu a tutela dele ou do menor, ou foi curador ou o militar em serviço que possa ser designado para atuar em local distante do domicílio do menor, tem de se escusar de exercer o múnus.<sup>176</sup>

Para Arnaldo Rizzardo, apesar de o idoso ser plenamente capaz, a justificação da garantia de tal benefício ocorre em regra porque “em face da idade de já estarem consolidados em determinado padrão de vida, mostra-se inoportuno exigir que tais pessoas assumam esse novo compromisso”.<sup>177</sup>

Tal benefício é concedido aos idosos, pois nessa idade em geral, tais pessoas já estão liberadas dos encargos de criação e de atividade laboral, portanto, tem o idoso essa opção de escolha se quer ou não assumir tal encargo. É necessário ressaltar que a possibilidade de escusa de tutela não ocorre em razão da legislação considerar que o idoso não tenha capacidade para exercer a tutela, mas sim para configurar uma maior proteção para os que já estiverem nessa faixa etária. Então tal benefício não é uma discriminação contra o idoso, pois este pode livremente optar por assumir o encargo da tutela.

<sup>175</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *apud* SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais, proteção e restrições**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

<sup>176</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 415.

<sup>177</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 943.

### 2.3.4 Visitação e Guarda

Ao contrário do que determina outros países, o Brasil não prevê o direito de visita dos avós, o que não impede seu reconhecimento pela doutrina<sup>178</sup> visando à preservação dos laços afetivos entre ascendentes e descendentes. O direito de convivência está expresso no artigo 227 da Constituição Federal da República que determina que:

“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Sendo assim, o direito de visita dos avós está calcado na convivência familiar. Evidentemente, esse direito e consequentemente o direito de visita não é absoluto, e pode ser negado caso seja prejudicial para um dos envolvidos.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, encontra-se a seguinte citação.

"Apenas em circunstâncias especiais deve ser negado o pedido dirigido a alcançar o direito de visita, como nos graves conflitos entre a educação e a formação exigida pelos pais, e aquela pretendida inculcar pelos avós, ou se advém influência negativa do contato com os avós, ou, ainda, se, com estes, ficam sujeitos a perigos os netos. Não se justificam, para impedir o direito, as questões pessoais ou as divergências que, mais frequentemente, nutre a mãe relativamente à avó paterna de seus filhos, e muito menos a alegação de métodos antiquados pelos avós no trato e na educação dos netos".<sup>179</sup>

Nesse sentido, o direito de visita é visto como uma regra saudável, para proteger a convivência do menor, havendo inclusive diversos artigos que determinam uma transferência mútua de direitos e deveres entre netos e avós. Em matéria de guarda, o artigo 1584 em seu parágrafo único do Código Civil Brasileiro estabelece que:

“Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”.

<sup>178</sup> BOSCHI, Fábio. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

<sup>179</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e Deveres dos Avós – Alimentos e Visitação. **Revista IOB de Direito de Família**. 45 – dez.jan./2008.

Portanto, o direito de guarda dos avós ocorre quando se verificar que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, nesse caso, deverão ser levados em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade, que podem ser os avós.

Dessa forma, o direito de guarda e de visitação, apesar de não ser um direito absoluto, o entendimento da doutrina é de que só poderá ser restrito quando a convivência com os avós for prejudicial para a criança ou para o próprio idoso. É necessário ainda lembrar que, correlatamente ao direito de visitação dos avós, existe o direito de estes serem visitados pelos netos também para garantir uma velhice afetuosa e solidária.<sup>180</sup>

### 2.3.5 Separação Obrigatória de Bens

O Código Civil Brasileiro manteve a regra do critério etário como justificador da hipótese de separação obrigatória de bens. Diferente do regime anterior, do Código Civil de 1916, o critério etário observa a igualdade da idade fixada, conforme preceitua o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro.

Há muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência se a separação obrigatória de bens imposta para pessoa com idade superior a 70 anos é uma proteção ou uma discriminação. Para os doutrinadores que defendem a regra da separação obrigatória de bens para pessoa maior de 70 anos, concordam com a justificativa apresentada por Arnaldo Rizzardo. Clovis Beviláqua afirmava que as pessoas nessa faixa etária passaram da idade em que o casamento é realizado por impulso afetivo, e “receando que interesses subalternos ou especulações pouco escrupulosas provoquem casamento inadequado, a lei impôs a separação obrigatória de bens”<sup>181</sup>. Para Arnaldo Rizzardo, ao analisar o novo Código Civil, entende-se que essa regra visa a prevenir o casamento entre pessoas com excessiva diferença de idade, pois as pessoas mais novas que se casarem com o idoso buscam servir-se do casamento para conseguir vantagem econômica e participar do patrimônio do cônjuge mais idoso<sup>182</sup>. Portanto, para Arnaldo, assim como os inúmeros outros doutrinadores que são a favor desse artigo,

<sup>180</sup> RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **A pessoa Idosa e sua convivência familiar. A ética da convivência familiar:** sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>181</sup> BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 6ª tir. Vol.1. Edição histórica, s/d. Rio de Janeiro: Rio, p. 645. Registre-se que Carvalho Santos, ao comentar o mesmo dispositivo, adere esse entendimento: SANTOS, Carvalho. **Código civil interpretado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, Vol. V, p. 52.

<sup>182</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 665.

acreditam que a imposição de regime de bens para o idoso é uma proteção garantida ao idoso para que pessoas não auferam vantagem econômica, aproveitando do patrimônio do idoso.

É necessário ressaltar que os argumentos utilizados por Beviláqua no passado e por Arnaldo no presente revelam apenas suposições preconceituosas sem nenhuma comprovação científica<sup>183</sup>. Sendo assim, as justificativas apresentadas parecem insubsistentes não havendo, portanto, mais lugar para essa limitação da capacidade do idoso de dispor sobre o próprio patrimônio<sup>184</sup>. Ainda, essa presunção absoluta da incapacidade pelo abstrato critério etário mostra-se incompatível com os princípios constitucionais, os previstos no Estatuto do Idoso e não encontra nenhum respaldo científico, e deve ser afastado no caso concreto.

Caso o idoso não esteja em condições de administrar os seus bens, o próprio Código Civil Brasileiro determina os meios técnicos de tutela, não podendo, pois, haver uma lei discriminatória. Observa-se que há falhas no raciocínio de Arnaldo Rizzardo vez que o dispositivo da separação obrigatória de bens incidirá mesmo no casamento de pessoas com idades mútuas e próximas. Além do mais, o mesmo doutrinador acredita que apenas jovens se aproveitariam do patrimônio do idoso, isentando assim os idosos de qualquer má-fé.

Sendo assim, é necessário analisar o ponto de vista presente da jurisprudência e dos doutrinadores mais influentes. Relata-se que a imposição do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro é bastante controversa na doutrina e na jurisprudência quanto primeiramente à constitucionalidade do referido dispositivo e se a separação obrigatória de bens é uma proteção para o idoso ou mera discriminação.

---

<sup>183</sup> GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

<sup>184</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 479.

### **3 ASPECTO DOGMÁTICO EM RELAÇÃO AOS IDOSOS COM IDADE SUPERIOR A 70 ANOS**

Atualmente, existem inúmeros doutrinadores bem como jurisprudência a favor do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro que justificam a imposição da separação obrigatória de bens como mais uma proteção garantida à pessoa com idade superior a 70 anos. Para esses doutrinadores, quando se há casamento com pessoa com idade superior a 70 anos, geralmente trata-se de interesse em auferir vantagem referente ao patrimônio do idoso. Dessa forma, para tais doutrinadores, fez certo o Código Civil Brasileiro em manter essa proteção ao idoso referente à imposição do regime de separação obrigatória de bens, pois a parte mais vulnerável nessa relação, o idoso, estaria sendo protegido.

Em contrapartida, para inúmeros outros doutrinadores e alguns inclusive com respaldo na jurisprudência, a imposição prevista no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro é inconstitucional. Trata-se de discriminação à pessoa com idade superior a 70 anos, que é tida como absolutamente incapaz não podendo esta optar em se casar pelo regime que melhor lhe convier. Trata-se ainda de dispositivos que infringem princípios constitucionais, dispositivos previstos no próprio Código Civil Brasileiro e os princípios previstos no Estatuto do Idoso.

Sendo assim, antes de abordar a defesa da inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, é necessário analisar os argumentos dos doutrinadores a favor da imposição da separação de regime obrigatório de bens à pessoa maior de 70 anos bem como os que são contra. É essencial também a busca na jurisprudência no que concernem as garantias e imposições aos idosos com idade superior a 70 anos.

#### **3.1 Doutrina Favorável ao Artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro**

Para os doutrinadores que são a favor da imposição prevista no artigo 1641, II, do Código Civil, trata-se de restrição eminentemente protetiva em que se objetiva obstar a realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. Ainda, diferente do Código Civil de 1916, no qual tal restrição era imposta ao homem com mais de 60 anos e à mulher com mais de 50 anos, o diploma de 2002 estabelece a mesma idade para todos sem distinção

de sexo, observando assim a isonomia constitucional<sup>185</sup>. Dessa forma, em razão da proteção que é concedida ao idoso e ao seu patrimônio, para os que defendem essa corrente de pensamento, a separação obrigatória imposta à pessoa maior de 70 anos é constitucional.

Para os que acreditam nessa corrente, se a restrição da separação obrigatória de bens para pessoa com idade superior a 70 anos fosse retirada, acarretaria na remoção da defesa do idoso em relação ao seu patrimônio. Nesse sentido, é o entendimento de Silva Salvo Venosa:

“[...] o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e, quando não mais se consorciavam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso”.<sup>186</sup>

Portanto, é o entendimento para os doutrinadores que defendem essa corrente que a imposição do regime de separação de bens visa à proteção exclusivamente do patrimônio do idoso, não permitindo que outros visando a auferir vantagem econômica se casem com estes meramente por interesse. Nesse sentido, explica Cozzi que “[...] a questão da proteção ao patrimônio de pessoas que acumularam durante a vida um considerável acervo de bens possam ser prejudicados por “interesses” advindos de pessoas de menor índole intelectual ou do próprio ser, o vulgo “golpe do baú”.<sup>187</sup>

Defendendo a manutenção dessa norma, pondera Ênio Santarelli Zuliani que é cabível a intervenção do Estado nessa questão, pois trata-se de ordem preventiva visando à garantia da paz familiar ao preservar que o patrimônio adquirido através de uma história de lutas e sacrifícios da família não seja dissolvido<sup>188</sup>. Ainda nesse mesmo sentido, visando à defesa dessa norma, encontra-se a posição do nobre jurista que em sua obra preceitua que:

“Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com

<sup>185</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 479.

<sup>186</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 326.

<sup>187</sup> GONÇALVES, Leonardo Alves. **A inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro frente ao princípio constitucional da isonomia**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5196](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5196)>. Acesso em: 1 abr. 2013.

<sup>188</sup> VEIGA, Flávio Adolfo. Novo Código Civil: aspectos relevantes. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 22, n. 68, p. 36, dez. 2002.

outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse.[...] Achamos, por isso, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que querem enriquecer por via de um casamento de conveniência [...]”<sup>189</sup>.

Tem-se o entendimento de que as pessoas com idade superior a 70 anos são tidas como mais frágeis e, portanto, necessitam de uma proteção maior do Estado principalmente no que diz respeito a terceiros que visam a auferir alguma vantagem em relação ao patrimônio dos idosos. Com essa norma, os idosos não se tornarão presas mais fáceis para o enriquecimento dos que têm interesse em seus patrimônios.

Ainda, para inúmeros doutrinadores, tais como a professora Regina Beatriz Tavares da Silva, atualizadora da obra de Washington de Barros Monteiro, o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro não afronta nenhum princípio constitucional, não havendo nenhuma violação constitucional que justificasse a declaração da inconstitucionalidade do referido artigo. Argumenta ainda que os limites à liberdade individual existem em várias regras do ordenamento jurídico especialmente no direito de família conforme previsão disposta no artigo 1521 que dispõe sobre os impedimentos. Seu entendimento é de que:

“Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, n. I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, n. I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.”<sup>190</sup>

<sup>189</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 208.

<sup>190</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 217/218.

Mais uma vez está presente o argumento de que os que se casam com pessoas idosas, geralmente são por outros motivos além do simples amor. Para evitar que os idosos sejam reconhecidos pelas suas fortunas e induzidos a se casarem com pessoas interesseiras que visam a auferir alguma vantagem financeira do idoso e de seus familiares, surge a obrigação da separação obrigatória de bens imposta aos que são tidos como mais fracos nessa relação. Dessa forma, a imposição prevista no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro não só visa a proteger o idoso, mas também o seu patrimônio e conseqüentemente os seus familiares, pois, caso não estivesse presente tal norma, o patrimônio do idoso seria transferido ao cônjuge que se casou por meros interesses financeiros em detrimento dos familiares.

Na seqüência, enfatizando a importância de manutenção da referida norma por mais uma vez demonstrar a fragilidade do idoso que por ter uma maior carência está predisposto a cair em golpes de pessoas que visam somente a vantagens financeiras. Diz Beatriz Tavares:

“Como bem justificou o Senador Josphat Marinho na manutenção do artigo 1641, II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras”.<sup>191</sup>

Portanto, o argumento recorrente aos que defendem a constitucionalidade da imposição de separação de regime de bens para os que têm idade superior a 70 anos é de seu caráter excepcionalmente protetivo. Para os doutrinadores desse pensamento, trata-se de uma norma necessária e que não infringe as normas constitucionais e princípios previstos no Estatuto do Idoso. Trata-se então de uma norma que não só protege o idoso, mas sim toda sua família de pessoas que visam a auferir vantagem econômica ao se aproveitar da carência do idoso.

Ainda, para os doutrinadores a favor da manutenção do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, o estado deverá ser capaz de intervir, pois se visa ao bem maior não permitir que pessoas mais frágeis sejam injustiçadas, ou seja, caiam em golpes e percam o

---

<sup>191</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 217/218.

patrimônio auferido em uma vida inteira. Sendo assim, não há uma discriminação em relação à pessoa idosa, mais sim uma maior proteção garantida a este, pois poderá se casar e realizar todas suas vontades, no entanto, caso o casamento não dê certo, seu patrimônio estará resguardado de interesseiros. Merecem então em razão de sua idade e fragilidade uma proteção ainda maior em relação a terceiros que, na maioria das vezes, principalmente em se tratar em casamento de pessoas mais jovens com idosos, não os amam, mas pretendem lucrar com base na carência destes.

Por fim, trata-se de “norma cultural e socialmente aceita, pois dificilmente o leigo se espanta ao dela tomar conhecimento. Pelo contrário, reconhece-lhe razoabilidade”.<sup>192</sup>

### 3.2 Doutrina Contrária ao Artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro

Antes de analisar a corrente majoritária contrária ao artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, é necessário ressaltar os motivos para majoração de 60 anos para 70 anos constante no referido artigo. O Projeto de Lei 108/2007, apresentado pela Deputada Solange Amaral, que originou a lei 12344/2010, teve como justificativa que, quando da edição do Código Civil de 1916, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade. Alegou a autora do Projeto de Lei que “em decorrência da maior longevidade da qual passou a desfrutar o brasileiro, sobretudo acarretado pelo melhoramento das suas condições de vida, impõe que seja modificado o Código Civil”.<sup>193</sup>

No entanto, contrariando a justificativa da autora do projeto, Maria do Carmo Alves, relatora primitiva da matéria no senado, sintetizou que:

“[...] nos parece anacrônico impor à pessoa maior de sessenta anos, haja vista sua plena capacidade para exercer os atos da vida civil, a norma encartada no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, que obriga o regime da separação de bens no casamento, até porque os bens da pessoa idosa, e que foram por ela conquistados, não só podem – como devem – ser partilhados

<sup>192</sup> BARRUFFINI, Frederico Liserre. **Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos - Antes e depois do novo Código Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, 31 de agosto de 2008. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5092](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5092)>. Acesso em 1 abr. 2013.

<sup>193</sup> AMARAL, Solange. **Comissão de Constituição e justiça e de cidadania**. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FF007F0EC2E285F69ECCC51D6540AE85.node2?codeor=508586&filename=Tramitacao-PL+108/200](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FF007F0EC2E285F69ECCC51D6540AE85.node2?codeor=508586&filename=Tramitacao-PL+108/200)>, Acesso em 2 abr. 2013.

na forma que ela entender ser a melhor, ainda que o futuro casamento não persista por muito tempo”.<sup>194</sup>

A doutrina de forma quase unânime tem se posicionado no sentido de que a imposição prevista no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, afetividade e solidariedade<sup>195</sup>. No que concerne à imposição da separação obrigatória para pessoa com idade superior a 70 anos, Pontes de Miranda adverte que nesse caso “o legislador não consulta vontades, dita a norma”<sup>196</sup> e estando os nubentes, um ou ambos, sujeitos a tal regime, de nada vale a sua expressão de vontade visto que não terão acesso a nenhum outro regime por mais que quissem.

Nesse sentido, Francisco José Caháli, atualizando a obra de Silvio Rodrigues<sup>197</sup>, pondera que a restrição imposta às pessoas com idade superior a 70 anos se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado é excessiva e injustificada. Afirma que:

“talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se case pelo regime da comunhão se assim lhes”

Ainda no entender de Francisco José Caháli, propõe a solução de que

“melhor se teria se o novo código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção ou ao menos a possibilidade de mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime”<sup>198</sup>

Também, Caio Mário da Silva Pereira, na obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, afirma que a restrição imposta

<sup>194</sup> NADU, Amílcar. **Lei 1212344/2010**. Disponível em <<http://www.direitointegral.com/2010/12/lei-12344-separacao-bens-casamento-70.html>>. Acesso em 2 abr. 2013.

<sup>195</sup> GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**- 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 465.

<sup>196</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**, atualizado por Alves, Vilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, vol. III, 2002, p. 236.

<sup>197</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Caháli. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, p. 144-145.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 144-145.

“não encontra justificativa econômica ou moral, pois a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesses nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir”.<sup>199</sup>

Sendo assim, faz com que o argumento dos doutrinadores favoráveis à manutenção de tal artigo seja em vão, vez que, se tal artigo fosse uma proteção para pessoa maior de 70 anos, teria também que ser imposta aos outros, pois não só com o idoso que podem ocorrer esses matrimônios por interesses, o mesmo pode existir em todas as idades.

João Batista Villela, por sua vez, sublinha que “a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade”<sup>200</sup>. Mais uma vez resta presente o argumento de que tal artigo é um reflexo do Código Civil de 1916, que era patrimonialista e individualista. Tal artigo não deveria, portanto, ser recepcionado no Código Civil de 2002, pois trata-se de um código que rompe com os preceitos do código anterior acolhendo uma nova concepção de sistema em que em tese privilegia-se o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, igualmente, ressalta que a

“hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus”<sup>201</sup>.

Portanto, Paulo Lôbo vai além dos outros doutrinadores contrários ao artigo 1641, II, do Código Civil e mostra que, além de infringir princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, redução da autonomia, estabelece restrição esta referente à liberdade de contrair matrimônio não prevista na Carta Magna. Ainda, Caramuro Afonso Francisco<sup>202</sup>, ao se referir a tal diploma, refere ser deplorável manter a separação obrigatória de bens por questão de idade dos nubentes constituindo um afronto direto ao

<sup>199</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5, p. 194.

<sup>200</sup> VILLELA, João Batista. Liberdade família. **Revista da Faculdade de direito da UFMG**, v.7, p. 35.

<sup>201</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. XVI, p. 54.

<sup>202</sup> FRANCISCO, Caramuro Afonso. **Lei de introdução ao código civil comentada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010, p. 254.

princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República.

Já para Maria Berenice Dias<sup>203</sup>, tal limitação, além de ser odiosa e inconstitucional, limita a capacidade das pessoas sem qualquer avaliação acerca do discernimento do nubente que tem idade superior a 70 anos. Ainda, argumenta que tal imposição considera o idoso inapto para poder exteriorizar seus sentimentos tendo um casamento sem imposições e sem preconceitos referente à aproximação afetiva destes com propósito material.

Por fim, é o entendimento dos doutrinadores contrários ao artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, conforme expõe Rolf Madaleno:

“Curiosa e sectária interdição, ao transformar o sexagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime de comunhão parcial, para dividir os aquestos, como produto da recíproca construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio e tampouco esteja impedido de promover doações, incluso para seu novo cônjuge”.<sup>204</sup>

Sendo assim, ressalta mais uma vez que a imposição prevista no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileira não pode ser aceita visto que transforma o idoso em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento. Levanta, no entanto, que existem formas de burlar tal restrição, pois não há lei que determine ser proibida a doação realizada por idoso, inclusive para o seu cônjuge. Assim, não podendo optar pelo regime de casamento, é cabível a realização de doação da parte disponível do idoso para quem bem lhe entender, incluído o cônjuge. Ao analisar tal argumento, parece que a imposição prevista no Código Civil que, para uma corrente minoritária, trata-se de medida protetiva, não é eficaz, pois, por meio da doação, é possível que o cônjuge que se casou com idoso por interesse possa auferir alguma vantagem econômica.

---

<sup>203</sup> DIAS, Maria Berenice. **Art. 1641: Inconstitucionais limitações ao direito de amar.** *In* Questões controvertidas no novo Código Civil. Coord. DELGADO, Mário Luiz ALVES, Jones Figuerêdo, São Paulo: Método, 2004, vol.2, p. 270.

<sup>204</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 552.

### 3.3 Análise da Jurisprudência da Separação Obrigatória de Regime de Bens referente à pessoa maior de 70 anos

Até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, ainda não se manifestou acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro. No entanto, existem julgados recentes, datado de 2003, em tribunais afirmando ser inconstitucional o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, pois contraria a tutela da dignidade da pessoa humana e presume que a pessoa com idade superior a 70 anos é incapaz.

Nessa linha de raciocínio, foi proferida decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tinha como relatora da apelação a Desembargadora Maria Berenice Dias conforme julgado:

“Ementa: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. 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. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves”.<sup>205</sup>

Trata-se de decisão proferida pela sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul datada de 27 de agosto de 2003, em que se firmou o entendimento de que a restrição imposta no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro sendo correspondente ao artigo 258 do Código Civil de 1916 é inconstitucional, pois contraria o atual sistema jurídico já que viola o princípio da dignidade da pessoa humana e pressupõe que a incapacidade ocorre por impedimento de idade.

O Superior Tribunal de Justiça sobre a separação obrigatória de regime de bens já se manifestou no sentido de que ao se tratar de união estável entre pessoas que constituíram união estável na vigência do Código Civil de 1916 em que a idade imposta

<sup>205</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Apelação Cível N° 70004348769, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/versao\\_imprensao/imprimirjurisprudencia.php](http://www3.tjrs.jus.br/versao_imprensao/imprimirjurisprudencia.php)>. Acesso em 4 abr. 2013.

referente a tal restrição era de 60 anos para homem e 55 anos para mulher, deverá obrigatoriamente ser aplicado o regime de total separação de bens. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.
2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.
3. Recurso especial provido”.<sup>206</sup>

No entanto, inovou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça conforme entendimento da quarta turma de que, apesar de se aplicar a total separação de bens para os que constituírem união estável estando em conformidade com o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro de 2002 e o antigo artigo 258 do Código Civil Brasileiro de 1916, aplica-se a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, os bens adquiridos na constância da união estável quando comprovado o esforço comum devem ser amealhados pela companheira. Dessa forma, resta evidente exceção à regra de total separação de bens para pessoas constantes no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro de 2002.

Pronunciou-se, portanto, o Superior Tribunal de justiça em decisão proferida datada de 22 de julho de 2010 afirmando que a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ainda está vigente e é aplicada no caso dos idosos previstos no artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro se cumpridas as regras de terem sido tais bens adquiridos na constância da união estável e comprovado o esforço comum. Tal entendimento é aplicado em diversas outras decisões proferidas tanto por turmas quanto por ministros de forma monocrática no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>206</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=sexagen%Elrios+e+uni%E3o+est%E1vel&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sexagen%Elrios+e+uni%E3o+est%E1vel&b=ACOR)>. Acesso em 4 abr. 2013.

Ainda, nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado mais recente datado de 24 de abril de 2011, mais uma vez determinou que o regime aplicado entre união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens temperado pela súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Ocorre assim, a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO.

1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal.
2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.
3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso.
4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.
5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial.
6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie.
7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha.
8. Recurso especial de G. T. N. não provido.

9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido”.<sup>207</sup>

Mais uma vez nessa linha de raciocínio, quanto à aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, também é decisão recorrente em tribunais conforme julgado da 7ª câmara civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

“Ementa: APELAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. Não se conhece dos documentos juntados com o apelo em inobservância à previsão contida no art. 397 do diploma processual civil, mormente quando a análise de tal documentação implicaria supressão de um grau de jurisdição. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. Impositivo o reconhecimento da união estável quando a prova colacionada aponta para a existência de uma relação que atende aos requisitos legais. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Art. 1641, II, CC. DESCABIMENTO. SÚMULA 377 DO STF. De todo descabido aplicar à união estável a restrição imposta no inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, seja em razão do atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, seja em razão da vedação do uso da analogia para o fim de se restringir direitos. **Ao depois, ainda que considerada a prevalência do regime** obrigatório, admite-se a partilha igualitária do patrimônio comum, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro, por força da Súmula 377 do STF. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. Evidenciado que a consorte não tem condições de arcar com o seu sustento e que o varão possui meios suficientes de prestar alimentos, imperiosa se mostra a fixação da obrigação. Negado provimento ao recurso do varão e, por maioria, dado parcial provimento ao recurso da virago, vencida em parte a Relatora que provia em maior extensão. (Apelação Cível Nº 70014925432, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 12/07/2006)”.<sup>208</sup>

No julgamento recente, datado de 12 de julho de 2006, restou determinado que ainda que haja a prevalência do regime de separação de bens obrigatória para os sexagenários, atualmente modificada lei para os com idade superior a 70 anos, é aplicável a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, admite-se a partilha igualitária do patrimônio comum a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro.

Por fim, apesar do regime aplicado aos que tenham idade superior a 70 anos ser o da total separação de bens, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, no

<sup>207</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/versao\\_imprensa/imprimirjurisprudencia.php](http://www3.tjrs.jus.br/versao_imprensa/imprimirjurisprudencia.php)>. Acesso em 4 abr. 2013.

<sup>208</sup> Ibidem.

que concerne aos que se casaram com a imposição de tal regime, é possível a realização de doação de um cônjuge para outro. Tal entendimento resta demonstrado no agravo regimental datado de 18 de dezembro de 2008 cuja relatora era a Ministra Nancy Andrichi, conforme julgado:

“DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO REALIZADA POR CÔNJUGE NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. DOADOR COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. VALIDADE. PRECEDENTE.

1. São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: "(i) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal”<sup>209</sup>.

Portanto, conforme decisão da terceira turma, resta o entendimento de que são válidas as doações promovidas na constância do casamento por cônjuges que contrariam o regime da total separação de bens, pois o Código Civil de 1916 e também o atual de 2002 não vedam as doações realizadas por pessoas nessas condições, o fundamento que justificava as restrições impostas a homens maiores de 60 anos no Código Civil de 1916 não mais se justificam visto que tais restrições contrariam o princípio da dignidade da pessoa humana e que caso o doador não tivesse se casado com a donatária não haveria restrições para tal doação.

Dessa forma, apesar do artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 não ter sido revogado, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais é de que a imposição da separação obrigatória de bens para as pessoas com idade superior a 70 anos contraria a Constituição Federal e principalmente a dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma restrição inconstitucional.

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 471958/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 18/12/2008, DJe de 18/02/2009. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=doa%E7%E3o+e+c%E4n+juge+e+sexagen%E1rio&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=doa%E7%E3o+e+c%E4n+juge+e+sexagen%E1rio&b=ACOR)>. Acesso em 4 abr. 2013.

### **3.4 Defesa da Inconstitucionalidade do Artigo 1641, II do Código Civil de 2002**

O artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro de 2002 é inconstitucional. Trata-se de uma restrição que fere princípios constitucionais, os princípios previstos no Estatuto do Idoso e os próprios conceitos previstos no Código Civil.

O artigo 1641, II, do Código Brasileiro de 2002 é cópia do antigo artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916. O Código de 1916 era tido como um código patrimonialista no sentido de que o código visava a preservar o patrimônio da pessoa. Sendo assim, é correto afirmar que o patrimônio e sua preservação vinha em primeiro lugar. No entanto, o Código Civil de 2002 tem os seus maiores preceitos na ruptura com o Código Civil de 1916 e sua concepção personalista. Dessa forma, em razão da ruptura com o Código Civil de 1916, o atual artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 não deveria ter sido preservado. Ainda, em detrimento da concepção personalista presente no atual Código Civil, o artigo 1641, II, não deveria ter sido recepcionado, pois, com o advento desse artigo, o patrimônio é mais importante do que a pessoa. Visa-se à preservação do patrimônio ainda que em detrimento da liberdade de pessoa com idade superior a 70 anos.

Ainda referente à análise desse artigo, a restrição imposta à pessoa com idade superior a 70 anos afronta princípios constitucionais e princípios presentes no Estatuto do Idoso. Com a recepção desse artigo, há um afronte direto ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade, da solidariedade e da igualdade. Tal artigo afronta o princípio da dignidade humana e conseqüentemente por decorrer deste os princípios da solidariedade e da afetividade, pois a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador do sistema jurídico vez que eleva o indivíduo como principal fim de proteção e desenvolvimento de sua personalidade, sendo este o objetivo principal previsto na Carta Magna. Se a proteção do indivíduo é um dos fundamentos para o Estado Democrático de Direito, não pode uma lei ordinária revogar o que está expressamente constante na Constituição Federal. No caso em tela, não se visa à proteção do idoso, mas sim de seu patrimônio. Dessa forma, tal artigo afronta diretamente o fundamento do Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito ao princípio da liberdade, trata-se de um princípio tido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o artigo 3º, inciso I, da Carta Magna. Pelo princípio da liberdade

tem-se o entendimento de que o homem está livre para ir e vir, tomar decisões, se expressar e ter a livre manifestação de seu pensamento. Assim como outros princípios constitucionais, o princípio da liberdade se aplica a todos independente de raça, cor, sexo ou idade. Ainda, para que tal princípio sofra alguma restrição por ser um princípio norteador da Carta Magna, deverá também estar prevista nela. Não havendo tal previsão, mais uma vez o artigo 1641, II, afronta um princípio constitucional, pois foi retirado da pessoa com idade superior a 70 anos a possibilidade de optar pelo regime de casamento que melhor lhe convier.

Já o princípio da igualdade determina que todos são iguais perante a lei independente de raça, cor ou sexo, proibindo, portanto, a edição de normas que estabeleçam privilégios em razão de classe social, sexo ou cor ou até mesmo idade. Ainda, caberá ao juiz interpretar as normas de forma que não crie privilégio a determinado grupo. Existem exceções para o princípio da igualdade no qual deverão tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. No entanto, tal exceção não se aplica às pessoas com idade superior a 70 anos, visto que, assim como os outros, os idosos são plenamente capazes e detêm o discernimento, não necessitam que lhes sejam determinados o regime de seu casamento sob o pretexto que será uma proteção para estes e não para seus patrimônios. Cabe aos idosos a possibilidade de poder optar o regime pelo qual querem se casar. Sendo assim, o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro também contraria o princípio da igualdade.

Além de afrontar os princípios constitucionais, o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro também não respeita os princípios previstos no Estatuto do Idoso. Tal artigo não respeita o princípio da liberdade também previsto no Estatuto do Idoso, pois novamente foi retirado do idoso a possibilidade de escolha pela opção de regime que pretende se casar. Conseqüentemente com a retirada da liberdade de escolha do idoso contraria-se o princípio do respeito previsto no Estatuto do Idoso já que a vontade da pessoa com idade superior a 70 anos não é respeitada.

Já o Código Civil Brasileiro de 2002 tem como regra a capacidade e a incapacidade como exceção nas hipóteses previstas no artigo 3º referente às pessoas que são consideradas absolutamente incapazes, e o artigo 4º referente aos relativamente incapazes. Os absolutamente e relativamente incapazes consistem em uma lista taxativa. Aos que têm idade superior a 70 anos não há previsão em nenhum desses artigos, portanto, aplica-se a regra geral de que são absolutamente capazes.

Dessa forma, no caso do idoso, a senectude (velhice) por si só não pode gerar a incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa em face do rol limitador previsto no próprio Código Civil. Por isso, caso o idoso venha a se tornar incapaz para exercer os atos da sua vida civil, deverá este ser interditado. É importante ressaltar que o mero critério cronológico não é motivo suficiente para sua interdição, devendo, segundo a legislação brasileira, haver a realização de perícia e de interrogatório realizado pelo juiz para instruir o procedimento. É necessário ressaltar que, enquanto o idoso não sofrer processo de interdição, os atos praticados por ele são considerados válidos.

Então, se o idoso é plenamente capaz, conforme determina o próprio código civil, não tendo sua capacidade cassada ao se tornar 70 anos de idade, o artigo 1641, II, do próprio código contraria tal entendimento. Ao determinar que pessoa com idade superior a 70 anos é obrigada e não aconselhável a se casar no regime com total separação de bens, entende-se que o idoso não possui a capacidade plena para poder optar por qual regime de bens será mais benéfico para ele. Por mais que para alguns doutrinadores tal artigo vise à proteção do idoso, não há dúvidas de que, quando se cessa a possibilidade de escolha, há uma limitação da capacidade deste, pois não pode decidir sozinho em que regime pretende se casar.

Nas outras proteções asseguradas aos idosos no Código Civil Brasileiro, como a escusa de tutela, alimentos, visitação e guarda, pode o idoso optar por esta ou não. Por exemplo, no caso da tutela, se o idoso quiser este pode exercer a tutela, no entanto não é obrigado. Analisando por esse ângulo, para que o artigo 1641, II, do Código Civil fosse realmente uma medida protetiva à pessoa com idade superior a 70 anos, deveria ser assim como a atual comunhão parcial, regra geral caso as partes não se manifestassem. No entanto, para assegurar os princípios constitucionais e os previstos no Estatuto do Idoso, caso as partes decidissem optar por outro regime de bens, suas vontades e escolhas deveriam ser respeitadas e, portanto, como regra aplicável para tudo no direito quando não há exceção, a vontade deles deveria permanecer.

Ainda, no que concerne ao entendimento de que a separação obrigatória de bens prevista para pessoa com idade superior a 70 anos para prevenir que pessoas visassem a auferir vantagem econômica, se esse realmente fosse o interesse do legislador, tal norma seria estendida a todos. Não é só pessoa com idade superior a 70 anos que pode ser vítima de

predadores cujo interesse é o patrimônio destes. Pessoas com idade inferior a 70 anos que também têm um patrimônio, como o caso de empresários bem-sucedidos, também podem ser vítimas. No entanto, mesmo podendo ser vítimas de golpes, nada fez a legislação para preservar o patrimônio destes, pois em teoria o Código Civil Brasileiro de 2002 está mais preocupado com o ser, o seu bem-estar e vontade do que propriamente com o patrimônio deste.

Por fim, se o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro tivesse sido criado, conforme defende a corrente a favor, para preservar pessoa com idade superior a 70 anos, isso não seria necessário, pois as pessoas mais vividas são, em regra, mais experientes. Assim, tais pessoas, diferente dos mais jovens, conseguiriam identificar que aos que com estes pretendem se casar há um interesse econômico por trás. Porém já os mais jovens, principalmente os que acabaram de ser tornar plenamente capazes, ainda não têm experiência de vida e seriam, portanto, prezas mais fáceis. Se o intuito do legislador for a proteção do patrimônio, apesar de contrariar os preceitos previstos no Código Civil de 2002, deveria então a regra prevista no artigo 1641, II, do Código Civil ser modificada para que seja obrigado a se casar em total separação de bens as pessoas que ainda não têm experiência de vida.

Com o entendimento atual da jurisprudência, sabe-se que a separação obrigatória referente ao regime de bens também se aplica à união estável entre pessoa com idade superior a 70 anos. No entanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que tal regra na maioria das vezes é tida como injusta. Portanto, segundo o entendimento jurisprudencial, já se é admitida a possibilidade de divisão dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. É o entendimento atual pela aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, conforme julgados recentes, apesar de haver uma imposição ao se tratar de pessoa com idade superior a 70 anos em se casar no regime de total separação de bens, existe forma de burlar tal restrição. Conforme restou determinado em julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça, são válidas as doações realizadas de um cônjuge para outro mesmo tendo idade superior a 70 anos, pois são válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges já que o Código Civil de 2002 não as veda. Portanto, o

que a lei não veda é permitido. É necessário ressaltar que o Código Civil Brasileiro de 2002 veda apenas a relação das doações antenupciais, o que não vem a ser caso.

Nesse sentido, o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, caso o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro de 2002 fosse uma proteção ao idoso para que outros não contraissem casamento com estes visando à mera vantagem econômica, passa a não ser mais eficaz. Se o artigo 1641, II, do Código Civil foi criado, conforme entendimento este adotado pela corrente minoritária para prevenir que pessoa com idade superior a 70 anos não sofressem o famoso ‘golpe do baú’, com a possibilidade de realização de doações podem tais pessoas ser induzidas por seus cônjuges para a realização de doações da parte disponível no montante de 50% de seus patrimônios.

Assim, o objetivo do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro não está sendo respeitado, visto que não podendo optar pelo regime pelo qual quer se casar, mas podendo dispor de 50% de seu patrimônio, não impedirá que pessoas que visem a auferir vantagem econômica em relação ao idoso se casem com estes. Passa, portanto, o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro ser ineficaz, pois, além de discriminar o idoso, sequer cumpre o que teria sido o motivo da sua criação, a proteção de pessoa com idade superior a 70 anos.

Ainda, no que diz respeito à possibilidade de realização de doação mais uma vez vale repetir que pessoa com idade superior a 70 anos como regra geral do Código Civil Brasileiro é plenamente capaz. Em razão disso, cabe ao idoso, aplicando os princípios de liberdade, dignidade da pessoa humana, isonomia e os previstos no Estatuto do Idoso referentes ao respeito e à liberdade, poder realizar a doação para quem bem entender quer seja seu cônjuge quer seja um terceiro estranho havendo somente a restrição da parte disponível que poderá ser doada. Nada impede, no entanto, que em vez de doar a pessoa com idade superior a 70 anos, sendo capaz, opte por gastar todo o seu dinheiro com o cônjuge, desfazendo-se de todos os seus patrimônios. Tal restrição só não seria possível caso tal pessoa seja interdita, não sendo o caso, não há norma que o proíba de fazê-lo.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, pudemos analisar a divergência em torno da constitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro.

Nesse contexto tendo em vista a relevância da influência do Código Civil de 1916 no atual código, analisamos sua concepção patrimonialista bem como os princípios norteadores do Código Civil de 2002, especificamente a ruptura com o Código anterior e adoção da concepção personalista em que o ser torna-se o centro das relações.

Após feita análise dos elementos norteadores do atual Código Civil, adentramos no entendimento do regime de bens previsto no código bem como a possibilidade de sua modificação e a aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, corrente majoritária e aplicada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, é obrigatória a imposição de regime de total separação de bens para pessoa com idade maior de 70 anos mesmo quando houver união estável. No entanto, aplica-se a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal quando houver a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. Admite-se, assim, a partilha igualitária do patrimônio comum a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro.

Também foi analisada a proteção da pessoa idosa na Constituição Federal, no Estatuto do Idoso e no Código Civil Brasileiro. É demonstrada que a restrição imposta à pessoa com idade superior a 70 anos afronta princípios constitucionais e princípios presentes no Estatuto do Idoso. Havendo a recepção desse artigo, há um afronte direto ao princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade, da solidariedade e da igualdade.

Contraria-se o princípio da dignidade humana, pois diverge da concepção em que o indivíduo é elevado visando à proteção e desenvolvimento de sua personalidade estando previsto como fundamento para o Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da liberdade, trata-se de um princípio tido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme o artigo 3º, inciso I, da Carta Magna. Tem-se o entendimento de que o homem está livre para ir e vir, tomar decisões, expressar-se e ter a livre manifestação de seu pensamento sendo então aplicado a todos, independente de raça, cor, sexo ou idade. Com a restrição imposta pelo artigo 1641, II, do Código Civil, afronta-se diretamente o referido princípio.

Ainda, o artigo em análise também é contrário ao princípio da igualdade que estabelece que todas as pessoas são iguais perante a lei, independente de raça, cor, sexo, proibindo, portanto, a edição de normas que estabeleçam privilégios em razão de classe social, sexo, cor ou até mesmo idade. A exceção para tal princípio em que deverá tratar os desiguais na medida de sua desigualdade não se aplica às pessoas com idade superior a 70 anos, visto que, assim como os outros, os idosos são plenamente capazes e não precisam de uma maior proteção referente à determinação do regime de bens em que deverão se casar.

Notório também que o artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro também desrespeita os princípios previstos no Estatuto do Idoso. Não é respeitado o princípio da liberdade previsto no Estatuto do Idoso, pois novamente foi retirada do idoso a possibilidade de escolha pela opção de regime pelo qual pretende se casar. Consequentemente, não tendo o idoso a opção de escolha, resta configurada a não aplicação do princípio do respeito previsto no Estatuto do Idoso já que a vontade da pessoa com idade superior a 70 anos não é levada em conta nem aplicada.

Já o Código Civil Brasileiro de 2002 tem como regra a capacidade e a incapacidade como exceção, hipóteses estas taxativas no artigo 3º e 4º da referida lei. Aos que têm idade superior a 70 anos não há previsão da incapacidade em nenhum desses artigos, motivo pelo qual são tidos como absolutamente capazes. Dessa forma, no caso do idoso, a senectude (velhice) por si só não pode gerar a incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa em face do rol limitador previsto no próprio Código Civil. Com o advento da incapacidade da pessoa com idade superior a 70 anos, é necessário que haja sua interdição.

Nessa seara, foi abordada a jurisprudência dos Tribunais de primeira e segunda instância, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

referente à separação obrigatória de regime de bens à pessoa maior de 70 anos. Restou configurado que pessoa com idade superior a 70 anos, mesmo quando houver união estável, o regime de bens impostos será sempre o da total separação. No entanto, no caso de união estável, é possível a aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a própria jurisprudência também tem o entendimento de que é possível a doação realizada de um cônjuge para outro, sendo uma maneira eficaz de burlar a imposição prevista no Código Civil brasileiro.

Em suma, com base em todo o alegado, conclui-se pela inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro, motivo pelo qual não se deve manter a restrição prevista nesse artigo.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Hélio. **Estatuto do idoso - comentários**. Disponível em <[helioabreu.com/wp-content/plugins/download.../download.php?id...](http://helioabreu.com/wp-content/plugins/download.../download.php?id...)>. Acesso em 24 mar. 2013.

ALBA, Felipe Camilo Dall. **Três pilares do Código Civil de 1916: a propriedade e o contrato**. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/239-artigos-set-2004/4973-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato#\\_ftnref60](http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/239-artigos-set-2004/4973-os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916-a-familia-a-propriedade-e-o-contrato#_ftnref60)>. Acesso em 3 abr. 2013.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 20, 1994, p. 64.

AMARAL, Francisco. **Direito civil – introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Solange. **Comissão de Constituição e justiça e de cidadania**. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=FF007F0EC2E285F69ECCC51D6540AE85.node2?codteor=508586&filename=Tramitacao-PL+108/200](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FF007F0EC2E285F69ECCC51D6540AE85.node2?codteor=508586&filename=Tramitacao-PL+108/200)>, Acesso em 2 abr. 2013.

AMOS, Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Andes, 1957.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e Deveres dos Avós – Alimentos e Visitação. **Revista IOB de Direito de Família**. 45 – dez.jan./2008.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. **Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos - Antes e depois do novo Código Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, 31 de agosto de 2008. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5092](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5092)>. Acesso em 1 abr. 2013.

BATISTA, Thales Pontes. **Regime da separação de bens, a súmula n. 377 do STF e o novo código civil**. Disponível em <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=7812>>. Acesso em 16 abr. 2012.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, vol. I, 2005.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6ª tir. Vol.1. Edição histórica, s/d. Rio de Janeiro: Rio.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCHI, Fábio. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/versao\\_impresao/imprimirjurisprudencia.php](http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php)>. Acesso em 4 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 471958/RS, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 18/12/2008, DJe de 18/02/2009. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=doa%E7%E3o+e+c%E4njudge+e+sexagen%E1rio&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=doa%E7%E3o+e+c%E4njudge+e+sexagen%E1rio&b=ACOR)>. Acesso em 4 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=sexagen%E1rios+e+uni%E3o+est%E1vel&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sexagen%E1rios+e+uni%E3o+est%E1vel&b=ACOR)>. Acesso em 4 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão: Número do processo: 1.0411.03.007741-5/001(1). Relator: Wander Marotta. Data do Julgamento: 31/05/2005. Data da Publicação: 02/08/2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/versao\\_impresao/imprimirjurisprudencia.php](http://www3.tjrs.jus.br/versao_impresao/imprimirjurisprudencia.php)>. Acesso em 4 abr. 2013.

CAHÁLI, Francisco José. **A súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. Disponível em <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Caháli\\_s377.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Caháli_s377.doc)>. Acesso em 10 fev. 2013.

CAMARANO, Ana Amélia. PASINATO, Maria Tereza. Introdução. **Os novos idosos brasileiros – muito além dos 60?** Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol.1.

CONEGUNDES, Luiz Antônio. **Aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://clampadvogados.com.br/artigos\\_luiz\\_conegundes.html](http://clampadvogados.com.br/artigos_luiz_conegundes.html)>. Acesso em 12 mar. 2013.

COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1641: Inconstitucionais limitações ao direito de amar**. In *Questões controvertidas no novo Código Civil*. Coord. DELGADO, Mário Luiz ALVES, Jones Figuerêdo, São Paulo: Método, 2004, vol.2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro, direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, Vol. 5, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1.

ESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional, fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, Vol. I, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo*. **Revista Jurídica**, n. 304, fev. 2003.

\_\_\_\_\_. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: AJURIS, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas.

FRANCISCO, Caramuro Afonso. **Lei de introdução ao código civil comentada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Personalidade e capacidade jurídicas no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano VIII, v. 37, ago./set. 2006.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Daniela Vasconcelos. **A noção de propriedade no direito civil contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1203>>. Acesso em 4 nov. 2012.

GOMES, Orlando **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**- 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6.

GONÇALVES, Leonardo Alves. **A inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro frente ao princípio constitucional da isonomia**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5196](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5196)>. Acesso em: 1 abr. 2013.

GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. *In*: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HAGE, Rodrigo. Disponível em <<http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-principio-da-dignidade-humana-como-norteador-das-relacoes-de-familia-387739.html>>. Acesso em 13 mar. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: 70, 1986.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do individualismo e propriedade**. In: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. XVI.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MANGUALDE, Henrique Ananias dos Santos. **A súmula 377 do STJ**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4929](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929)>. Acesso em 15 mar. 2013.

MARCIAL, Danielle. **O direito do idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. Código de Defesa do Consumidor e o Código civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

MARTINS-COSTA. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, 2001.

MEIRELLES, Henry Lopes. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito de família**, atualizado por Alves, Vilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, vol. III, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Bianca Mota de. **Comentário ao art. 1.672 do Código Civil**, In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.) O novo Código Civil do Direito de Família, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

NADU, Amílcar. **Lei 1212344/2010**. Disponível em <<http://www.direitointegral.com/2010/12/lei-12344-separacao-bens-casamento-70.html>>. Acesso em 2 abr. 2013.

NEGRÃO, Sônia Regina. **Regime de bens**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6828/regime-de-bens#ixzz2BTaEVzYO>>. Acesso em 15 mar. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson e MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo código civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e de direito intertemporal. **Revista de Direito Privado** n. 12, RT, outubro/dezembro de 2002.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. **A repersonalização das relações de família. O direito de família e a Constituição de 1988**. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, Vol.V.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. 5.

PEREIRA, Fabrícia Cristina Estrella Figueiredo. A possibilidade de alteração do regime de bens do casamento no novo Código Civil e as consequências no mercado imobiliário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2555, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15110>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. São Paulo: IOB Tompson, 2006, p. 844.

PORTA, Patrícia. **Princípios Constitucionais**. Disponível em: <[http://principios-constitucionais.info/mos/view/Artigo\\_5%C2%BA/index.htm](http://principios-constitucionais.info/mos/view/Artigo_5%C2%BA/index.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PREDIGER, Carin. **A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central.** In: MARTINS- COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Diretrizes gerais do projeto de Código Civil.** In: Direito, Ciência Política e Administração. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977.

\_\_\_\_\_. Visão geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 808, fev. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **A pessoa Idosa e sua convivência familiar. A ética da convivência familiar:** sua efetividade no cotidiano dos tribunais Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 28 ed. Atualização de Francisco José Caháli. São Paulo: Saraiva, 2004, v.6.

SANTIM, Rigo Janaína. **O idoso e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <[www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/261](http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/261)>. Acesso em 16 mar. 2013.

SANTOS, Carvalho. **Código civil interpretado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, Vol. V, p. 52 SARLET, Ingo Wolfgang *apud* SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais, proteção e restrições,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida:** o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIMÃO, José Fernando. **O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória.** Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_regime\\_separacao.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html)>. Acesso em 10 fev. 2013.

STEFANO, Isa Gabriela de Almeida. RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **O idoso e a dignidade da pessoa humana. O cuidado como valor jurídico.** Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. *In:* Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, jul.-set. 1993.

VEIGA, Flávio Adolfo. Novo Código Civil: aspectos relevantes. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 22, n. 68, dez. 2002.

VELOZO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens.** *In:* Direito de Família Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil.** Direito de família. São Paulo: Atlas, 2001, vol.V.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILLELA, João Batista. Liberdade família. **Revista da Faculdade de direito da UFMG**, v.7.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WIECKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Trad, A. M. Botelho HEsanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.