



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

DANIELA MARQUES DA ROCHA DE SOUZA

**ANOTAÇÕES CRÍTICAS À IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS
AOS SEPTUAGENÁRIOS**

BRASÍLIA
2014

DANIELA MARQUES DA ROCHA DE SOUZA

**ANOTAÇÕES CRÍTICAS À IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS
AOS SEPTUAGENÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga.

**BRASÍLIA
2014**

DANIELA MARQUES DA ROCHA DE SOUZA

**ANOTAÇÕES CRÍTICAS À IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS
AOS SEPTUAGENÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga.

Brasília, de de 2014.

Banca Examinadora

Professor João Ferreira Braga
Orientador

Professor
Examinador

Professor
Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade desta conquista; ao meu esposo, André Souza, por todo carinho e esforço empreendido para proporcionar-me a possibilidade de realizar este curso; à minha mãe, exemplo de força e de superação.

Agradeço ainda, ao Professor João Ferreira Braga cuja orientação repleta de sabedoria me possibilitou concluir este trabalho.

“A justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer sua togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos.”

Maria Berenice Dias

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

O trabalho analisa o art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002 que impõe o regime de separação de bens aos nubentes septuagenários. Abordam-se os princípios constitucionais e princípios do direito de família. São tecidas considerações sobre o casamento, sobre os regimes de bens aplicáveis ao matrimônio, abordando seus diversos aspectos e características. Indicam-se as vertentes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Por fim, sugere que seja feita uma análise teleológica, para que o juiz, diante da análise do caso concreto, possa afastar o regime de separação legal de bens dos nubentes maiores de setenta anos.

Palavras-chave: Direito Civil. Família. Casamento. Regime de separação de bens. Septuagenários. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA	10
1.1 Critérios Distintivos entre Princípios e Regras.....	10
1.2 Princípios Constitucionais da Família	12
1.2.1 <i>Monogamia</i>	12
1.2.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	13
1.2.3 <i>Princípio da liberdade</i>	15
1.2.4 <i>Princípio da Igualdade</i>	16
1.2.5 <i>Princípio da solidariedade familiar</i>	18
1.2.6 <i>Princípio da Proteção ao Idoso</i>	19
1.2.7 <i>Princípio da afetividade</i>	20
2 REGIME DE BENS MATRIMONIAIS.....	21
2.1 Casamento	21
2.2 Causas Impeditivas do Casamento	24
2.3 Causas Suspensivas do Casamento	25
2.4 Aspectos Gerais Sobre os Regimes de Bens.....	26
2.4.1 <i>Regime de Comunhão Parcial de Bens</i>	27
2.4.2 <i>Regime de Comunhão Universal</i>	29
2.4.3 <i>Regime de Separação de Bens</i>	29
2.4.4 <i>Regime de Participação Final nos Aquestos</i>	32
3 A INCAPACIDADE EM RAZÃO DA IDADE: ANOTAÇÕES CRÍTICAS À LEGISLAÇÃO CIVIL EM VIGOR E À HERMENÊUTICA FORMADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM RELAÇÃO AO TEMA.	35
3.1 Incapacidade em razão da idade instituída pelo livro de família do Código Civil de 2002.	39
3.2 Análise Jurisprudencial	43
3.2.1 <i>Recurso Especial n.º 102059/SP. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento: 28/05/2002, Data da Publicação: DJ 23/09/2002.</i>	43
3.2.2 <i>Apelação Cível n.º 364.475-7. Tribunal de Justiça de Curitiba, Rel. Desembargador Luiz Antônio Barry, 11ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 14/03/2007, Data de Publicação: DJ 13/04/2007.</i>	44

<i>3.2.3 Apelação Cível n.º 70017318940. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desembargadora Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Data do Julgamento: 20/12/2006.</i>	44
<i>3.2.4 Apelação Cível n.º 007.512-4/2-00. Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Cezar Peluso, Segunda Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 18/08/1998.</i>	46
<i>3.2.5 Apelação Cível n.º 70023452725. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, Data do Julgamento: 08/05/2008.</i>	47
<i>3.2.6 Apelação Cível n.º 745-67.2004.8.06.0043/1. Tribunal de Justiça do Ceará. Rel. Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota, Quinta Câmara Cível, Data do Julgamento: 30/09/2011.</i>	49
<i>3.2.7 Apelação Cível n.º 2011.057535-0. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Rel. Desembargador Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, Data do Julgamento: 01/12/2011.</i>	50
<i>3.2.8 Incidente de Inconstitucionalidade n.º 2010107802. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Rel. Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 17/11/2010.</i>	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.641, inciso II, traz norma que retira do nubente septuagenário a possibilidade de escolha quanto ao regime de bem que melhor lhe convém, impondo-lhe o regime de separação de bens. Referida norma, apesar de existente e válida, não condiz com a realidade social.

A Constituição Federal de 1988 é norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo princípios que devem ser observados por normas infraconstitucionais. Assim, inconstitucionais são as normas que colidem com sua principiologia.

Em face dessa norma, o presente trabalho monográfico tem por escopo defender a sua inconstitucionalidade por colidir com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, consagrados na Constituição Federal, discriminando o idoso em razão da sua idade, e reduzindo-o a um ser incapaz e sem condições de gerir seu patrimônio.

Para tanto, o primeiro capítulo dissertará sobre a força normativa da Constituição, a diferença entre regras e princípios, bem como abordará princípios constitucionais e princípios do direito de família, quais sejam: monogamia, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade familiar, proteção ao idoso e afetividade.

O segundo capítulo, por sua vez, discorrerá sobre o casamento, as suas causas impeditivas e suspensivas, discorrerá, ainda, sobre os regimes de bens aplicáveis ao casamento, destacando as suas especificidade, são eles: regime de comunhão parcial de bens, regime de comunhão universal, regime de separação de bens e regime de participação final nos aquestos.

O terceiro capítulo apresentará a análise dos argumentos que possibilitam afirmar que a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários é inconstitucional, destacando os motivos e as posições doutrinárias contrários à essa norma, bem como as vertentes jurisprudenciais acerca do tema.

Por fim, há de se destacar o embasamento jurídico coletado para a fundamentação teórica deste trabalho. Foram considerados pontos de vista favoráveis e contrários ao tema o que possibilitará o equilíbrio à discussão sem afastar as argumentações que pendem

claramente contra a norma, que é objeto deste trabalho de graduação. Não obstante aos que se posicionam favoráveis à norma, a linha de raciocínio aqui expõe a discriminação posta em tela.

1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Critérios Distintivos entre Princípios e Regras

O ordenamento jurídico positivo é composto por princípios que contêm validade universal e regras que devem estar em consonância com os princípios.¹ Os princípios, sejam eles positivados, ou não, são os alicerces de todo o ordenamento jurídico, eles dão sistematicidade e unidade ao sistema constitucional.²

Celso Antônio Bandeira de Mello propõe a seguinte definição de princípio:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque defini a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”³

No mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que as normas devem ser interpretadas tendo como base os princípios. Veja-se: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais.”⁴

Edinês Maria Sormani Garcia⁵ afirma que a distinção entre princípios e regras é qualitativa, visto que o conteúdo da regra é baseado nos princípios. Essa distinção qualitativa se divide em distinções formais, distinções quanto à incidência e distinções funcionais.

No tocante às distinções formais, os princípios possuem generalidade e grau de abstração elevado, mas passíveis de satisfatório grau de concretização. Já as regras possuem abstração relativamente reduzida e, por isso, apresentam maior densidade normativa. Os princípios comportam indefinidas aplicações; as regras, ao revés, são editadas para uma situação jurídica específica. A característica formal primordial dos princípios é que eles não

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.58.

² GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Direito, 2003, p. 18.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 53.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92.

⁵ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Op. cit., p.20.

são estáticos, ao contrário, se amoldam às evoluções sociais.⁶

Com relação às distinções quanto à incidência, as regras são formuladas para incidir em determinadas realidades, enquanto os princípios são passíveis de incidirem em diversos casos concretos, são maleáveis. As regras expressam os princípios, mas não totalmente. E na interpretação ou aplicação das regras, estas devem estar em total consonância com os princípios.⁷

É, todavia, nas distinções funcionais ou modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. As regras incidem na modalidade “tudo ou nada,” apresentam situações determinadas para sua aplicação e, ocorrendo a hipótese descrita na regra, a sua aplicação é obrigatória, a exemplo, o servidor público se aposentará compulsoriamente ao completar 70 anos de idade. Se a regra não for aplicada na sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Os princípios, por sua vez, não estabelecem de forma bem determinada qual o comportamento devido para sua aplicação, apenas indicam uma direção, um fim.⁸

A aplicação dos princípios constitucionais a todos os ramos do direito trouxe como consequência o conflito de princípios ou colisão de direitos fundamentais, principalmente no direito de família. Para solucionar tal conflito, faz-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade segundo o qual, um fato é alcançado por dois princípios, um deles não anula o outro, nesse caso deve haver ponderação entre eles. Quando há conflito entre princípios de mesmo valor hierárquico, a medida da ponderação recai, inicialmente, em favor do princípio da dignidade da pessoa humana, tido como absoluto.⁹

Como o sistema jurídico passou a ter unidade, ou seja, normas interligadas, os princípios constitucionais passaram a ser aplicados pelos próprios magistrados para conferir maior eficácia aos direitos fundamentais. Estes impõem parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento do direito.¹⁰ Nesse sentido, o direito criou princípios e regras voltados a

⁶ GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Direito, 2003, p. 20-22.

⁷ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Op. cit., p. 23.

⁸ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Op. cit., p. 26-28.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

proteger a pessoa humana.¹¹

Neste ponto, faz-se necessário diferenciar princípios constitucionais de princípios gerais do direito. Os princípios gerais do direito são invocados quando há lacunas na lei. E os princípios constitucionais são invocados para interpretar a lei, ou seja, são superiores às leis.¹²

1.2 Princípios Constitucionais da Família

Os princípios constitucionais dão sentido, fundamento ao ordenamento jurídico, pode-se dizer que são leis superiores às leis. São princípios com força normativa. O princípio da interpretação conforme a Constituição dispõe que a lei deve ser interpretada a partir da Carta Magna. Desse modo, os princípios constitucionais passaram a alcançar todo o ordenamento jurídico, a exemplo do alcance da dignidade da pessoa humana em todas relações jurídicas.¹³

Tanto a doutrina¹⁴ quanto a jurisprudência¹⁵ têm reconhecido vários princípios implícitos constitucionais, detentores de mesmo valor hierárquico dos princípios explícitos. Não há consenso na doutrina quanto à quantidade mínima de princípios que norteiam o direito de família. A certeza ou o consenso que se tem é que ao direito de família se aplicam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proibição do retrocesso social e da proteção integral da criança e do adolescente, que são princípios tidos como gerais, aplicados a todos os ramos do direito. Além desses, são aplicados princípios especiais que são próprios do direito de família, dentre eles destacam-se os da solidariedade, da afetividade e da monogamia.

1.2.1 Monogamia

A monogamia é princípio implícito do direito de família e impera em todos os casamentos brasileiros.¹⁶ A esse respeito escreve Rodrigo da Cunha Pereira:

“o princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.59.

¹² DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.60.

¹³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.57.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.61.

¹⁵ Vide subitem 3.2 deste trabalho.

¹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94.

moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio ordenador.”¹⁷

As legislações civil e penal não admitem mais de um enlace matrimonial ao mesmo tempo, somente se admite novo casamento quando dissolvido o anterior e nunca paralelamente.¹⁸ O Código Civil, em seu art.1.521, VI, dispõe que não podem se casar as pessoas já casadas e em seu art. 1.723, § 1º, afirma que a união estável não se constituirá se ocorrerem as hipóteses previstas no art.1.521, ressalvado no caso da pessoa casada já estiver separada de fato ou judicialmente. A pessoa casada que contrai novo matrimônio comete o crime de bigamia, conforme definição do art. 235 do Código Penal.¹⁹

Maria Berenice Dias faz uma ressalva quanto à monogamia, afirma não se tratar de princípio do direito de família, e sim, de regra estatal que proíbe mais de uma relação matrimonializada. Porém, tal proibição não tem o condão de elevar a monogamia a princípio constitucional, pois a própria constituição tolera a traição quando proíbe discriminação a filhos nascidos de relações fora do casamento. Entende que a monogamia é regra centrada na moral, ressalva, contudo, que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que não cabe ao Estado intervir nesse campo, pois se distancia do respeito à dignidade da pessoa humana.²⁰

1.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

É o princípio consagrado como Fundamento da República Federativa do Brasil,²¹ sendo que todos os demais princípios derivam dele. Representa um limite e um ponto de partida à atuação Estatal.²² Motivo pelo qual se afirma que é o princípio mais importante da ordem jurídica brasileira.²³ Daniel Sarmento ressalta que o princípio da dignidade da pessoa humana “confere unidade e valor, devendo, por isso, condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado.”²⁴

O princípio base do ordenamento jurídico brasileiro, segundo Pablo Stolze

¹⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

¹⁸RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

¹⁹MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 96.

²⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.60.

²¹BRASIL. Constituição Federal, art. 1º, inciso III.

²²SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85.

²³SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 86.

²⁴SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 86.

Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, traduz-se em “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”²⁵

A dignidade da pessoa humana, como princípio, foi delineado pelo Cristianismo, em que qualquer ser humano, sendo ele homem, mulher, criança, escravo, estrangeiro ou outros, passou a ser pessoa através das ideias de amor fraterno e da igualdade perante Deus. A dignidade é atributo da essência da pessoa humana, confundindo-se com a própria essência do ser humano.²⁶

O valor da pessoa é insuperável, é absoluto, não tendo no mundo nenhum outro princípio que o supere, devido a sua prevalência em relação ao valor coletivo que nunca pode sacrificar, ferir o valor da pessoa humana.²⁷ Do entendimento desse princípio é que se afirma que deve haver igual dignidade para todas as famílias sem distinção de tratamento, independentemente da formação do núcleo familiar. Do mesmo modo, é direito da pessoa humana constituir ou desfazer núcleo familiar, do contrário, haverá comprometimento da sua existência digna.²⁸

Corroborando com o entendimento supramencionado, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que:

“a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa humana [...]. Neste sentido, diz-se que, para a preservação da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade.”²⁹

Assim, as relações jurídicas familiares sempre devem se pautadas pela proteção da vida e da integridade psíquica dos membros da família, baseada no respeito e proteção dos

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.76.

²⁶ GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Direito, 2003, p.35.

²⁷ GARCIA, Edinês Maria Sormani. Op. cit., p.37.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.63.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.88.

seus direitos da personalidade.³⁰

1.2.3 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade constitui um direito fundamental consagrado no art. 5º da Constituição Federal, garantindo ao indivíduo a abstenção estatal e o respeito à autonomia privada. Esse princípio está entrelaçado com o princípio da igualdade ao ponto de só haver liberdade quando, ao mesmo tempo e na mesma proporção, houver igualdade. Se não existir igualdade, não haverá liberdade, e sim, relação de dominação.³¹

Os princípios da igualdade e da liberdade têm previsão na Constituição, no âmbito familiar têm por objetivo evitar discriminações de qualquer espécie, a exemplos, igualdade jurídica entre marido e mulher na relação conjugal, liberdade de alteração do regime de bens na vigência do casamento, liberdade de escolha quanto ao cônjuge ou companheiro seja qual for o seu sexo, bem como a liberdade de escolha quanto ao regime de bens que regerá a relação conjugal, dentre outros.³²

De forma precisa, Paulo Lôbo esclarece o que vem a ser o princípio da liberdade:

“diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.”³³

Do art. 1.513 do Código Civil de 2002, é possível extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem que o regime de bens é: “o estatuto que disciplina os interesse econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulando as consequências em relação aos nubentes e a terceiros, desde a celebração até a

³⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.64.

³² DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p.64.

³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

dissolução do casamento, em vida ou por morte.”³⁴ A livre escolha entre as modalidades dos regimes de bens é regra estipulada no Código Civil, em seu art. 1.639, que assim dispõe: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” O mesmo entendimento se extrai do art.1.640, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que assim estabelece:

“poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

Prosseguindo, o art. 1.639, § 2º, do mesmo diploma legal dispõe que o regime de bens pode ser alterado na vigência do casamento.

Todos os dispositivos supramencionados confirmam, de maneira indubitável, que os nubentes são livres para eleger o regime de bens que melhor lhes agrada, sem que o ordenamento jurídico lhes imponha qualquer tipo de restrições.

No entanto, em flagrante afronta ao princípio da liberdade, o Código Civil, em seu art.1.641, II, limita aos maiores de 70 anos, a livre estipulação do regime de bens no casamento, ao impor que, a partir dessa idade, aplica-se o regime de separação legal de bens.³⁵

1.2.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é uma das bases do Estado Democrático de Direito, insculpido no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988, que proclama que “todos são iguais perante a lei.” É a denominada igualdade formal, pela qual todos devem ser tratados de forma isonômica, sem distinção de qualquer natureza. Porém, é necessário levar em consideração a igualdade material, que se traduz em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, para que se concretize a ideia de justiça.³⁶

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio isonômico está diretamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a Declaração

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 238.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.64.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p.65.

Universal da Organização dos Direitos Humanos dispõe que todos os indivíduos são iguais em dignidade e direitos. Desse modo, para que se respeite a dignidade da pessoa humana é necessário que se garanta a isonomia de todos os seres humanos, vedando-se que sejam submetidos a qualquer tratamento discriminatório.³⁷

José Afonso da Silva traz a seguinte definição de igualdade:

“Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.”³⁸

Discorrendo sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que:

“A ideia de igualdade interessa particularmente ao Direito, pois a ela está ligada a ideia de Justiça. A Justiça é a regra das regras de uma sociedade e é ela que dá o valor moral e o respeito a todas as outras regras dessa mesma sociedade. Portanto, é a questão da Justiça que permite pensar a igualdade.”³⁹

No âmbito do direito de família, a aplicação do princípio da igualdade deve levar em consideração não só a igualdade formal, como também, a solidariedade entre seus membros através de afeto e amor. Esse princípio tem efeito vinculante, desse modo, sua aplicação deve ser observada pelo magistrado mesmo no silêncio da lei, assim como o magistrado deve abster-se de aplicar a lei quando ela gerar desigualdades.⁴⁰

Nessa seara, foi a decisão proferida pelo Min. Celso de Mello no julgamento do Mandado de Injunção nº 58-DF, no Supremo Tribunal Federal:

“A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.87.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.214.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.92, *apud* Dias, Maria Berenice. **Art. 1641: inconstitucionais limitações ao direito de amar**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/1-art.1641-inconstitucionaislimita%E7%F5esaodireitodeamar.pdf> Acesso em: 27 mai. 2013.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.66.

ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.”

1.2.5 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade, antes concebida como dever moral ou caridade, passou a ser reconhecida como princípio jurídico somente após Constituição da República de 1988, expressamente disposto no art. 3º, I, que assim preconiza: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

O princípio jurídico da solidariedade resulta da mudança de paradigma, da mudança de pensamento da sociedade, visto que, nos primeiros séculos da modernidade imperava o individualismo jurídico. No mundo antigo, o direito era centrado na sociedade como um todo, no qual o indivíduo estava inserido, inexistindo a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o centro de destinação do direito era o indivíduo. No mundo contemporâneo, objetiva-se encontrar o equilíbrio entre o privado e o público, bem como a interação entre os indivíduos, sendo a solidariedade o fundamento dos direitos subjetivos.⁴¹

Rolf Madaleno traduziu a essência da solidariedade no direito de família, afirmando que: “A solidariedade é princípio oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.”⁴²

Sobre esse valor jurídico que adquiriu força normativa de princípio constitucional, Paulo Lôbo assim discorre:

“A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.”⁴³

Esse princípio que se origina dos laços afetivos, compreendendo a reciprocidade e a fraternidade, tem previsão no preâmbulo da Constituição quando assegura uma sociedade

⁴¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.224.

⁴² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93.

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.62.

fraternal. Ainda, no art. 229 da Constituição Federal, quando prevê que os pais têm obrigação de dar assistência aos filhos. No amparo aos idosos, o art. 230 da Constituição Federal. O Código Civil também traz normas orientadas pelo princípio da solidariedade familiar, como o art. 1.511, ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas; o art. 1.694, quando dispõe da obrigação alimentar; o art. 1.568, ao dispor que os cônjuges são obrigados a sustentar a família, concorrendo na proporção dos seus rendimentos; o art. 1.694, ao estabelecer o dever de prestar alimentos a parentes, cônjuge e companheiro.⁴⁴

1.2.6 Princípio da Proteção ao Idoso

A Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso IV, dispõe como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, vedando qualquer tipo de discriminação em razão do sexo, da cor ou da idade.⁴⁵ Dispõe, ainda, em seu art.230, que é vedado qualquer discriminação em razão da idade, assegurando proteção especial ao idoso. Além da Constituição Federal, o Estatuto do Idoso⁴⁶ regula direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.⁴⁷

O art. 2º do Estatuto confere ao idoso a aplicação prioritária e imediata dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo-se-lhe todas as chances e facilidades, para preservar a sua saúde física e psíquica e seu aprimoramento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade.⁴⁸

O preconceito dispensado sobre os idosos, em razão da idade, constitui uma violação a dignidade da pessoa humana. A idade não inabilita automaticamente a pessoa para o livre exercício dos atos da vida civil, principalmente com o avanço da medicina, que tem contribuído para o aumento da sobrevida das pessoas.⁴⁹

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.67.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direitos das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

⁴⁸ MADALENO, Rolf. Op. cit.,p. 101.

⁴⁹ ROSAS, Daniella Ribeiro de Andrade. **A imposição do regime de separação de bens aos sexagenários**. Disponível em: <<http://idososeseusdireitos.blogspot.com.br/2010/05/imposicao-do-regime-de-separacao-de.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

1.2.7 Princípio da afetividade

É princípio norteador do direito de família que consagra como família diversos arranjos familiares ligados pelo afeto e pelo amor. O afeto não deriva de laços sanguíneos, e sim, de convivência familiar.⁵⁰ Na definição de Paulo Lôbo, “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”⁵¹

É da natureza humana dar e receber afeto, Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

“Todo ser humano, desde sua infância, precisa receber e dar afeto para se tornar integral. No seu processo de amadurecimento, seja na escola ou na família, ou mesmo no seu grupo de amizade, apelar aos sentimentos é, muitas vezes mais convincente do que apelar por argumentos racionais.”⁵²

Trata-se de princípio implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade: a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos,⁵³ a adoção, admitindo outra origem de filiação distinta da consanguínea,⁵⁴ entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus filhos, incluindo os filhos adotivos⁵⁵ e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem.⁵⁶

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.71.

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.70.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60.

⁵³ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º.

⁵⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 227, §§ 5º e 6º.

⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 226, § 4º.

⁵⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 227, *caput*.

2 REGIME DE BENS MATRIMONIAIS

2.1 Casamento

A família é considerada pelo Estado a base da sociedade, cumprindo, desse modo, ao Estado protegê-la. Conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”⁵⁷

No Brasil, a primeira Constituição a se referir sobre família foi a de 1934. As normas constitucionais de 1937, 1946 e 1967 também fizeram referência à família, mas de modo diverso ao conceito de família adotado pela Constituição Federal de 1988, que é amplo. As normas constitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988 faziam referência à família legal, ou seja, aquela oriunda do casamento que era indissolúvel, por ser o único a apresentar características de moralidade e estabilidade fundamentais ao preenchimento de função social.⁵⁸ Para Washington de Barros Monteiro, a família “representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”⁵⁹

Foi através da Constituição Federal de 1988 que se passou a reconhecer, além da família constituída pelo casamento, a família formada pela união estável entre homem e mulher⁶⁰ e o núcleo familiar formado por qualquer dos pais e seus descendentes,⁶¹ aqui incluídos os filhos biológicos e adotivos.

De acordo com Paulo Lôbo,⁶² esses núcleos familiares são apenas exemplificativos, desse modo não é possível excluir do conceito de família outros núcleos que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

⁵⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 226, *caput*.

No mesmo sentido: LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.412-1.414.

⁵⁹ WASHINGTON, de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 5v. p.15.

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 226, §3º e art. 227, *caput*.

⁶¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 226, §4º e art. 227, *caput*.

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, baseado, principalmente, nos princípios da afetividade e felicidade, passou a considerar como núcleo familiar aquele formado pela união homoafetiva.⁶³

Contudo, mesmo após o reconhecimento de núcleos familiares diversos do casamento, ainda assim este segue priorizado, é o centro do direito de família. Pode-se observar a importância do seu papel, desde as regras legais que o antecedem, até seus efeitos legais, dentre os quais o regime de bens que disciplina o patrimônio dos cônjuges.⁶⁴ Assim, dada a sua importância para o direito de família, bem como para a compreensão do tema regime de bens é necessário primeiramente que se aborde o tema “casamento.”

O casamento é um das formas de se constituir um núcleo familiar por meio da união formal, solene entre duas pessoas de gêneros opostos ou, ainda, do mesmo sexo.⁶⁵ Segundo Rizzardo, o casamento é “um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver em plena comunhão de vida.”⁶⁶

Para Maria Helena Diniz, o casamento “é o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”⁶⁷ O casamento é muito mais do que uma união entre duas pessoas, ele estabelece uma comunhão plena de vida⁶⁸ fundada na afetividade.

É importante destacar que o conceito de família não é imutável. Tanto é assim que se pode afirmar que os conceitos supramencionados estão, em parte, ultrapassados tendo em vista que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 175 concedeu aos casais homossexuais o direito a se casarem civilmente. Acerca do tema está superada a interpretação meramente literal frente à interpretação teleológica.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**, n.º 4.277. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 13 set. 2013.

⁶⁴LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.34-35.

⁶⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

⁶⁶RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

⁶⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁶⁸BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.511.

O principal elemento constitutivo do casamento é a vontade de ambos os nubentes de contrair matrimônio, mas a lei, de modo imperativo, é que definirá a sua forma, suas normas e os seus efeitos. Essas normas são de ordem pública e, por isso, não podem ser afastadas pela vontade das partes.⁶⁹ Nesse sentido é o apontamento de Maria Helena Diniz sobre o assunto:

“As partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, de modo pelo qual se dará a resolubilidade da sociedade ou do vínculo conjugal ou as condições da legitimidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações; tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é importante, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes as normas que a regem, portanto iniludíveis por simples acordo dos cônjuges.”⁷⁰

Entende-se que a liberdade em contrair matrimônio é mitigada, porque não basta a simples vontade dos nubentes, estabelece a lei requisitos indispensáveis a serem cumpridos pelos nubentes, esses requisitos devem ser comprovados por meio da habilitação para o casamento.⁷¹

A habilitação para o casamento é um procedimento administrativo, requerida por ambos os nubentes, e tem por finalidade demonstrar a capacidade para casar e a inexistência de fatos impeditivos matrimoniais e de causas suspensivas.⁷²

A capacidade para casar ou idade núbil é alcançada com 16 anos, mas é necessária autorização de ambos os pais ou dos seus representantes legais.⁷³ E havendo recusa injusta dos pais em consentir o casamento do filho maior que dezesseis e menor que dezoito anos de idade, pode o juiz suprir o consentimento.⁷⁴ Pode, ainda, o juiz autorizar o casamento de menores de 16 anos no caso de gravidez ou ainda para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal.⁷⁵

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.117-118.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.55.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p.118.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p.151.

⁷³ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.517.

⁷⁴ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.519.

⁷⁵ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.520.

2.2 Causas Impeditivas do Casamento

Impedimento matrimonial refere-se à proibição de caráter absoluto determinada pela lei de que uma pessoa possa contrair matrimônio com determinada pessoa.⁷⁶ Na lição de Maria Helena Diniz, “impedimento matrimonial é a ausência de requisitos para o casamento. Impede, portanto, a realização de casamento válido.”⁷⁷

Cumprido mencionar que o impedimento matrimonial não significa incapacidade para o matrimônio. Há incapacidade matrimonial quando a pessoa não pode contrair matrimônio com quem quer que seja.⁷⁸

O impedimento matrimonial refere-se à falta de legitimação para contrair matrimônio com certas pessoas, ou seja, a pessoa pode contrair matrimônio, desde que não seja com pessoas compreendidas na proibição. Maria Helena Diniz exemplifica o assunto:

“o irmão está impedido de casar com sua irmã, mas tem capacidade para se casar com outra moça; privado está de convolar núpcias com sua irmã em razão de laço de parentesco. O irmão é capaz, estando somente proibido de casar com sua irmã, por impedimento legal.”⁷⁹

As proibições legais (1.521 do Código Civil) abrangem causas referentes ao parentesco até o 3º grau (I a V), conteúdo moral (VII) e, ainda, incapacidade absoluta para o casamento em relação a pessoas já casadas.

O art. 1.521 do Código Civil de 2002 relaciona os impedimentos matrimoniais, estabelecendo que não podem se casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
 II – afins em linha reta;
 III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
 IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
 V – o adotado com o filho do adotante;
 VI – as pessoas já casadas;

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 13.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.131.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 82. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p.1.070.

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

Os impedimentos matrimoniais são opostos à união estável, pois ela somente pode ser reconhecida quando puder ser convertida em casamento, caso as partes queiram. Como exceção à regra de aplicação dos impedimentos matrimoniais à união estável, permite-se que pessoas já casadas que estão separadas de fato ou judicialmente mantenham uma união estável.⁸⁰

Contrair matrimônio com a inobservância dos impedimentos matrimoniais acarreta a nulidade do casamento, podendo ser opostos por qualquer pessoa ou pelo Ministério Público.⁸¹

2.3 Causas Suspensivas do Casamento

Acerca das causas suspensivas, o art. 1.523 do Código Civil de 2002 elenca um rol taxativo de pessoas que devem evitar contrair matrimônio em determinadas circunstâncias. Não se trata de regra proibitiva, mas simplesmente de recomendação, desse modo o casamento será perfeitamente válido. A única consequência para quem não observar uma causa suspensiva é a imposição do regime de separação obrigatória de bens⁸² e, a pedido dos nubentes, o juiz pode deixar de aplicar as causas suspensivas quando comprovada a inexistência de prejuízo a terceiros, nas hipóteses dos incisos, I, III e IV do referido artigo.⁸³

As causas suspensivas da celebração do casamento somente podem ser opostas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, também consanguíneos ou afins e não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz ou pelo oficial de registro civil.⁸⁴ Os parentes civis também podem alegar as causas suspensivas, conforme se prevê o enunciado nº 360 do Conselho da Justiça Federal: “As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser argüidas inclusive pelos

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.132.

⁸¹ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.549.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 145.

⁸³ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.523.

⁸⁴ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.524. No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Op. cit., p. 147. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p.1.077.

parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil.”

Incidindo o regime de separação obrigatória de bens em decorrência de causa suspensiva, os cônjuges podem requerer a mudança do regime de bens quando cessada a causa suspensiva.⁸⁵ Nesse sentido, o Enunciado n.º 262 do Conselho da Justiça Federal “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.”

Na celebração do casamento, os cônjuges assumem o compromisso de fidelidade mútua, assistência recíproca e de sustento, criação e educação dos filhos.⁸⁶

2.4 Aspectos Gerais Sobre os Regimes de Bens

Como a família é a base da sociedade, cumprindo ao Estado protegê-la, este impõe regras de ordem pública para a celebração do casamento.⁸⁷ O casamento gera dois efeitos jurídicos: pessoais e patrimoniais. Os efeitos pessoais estão previstos no capítulo VII da Constituição Federal dedicado principalmente à família e, ainda, nos artigos 1.566 a 1.570 do Código Civil de 2002. Os efeitos patrimoniais são definidos de acordo com o regime de bens adotado.⁸⁸

Os regimes de bens regulam as relações patrimoniais dos cônjuges, na vigência do casamento. Conforme Washington de Barros: “Regime de bens é o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento.”⁸⁹

Na definição de Arnaldo Rizzardo, o regime de bens é:

“o disciplinamento das relações econômicas entre o marido e a mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante a sua vigência.”⁹⁰

⁸⁵ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.639, §2º.

⁸⁶ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.566.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.148.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 207.

⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5v. p. 251.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 551.

As modalidades de regimes de bens são quatro, quais sejam: regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, regime de participação final nos aquestos e regime de separação de bens. À época da vigência do Código Civil de 1916, incluía-se o regime dotal, pelo qual o marido administrava os bens da esposa utilizando seus rendimentos nas necessidades do lar, e não trazia previsão quanto à participação final nos aquestos. O Código Civil de 2002 também trouxe como inovação a possibilidade de modificar o regime de bens durante a vigência do casamento,⁹¹ nos termos do § 2º, do art. 1.639: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

É facultada aos nubentes a escolha de qualquer um dos regimes de bens, devendo o direito de opção ser exercido anteriormente ao casamento,⁹² por meio de pacto antenupcial, salvo se o regime for o de comunhão parcial.⁹³ Contudo, se os nubentes contraírem matrimônio sem a observância das causas suspensivas do casamento; possuírem idade superior a 70 (setenta anos) ou dependerem de autorização judicial para casar, nega-se aos nubentes a faculdade de optar, impondo-lhes a lei o regime de separação de bens.⁹⁴ E, ainda mais, deixando os nubentes de optar por um dos regimes de bens ou a convenção for nula ou ineficaz, será imposto o regime de comunhão parcial.⁹⁵

2.4.1 Regime de Comunhão Parcial de Bens

O regime de comunhão parcial é denominado de regime oficial,⁹⁶ pois este prevalece na ausência de convenção dos nubentes, ou ainda, quando convencionado por meio de pacto antenupcial e este for considerado nulo ou ineficaz.⁹⁷

No aludido regime, os bens protegidos são de três espécies: bens particulares da esposa, bens particulares do esposo e bens comuns a ambos os cônjuges. Os bens particulares são os adquiridos antes do casamento ou recebidos durante o casamento a título gratuito em favor de um dos cônjuges, como por exemplo, herança, doações e legados.⁹⁸ Apesar de os bens adquiridos a título gratuito em favor de um dos cônjuges não se comunicarem com os

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 552.

⁹² BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.639, *caput*.

⁹³ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.640, parágrafo único, 2ª parte.

⁹⁴ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.641, *caput* e incisos I, II e III.

⁹⁵ BRASIL. Código Civil de 2002, art.1.640, *caput*.

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 567.

⁹⁷ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.640, *caput*.

⁹⁸ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.659.

bens do outro cônjuge, seus frutos se comunicam. Os bens comuns⁹⁹ são os bens adquiridos na constância do casamento, em decorrência da presunção absoluta de colaboração mútua para aquisição onerosa dos bens na vigência do casamento.¹⁰⁰

Os bens que não se comunicam, findo o vínculo conjugal, estão elencados no art. 1.659 Código Civil de 2002:

Art. 1.659 – Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Enumera o art. 1.660 do Código Civil de 2002 os bens comuns, que são aqueles que se comunicam com o patrimônio de ambos os cônjuges:

“Art. 1.660 - Entram na comunhão:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.”

A linha divisória entre os bens particulares de cada cônjuge e os bens comuns é traçada na celebração do casamento¹⁰¹ e acerca desse ponto, adverte Pontes de Miranda¹⁰² que os nubentes devem relacionar os bens móveis particulares de cada um, do contrário, serão considerados adquiridos na constância do casamento, entrando no patrimônio comum do casal.¹⁰³

⁹⁹ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.658.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p.291.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 341.

¹⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 8v. p. 438.

¹⁰³ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.662.

2.4.2 Regime de Comunhão Universal

A escolha por este regime se dá por meio de pacto antenupcial. Neste regime a regra é a comunhão de todos os bens dos cônjuges, somando-se os bens adquiridos por um dos cônjuges antes do casamento e os adquiridos na constância do casamento, transformando-se em uma única universalidade.¹⁰⁴

Apesar de a regra ser a comunhão de bens, o art. 1.668 do Código Civil de 2002 traz exceções. São excluídos: I – os bens recebidos por doação ou por herança com cláusula de incomunicabilidade. Os bens sub-rogados em seu lugar também não se comunicam; II – os bens gravados de fideicomisso, bem como o direito de fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, a não ser que tenham sido contraídas em proveito comum; IV – as doações feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; e V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho de cada um, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (art. 1. 659, V a VII). Referidas exclusões não alcançam os frutos provenientes desses bens na vigência do casamento.¹⁰⁵

No regime da comunhão universal as obrigações provenientes da prática de ato ilícito, estão excluídas da comunhão¹⁰⁶ e as dívidas contraídas antes do casamento não se comunicam, salvo quando se referirem ao casamento ou se forem convertidas em benefício do casal.¹⁰⁷

2.4.3 Regime de Separação de Bens

Este regime se constitui por meio de pacto antenupcial, salvo quando é imposto aos cônjuges, nos casos previstos no art. 1.641 do Código Civil de 2002. Por meio dele, cada cônjuge conserva para si os bens adquiridos a qualquer título antes e durante o casamento. Não há comunhão dos bens dos cônjuges, na verdade, formam-se dois patrimônios distintos e

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v. p. 484.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.240.

¹⁰⁶ BARROS, Washington de. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v. p.277

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v. p. 487.

cada cônjuge detém a posse e administração dos seus bens,¹⁰⁸ nessa mesma esteira é a definição de Washington de Barros: “Eis o regime em cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento.”¹⁰⁹

O regime de separação bens no casamento é legal ou convencional. É legal quando os cônjuges celebrarem casamento sem observar suas causas suspensivas, quando um dos nubentes for septuagenário e, por último, quando os nubentes dependerem de autorização judicial para casar, conforme determina o art. 1.641 do Código Civil de 2002. É convencional, quando as partes livremente optarem por este regime de bens através de pacto antenupcial.

Quando o regime de separação de bens for instituído por meio consensual, cada cônjuge pode alienar e onerar seus bens imóveis, além de prestar fiança e aval, sem a necessidade de consentimento do outro cônjuge. Do mesmo modo, cada cônjuge responde individualmente por suas dívidas e obrigações assumidas, sem vincular o patrimônio do outro. Excepcionam estes disciplinamentos as dívidas que foram contraídas para atender às necessidades da família, que serão de responsabilidade de ambos os cônjuges.¹¹⁰ Tanto é assim que, determina o art. 1.688 do Código Civil de 2002: “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.”

Se o regime de separação de bens for imposto pela lei, o ato de alienar ou onerar bens imóveis depende do consenso entre os cônjuges.¹¹¹

Apesar de a regra ser que cada cônjuge administre seus bens particulares, nada impede que um cônjuge administre os bens do outro cônjuge, sendo tal administração contratual e, portanto, lícita a estipulação de remuneração por esse serviço.¹¹² O cônjuge que estiver na posse dos bens particulares do outro será responsável como usufrutuário,¹¹³ se o

¹⁰⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 590.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 289.

¹¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.591. No mesmo sentido é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira em: **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013, 5v. p. 247.

¹¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 591.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 5v. p.246.

¹¹³ USUFRUTO: direito real pelo qual o usufrutuário pode usar coisa alheia e até patrimônio alheio, durante certo tempo, retirando frutos, utilidades e vantagens que o bem móvel ou imóvel produza. PAULO, Antônio

rendimento for comum, como procurador, se tiver mandato para administrar ou como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.¹¹⁴

Com o fim da sociedade conjugal, doutrina e jurisprudência divergem quanto à incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal no regime de separação legal e convencional de bens, que assim orienta: “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Entre os que defendem a aplicação da Súmula ao regime de separação legal, estão Arnaldo Rizzardo¹¹⁵ e Cristiano Chaves,¹¹⁶ pois entendem que há comunhão de aquestos em decorrência da presunção de ter havido mútuo esforço dos cônjuges na aquisição do bens durante a convivência matrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça adotou aludido entendimento no Agravo de Instrumento n.º 1.119.556/PR:

“[...]Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da súmula n.º 377 do Supremo Tribunal Federal[...].” (STJ, Relator: Ministro PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA), Data de Julgamento: 15/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA)

A aplicação da Súmula no regime de separação convencional é defendida por Paulo Lôbo,¹¹⁷ sob o argumento de que os bens adquiridos na vigência do casamento se comunicam quando for comprovada a aquisição por esforço de ambos os cônjuges, com o fim de evitar enriquecimento ilícito.¹¹⁸ Entre os que se posicionam contrariamente a esse

de. **Pequeno Dicionário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 352.

¹¹⁴ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.652.

¹¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.595.

¹¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p.302.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 357.

¹¹⁸ No mesmo sentido: “CIVIL E PROCESSUAL. INVENTÁRIO. PARTILHA DE BENS. REGIME VOLUNTÁRIO DE CASAMENTO. SEPARAÇÃO DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DO DE CUJUS ADQUIRIDO MEDIANTE PERMUTA DE PATRIMÔNIO (CABEÇAS DE GADO) FORMADO PELO ESFORÇO COMUM DO CASAL.SOCIEDADE DE FATO SOBRE O BEM. DIREITO À MEAÇÃO RECONHECIDO. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia,excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal. II. Impossibilidade de revisão fática, ante o óbice da Súmula n. 7do STJ. III. Recurso especial não

entendimento estão Cristiano Chaves, Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁹ e Washington de Barros Monteiro,¹²⁰ em razão da liberalidade que têm os nubentes em fixar regras no pacto antenupcial, desse modo se não dispuserem expressamente quanto aos aquestos, não haverá comunhão dos bens. Cristiano Chaves afirma, ainda, que “incidir a referida Súmula no regime de separação convencional seria, na prática, aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade.”¹²¹

Posicionamento contrário¹²² à incidência da súmula no regime de separação convencional é exemplificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA:

“CASAMENTO. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO DOS AQUESTOS. - A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. **Precedentes.**” (STJ REsp: 404088 RS 2001/0163483-7, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 17/04/2007, T3 - TERCEIRA TURMA).

2.4.4 Regime de Participação Final nos Aquestos

Este regime de bens é instituído pelo Código Civil de 2002 e se refere a um regime misto, formado pelas regras do regime de separação convencional de bens e do regime de comunhão parcial de bens.¹²³

conhecido.” (STJ REsp 286514 SP 2000/0115904-6 , Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 2/8/2007, T4 - QUARTA TURMA). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+286514+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 10 out. 2013.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 5v. p.246.

¹²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 40. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2010. 2v. p.297.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 303.

¹²² No mesmo sentido: “AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO COMUM. PACTO CELEBRADO EM OUTRO PAÍS. 1. Mantém-se a decisão monocrática que negou provimento à apelação, pois em consonância com a orientação jurisprudencial deste Tribunal. 2. O pacto antenupcial de separação total de bens firmado entre os litigantes, ainda que o casamento tenha sido realizado em outro país, é válido e eficaz no Brasil, segundo dispõe o § 4º do art. 7º da LICC, não havendo, em razão disso, cogitar sobre a partilha dos bens adquiridos na constância da união, uma vez que o único imóvel alegadamente pertencente às partes está em nome só do varão. 3. Não se há falar em aplicação ao caso em comento da Súmula de nº 377 do STF, pois ela se refere ao regime da separação legal de bens, e não ao regime da separação convencional. Recurso desprovido”. (TJ-RS - Agravo Nº 70027306448 RS, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 20/11/2008, Oitava Câmara Cível, Data de publicação: Diário da Justiça do dia 25/11/2008).

¹²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva,

Isso porque a participação final nos aquestos¹²⁴ prevê que na constância do casamento incidem as regras da separação convencional de bens, mas, no momento da dissolução conjugal, por morte ou divórcio, incidem as regras da comunhão parcial de bens.¹²⁵

Assim está definido no art. 1.672 do Código Civil de 2002:

“no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe à época da dissolução conjugal direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, à título oneroso, na constância do casamento.”

Diferentemente do que ocorre no regime da comunhão parcial em que os bens se comunicam desde o início do casamento, no regime da participação final dos aquestos, os bens só se comunicam quando da dissolução do casamento.¹²⁶

Durante o casamento, cada cônjuge mantém um patrimônio individual dos bens adquiridos antes e durante o casamento, a título gratuito ou oneroso, sendo conferida a cada um a livre administração do seu patrimônio e, na dissolução do casamento, cada cônjuge fará jus à metade dos bens adquiridos onerosamente pelo outro cônjuge.¹²⁷ Nos termos do art. 1.682 do Código Civil de 2002, esse direito à meação é irrenunciável, impenhorável e não admite cessão, na vigência do casamento.

Apesar de ser conferida a cada cônjuge a livre administração dos seus bens, ela não é absoluta. Somente os bens móveis podem ser livremente administrados pelo respectivo proprietário, sem a necessidade do consentimento do outro. É imprescindível, entretanto, a autorização do outro cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis. Essa obrigatoriedade de consentimento do seu consorte para dispor ou alienar bens imóveis pode ser afastada pelos cônjuges, por meio de deliberação expressa, ao celebrarem o pacto antenupcial.¹²⁸

A participação final nos aquestos ocorrerá se houver saldo positivo nos bens de um cônjuge, do contrário, será suportado pelo cônjuge que for dono do patrimônio, não

2014. 6v. p. 492.

¹²⁴ Aquestos: são bens adquiridos onerosamente durante a vigência do casamento.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243.

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹²⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 307.

recaindo sobre o outro cônjuge. Com exatidão, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald definem que, “na participação final dos aquestos, os esposos ficam associados nos ganhos e dissociados nas perdas.” O levantamento dos bens a serem partilhados será realizado com a dissolução da sociedade conjugal.¹²⁹

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 305.

3 A INCAPACIDADE EM RAZÃO DA IDADE: ANOTAÇÕES CRÍTICAS À LEGISLAÇÃO CIVIL EM VIGOR E À HERMENÊUTICA FORMADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM RELAÇÃO AO TEMA.

A imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta é anos é instituto pouco explorado pela doutrina, mas de grande importância para os operadores do direito, haja vista ser cada vez maior o número de idosos nessa faixa etária que reconstruem suas vidas, buscando a felicidade e têm seus direitos, garantidos pela Constituição e Estatuto do Idoso, violados em face do que dispõe o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002.

A Constituição Brasileira é norma basilar do sistema jurídico brasileiro, desse modo toda norma infraconstitucional deve obedecer a princípios e regras contidos em seu bojo para serem válidas. Assim, inconstitucional é a norma que deixa de observar o que determina a Carta Magna.¹³⁰

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, estabelece como direitos fundamentais a igualdade e a liberdade; já em seu art. 1º, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Ainda, o Estatuto do Idoso,¹³¹ em seu art. 2º, assegura aos idosos todos os direitos fundamentais relativos à pessoa humana, em condições de liberdade e dignidade.

Nessa linha de pensamento, é que se afirma que a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos (art.1.641, II do CC) se põe em colisão com os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade. Corroborando com esse entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que: “o Direito Civil não pode, de forma alguma, distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se a estrita obediência às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consistem nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.”¹³²

A regra da imposição em relação à idade já estava prevista no Código Civil de 1916, que impunha à mulher maior de 50 anos e ao homem maior de 60 anos, o regime de

¹³⁰ SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 46-47. No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 54-55.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 04 ago. 2013.

¹³² FARIAS. Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.137.

separação obrigatória de bens.¹³³ Com a promulgação da Constituição de 1988 essa diferença de idade entre homem e mulher foi revista e, com base no princípio da isonomia, previsto no seu art. 5º, a idade passou a ser de 60 anos, para ambos os sexos. Tal alteração não retirou a inconstitucionalidade do dispositivo, visto que só teve o condão de atender ao princípio da isonomia, e não ao princípio da liberdade.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a previsão continuou a existir e foi alvo de severas críticas, a exemplo, as proferidas por Maria Berenice Dias. Veja-se:

“[...] Até agora - e esta minha frase ecoou em todo o Brasil - nós mulheres somos idiotas a partir dos 50 anos, mas daqui para frente todos passaremos a ser imbecis aos 60. Bela vantagem: ganhamos nós mulheres mais 10 anos de higidez mental.”¹³⁴

Em 2010, o art. 1.641, II, do Código Civil foi alterado pela Lei 12.344/10, que majorou a idade para 70 anos, para ambos os sexos. Tal mudança foi justificada pelo aumento da expectativa de vida do brasileiro, em relação à época em que foi projetado o Código Civil de 2002.

Muitos se posicionaram de forma contrária à inovação trazida por essa lei, argumentando que se trata não de um avanço em direção ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, mas, na verdade, de um retrocesso.

O Presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), Rodrigo da Cunha Pereira, foi um dos que se posicionaram de forma contrária à referida lei, afirmando que:

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

Esta nova lei tem o mérito de trazer à reflexão e proporcionar a importante discussão sobre os limites de intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos, sobre a

¹³³ BRASIL. Código Civil de 1916, art. 258: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. Parágrafo Único. É, porém, obrigatório o da separação de bens ao casamento: [...] II- do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; [...]”Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹³⁴ DIAS. Maria Berenice. Artigo: **O Novo Código Civil**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7863-7862-1-PB.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

contradição da restrição à liberdade de escolha do regime de bens do casamento, sobre expectativas de herança, enfim, sobre os perigos das paixões. A partir desta nova lei, a Presidente eleita, Dilma Rousseff, se vier a se casar novamente não está mais obrigada a se casar pelo regime de separação de bens. Por outro lado, os ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso e Jose Sarney, por terem mais de 70 anos de idade continuam semi-interditados, ou seja, se vierem a se casar novamente têm restrição em sua liberdade na escolha das regras econômicas de suas novas relações amorosas.

[...]

Paira sobre esta restrição não apenas uma inconstitucionalidade e um atentado às liberdades individuais daqueles que chegam aos setenta anos de idade e são automaticamente semi-interditados, mas principalmente o preconceito. Para o senso comum, alguém com mais de sessenta ou setenta anos de idade que estabelece uma relação amorosa com outra pessoa bem mais nova está sendo ludibriada e deve ser protegida. O preconceito está principalmente em acreditar que pessoas mais velhas não são capazes de despertar o amor e o desejo em alguém bem mais jovem. E é assim que se vai construindo histórias de exclusão e expropriação da cidadania. Ainda bem que a maturidade, a segurança emocional e o próprio dinheiro podem ser outros novos elementos de atração e sedução para quem está na chamada terceira idade, já que o corpo certamente não é mais o encanto principal. Não há mal nenhum alguém ter dinheiro e isto ter se tornado um “valor agregado”, para usar uma expressão do mercado econômico, que tange e conduz também o mercado erótico e amoroso.

Embora a lei seja bem intencionada, ela é tímida e perdeu uma boa oportunidade para acabar de vez com um dos resquícios de atraso do ordenamento jurídico brasileiro. Tal restrição atenta contra a liberdade individual e fere a autonomia e dignidade dos sujeitos.”¹³⁵

Maria Berenice Dias, em seu artigo “Lei Sobre Regime de Bens é Retrógrada”, também externa seu posicionamento contrário à Lei 12.344/10, da seguinte forma:

“[...] Apesar de ter sido festejada, este é o real alcance da nova lei que tem um conteúdo dos mais retrógrados. Chancela um absurdo. Quem sabe para não frustrar a expectativa de eventuais herdeiros, que avizinham a possibilidade de receber os bens do parente que, afinal, já está velho e não tem o direito de ser feliz. Venceu a ganância dos parentes, que tem mais valor do que o amor.”¹³⁶

A problemática acerca da inconstitucionalidade da norma afeta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, além de afetar outros princípios que dele decorrem. O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado pela Constituição de 1988, no seu art. 1º, III, como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme salienta Alexandre de Moraes, a dignidade é:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, apenas

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Lei Sobre Regime de Separação de Bens é Retrógrada**. Disponível em: <arpenpe.org/?tag=artigo&paged=4>. Acesso em: 04 mar. 2014.

¹³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Artigo: **Restrições ao Direito de Amar**. Disponível em: <arpenpe.org/?tag=artigo&paged=4>. Acesso em: 04 mar. 2014.

excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹³⁷

Centrados no princípio da dignidade da pessoa humana, estão os direitos inerentes à personalidade. O indivíduo, ao nascer com vida, dota-se de direitos da personalidade, conferidos, expressamente, pelo Código Civil de 2002.¹³⁸ Estes direitos são da essência do indivíduo, voltados à afirmação dos seus valores existenciais, em seus variados aspectos, como físico, psíquico e intelectual. Nessa ordem de ideias, a personalidade é parte integrante da pessoa. A personalidade confere ao seu titular a possibilidade de contrair obrigações e adquirir direitos.¹³⁹ As características mais importantes dos direitos de personalidade, sem dúvida, referem-se à sua intransmissibilidade e indisponibilidade.¹⁴⁰ Regras que limitam a autonomia de vontade e autodeterminação da pessoa são incompatíveis com o que preceitua a Carta Magna de 1988.

A dignidade da pessoa humana é o centro dos direitos da personalidade e não deve ser violada. Em total afronta a esse princípio é o que dispõe o art. 1.641, II, do Código Civil, ao impedir a plena manifestação de vontade da pessoa, pautado somente na idade, sem óbices que imponham restrições à manifestação de vontade.

A liberdade de escolha é característica primordial do casamento, constituindo um direito à liberdade nupcial e não se admitem cláusulas que limitem essa escolha, conforme se depreende do artigo 1.514 do Código Civil: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

Livre é a pessoa para escolher e manifestar sua vontade de casar, sem que o ordenamento jurídico lhe imponha restrições, desde que preenchidos os requisitos legais para

¹³⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22. Gustavo Tepedino, a outro giro, diz que “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução da desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”[TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50]

¹³⁸ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 2º.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133.

¹⁴⁰ BRASIL. Código Civil de 2002, art. 11.

realização do casamento. A livre escolha do regime de bens que regulará o patrimônio dos nubentes é regra estipulada no Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, que assim dispõe: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” Ainda, o art. 1640, parágrafo único, do mesmo dispositivo legal estabelece que:

“poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

Os dispositivos supramencionados confirmam a liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens para o casamento. Assim, se ao nubente com idade inferior a 70 anos é concedido o direito de escolha quanto ao regime de bens, não há motivo em não ser reconhecido o mesmo direito aos maiores de 70 anos.

3.1 Incapacidade em razão da idade instituída pelo livro de família do Código Civil de 2002.

O ordenamento jurídico confere às pessoas naturais a capacidade jurídica que se divide em capacidade de direito, que é a aptidão de contrair obrigações e, ainda, adquirir direitos, pessoalmente ou por meio de terceiros (representante ou assistente);¹⁴¹ e capacidade de fato (ou de exercício), que é a aptidão para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil.¹⁴²

A capacidade de fato ou de exercício é adquirida ao se atingir a maioridade, que ocorre aos dezoito anos completos.¹⁴³ A capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, trazida nos arts. 3º e 4º do Código Civil:

“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I- menores de dezesseis anos;
II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III- ao que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los:
I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV- os pródigos.”

¹⁴¹BRASIL Código Civil Brasileiro de 2002, art. 1º.

¹⁴²BRASIL.Código Civil Brasileiro de 2002, art. 5º.

¹⁴³BRASIL.Código Civil Brasileiro de 2002, art. 5º.

Os indivíduos considerados incapazes absolutos e relativos são impedidos de praticarem os atos da vida civil por si sós, necessitando de representação e assistência, respectivamente, para exercerem os atos da vida civil. Como trata-se de restrições ao livre exercício da capacidade jurídica plena, devem ser admitidas excepcionalmente e interpretadas de forma restritiva.¹⁴⁴

Adquirida a capacidade plena, esta somente cessará em casos extremos e por meio de processo judicial de interdição. Para que se declare a incapacidade de uma pessoa é necessária a realização de perícia, audiência e interrogatório do interditando realizado pessoalmente pelo juiz.¹⁴⁵

Como se observa dos dispositivos acima, que têm róis taxativos, os maiores de setenta anos não figuram como incapazes absolutos, tampouco como incapazes relativos, não se justificando, por si só, que a velhice, implica em incapacidade, partindo da ideia de que os artigos limitadores da plena capacidade civil devem ser interpretados restritivamente.

O legislador, ao estabelecer que o nubente maior de setenta anos, deve obrigatoriamente, casar pelo regime de separação de bens, violou princípios constitucionais, por reduzir a sua autonomia como pessoa, forçando-o a uma norma reducionista, além de impor restrição não prevista na Constituição. O mesmo entendimento tem João Baptista Villela, ao afirmar 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 à terceira idade.”¹⁴⁶

Em todas as hipóteses em que a lei impõe o regime de separação legal de bens, a imposição pode ser afastada, salvo quando se trata dos nubentes maiores de setenta anos. De acordo com Paulo Lins e Silva essa norma transmite discriminação, ao afirmar que:

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253. No mesmo sentido, tem se posicionado a jurisprudência: “o fato de o interditando ter idade biológica avançada não justifica, por si só, a interdição, se o mesmo não é portador de nenhum problema mental que o impeça de gerir sua própria pessoa, conforme apontado em perícia médica” (TJ/MG, Ac. unân. 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0481.02.018476-0/001 – Comarca de Patrocínio, rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 14.2.06, DJMG 10.3.06).

¹⁴⁵ BRASIL. Código Civil, art. 1.771.

¹⁴⁶ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 3, nº 2, p. 35, *apud* DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641**: inconstitucionais limitações ao direito de amar. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/1-art.1641-inconstitucionaislimita%E7%esaodireitodeamar.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

“é bastante desigual o tratamento concedidos àqueles que, após uma vida de vitórias, gloriosa e exaustivamente conseguindo amealhar valores e patrimônios representativos, tenham de ser obrigados a se casar nesta fase madura da vida, pelo regime imposto pelo Estado.”¹⁴⁷

Essa restrição, em total confronto com o princípio da igualdade, não atinge os enlaçados pela união estável, desse modo é dado tratamento diferenciado à união estável e ao casamento, visto que a norma impositiva do regime de separação de bens aos septuagenários é restritiva de direito, motivo pelo qual não pode ser aplicada de forma analógica. (no mesmo sentido: ver subitem 3.2.5; Em sentido contrário: ver subitem 3.2.2)

A imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, em tese, se sustenta em dois argumentos: a proteção do idoso maior de setenta anos contra o “golpe do baú”; proteção da herança em favor daqueles que a herdarão.

Em defesa da manutenção da norma, manifesta-se Ênio Santarelli Zuliane, ponderando que:

“A intervenção do Estado neste assunto é de ordem preventiva, uma garantia para a paz familiar, porque, afinal, o patrimônio de uma história de lutas, dificuldades, sacrifícios de um núcleo familiar, poderá ser dissolvido com a mesma rapidez com que se encerra a carícia dissimulada.”¹⁴⁸

Opina pela constitucionalidade da norma, Washington de Barros Monteiro, por entender que a imposição não viola a Constituição Federal de 1988. Veja-se o entendimento exarado por ele:

“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

¹⁴⁷ SILVA, Paulo e Lins. **O casamento como contrato de adesão e o regime legal**, apud PEREIRA, Rodrigo da CUNHA. **Família e Cidadania**. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 359.

¹⁴⁸ ZULIANE, Ênio Santarelli. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese. marc./abr. 2002, n. 6, 3v. p.102.

seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.”¹⁴⁹

Respeitados os posicionamentos favoráveis a norma, a doutrina majoritária a repudia, considerando-a inconstitucional. Tanto é assim, que os juristas participantes da I Jornada de Direito Civil, conforme disposto no Enunciado n.º 125 do Conselho da Justiça Federal, propuseram a revogação do art. 1.641, II, sob o seguinte fundamento:

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

Em relação à proteção da herança em favor daqueles que a herdarão, Flávio Tartuce e José Fernando Simão afirmam que “a justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão.”¹⁵⁰

Fábio Ulhoa Coelho também entende que a norma é inconstitucional, afirmando que:

“é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 60 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com essa idade, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana.”¹⁵¹

Para Caio Mário da Silva, essa norma é discriminatória em relação aos idosos, sendo, portanto, inconstitucional:

“[...] Esta regra, não encontra justificativa econômica nem moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesses nestas faixas etárias, certo

¹⁴⁹ Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil: Família**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 2v. p.202.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p.146.

¹⁵¹ COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família - Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.99.

também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação aos idosos, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.”¹⁵²

3.2 Análise Jurisprudencial

Feitas as considerações doutrinárias sobre a matéria, é de grande importância trazer o entendimento que nossos tribunais têm formado sobre o assunto. Cumpre salientar que, devido a recente alteração do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, pela Lei 12.344/2010, a jurisprudência que será utilizada sobre o tema é anterior à referida alteração. Apesar disso, a jurisprudência a que me reportarei, cumprirá satisfatoriamente o objetivo deste trabalho que é demonstrar a inconstitucionalidade da norma que impõe à pessoa, que atinge idade estipulada por lei, deverá casar-se pelo regime de separação de bens.

3.2.1 Recurso Especial n.º 102059/SP. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento: 28/05/2002, Data da Publicação: DJ 23/09/2002.

A decisão a seguir é de grande relevância, visto que foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tribunal uniformizador de jurisprudência e último intérprete de lei federal.

Ementa:

“CASAMENTO. REGIME DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL ESTABELECCENDO O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL. MULHER COM MAIS DE CINQUENTA ANOS. INADIMISSIBILIDADE. ARTS. 257, II, E 258, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CÓDIGO CIVIL.

-A norma do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, possui caráter cogente. É nulo e ineficaz o pacto antenupcial firmado por mulher com mais de cinquenta anos, estabelecendo como regime de bens o da comunhão universal. Recurso especial conhecido e provido.”

Este primeiro julgado trata de Recurso Especial interposto com o fim converter a separação em divórcio e declarar a nulidade do pacto antenupcial, onde foi convencionado o regime da comunhão universal. Em síntese, o cônjuge (autor da ação) alega que à época da convenção do pacto antenupcial a cônjuge (ré da ação) já contava com mais de 50 anos, assim deveriam ter se casado pelo regime da separação de bens, conforme regra estabelecida no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916.

A Turma, por unanimidade deu parcial provimento ao recurso para declarar nulo o pacto antenupcial, sob o fundamento de que o pacto transgrediu regra cogente do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil.

¹⁵² SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Forense:Rio de Janeiro, 2013. 5v. p.215

3.2.2 Apelação Cível n.º 364.475-7. Tribunal de Justiça de Curitiba, Rel. Desembargador Luiz Antônio Barry, 11ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 14/03/2007, Data de Publicação: DJ 13/04/2007.

O Tribunal de Justiça de Curitiba compartilha do mesmo entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ARROLAMENTO DE BENS - NA ÉPOCA EM QUE FOI ESTABELECIDO A UNIÃO ESTÁVEL O DE CUJUS CONTAVA COM IDADE SUPERIOR À SEXTENTA ANOS - **POR FORÇA DO ART. 1.641 DO CC, É OBRIGATÓRIO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA O CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 60 ANOS** - EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO - COMUNHÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - SUMÚLA 377 DO STF. APELAÇÃO DESPROVIDA.”

A apelação cível foi interposta pela cônjuge sobrevivente com a finalidade de se reconhecer o regime da separação universal de bens estipulado em contrato, visto que viveu em união estável entre 1992 a 2003, ano que seu cônjuge faleceu.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que se aplica o regime da separação de bens àqueles que se casam ou estabelecem união estável com mais de sessenta anos de idade, nesse passo o pacto antenupcial que estabeleceu o regime de comunhão universal é nulo, pois quando foi estabelecida a união estável um dos cônjuges já possuía mais sessenta anos.

3.2.3 Apelação Cível n.º 70017318940. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Desembargadora Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Data do Julgamento: 20/12/2006.

Ementa:

“CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. APELO PROVIDO.”

A ação ajuizada pela cônjuge viúva busca o reconhecimento de herdeira dos bens deixados pelo cônjuge falecido, sob o fundamento de que viveram em união estável por 20 anos, entre 1980 até 13/04/2000, quando, então, se casaram pelo regime da separação obrigatória de bens, pois o seu falecido esposo já contava com mais de 60 anos. Alegou que, se não fosse a imposição legal, o regime de comunhão parcial continuaria vigorando entre eles, em face da união estável estabelecida antes do casamento. No âmbito da ação declaratória de união estável contra a sucessão do falecido esposo, foi julgado parcialmente procedente seu pleito para reconhecer a união estável mantida entre os cônjuges, assegurando-lhe a meação dos bens adquiridos durante a união estável e o casamento. Porém, a sentença não reconheceu a autora como herdeira, nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil,¹⁵³ motivo pelo qual a cônjuge supérstite interpôs apelação cível.

A relatora do recurso, Des. Maria Berenice Dias, registrou seu posicionamento contrário à imposição do regime de separação de bens, quando um ou ambos os cônjuges atingem a idade fixada em lei. Afirmando que não pode a lei presumir baseada apenas em limite etário, que a pessoa deixou de ter capacidade para conduzir sua vida.

Registrou, ainda, que atualmente o casamento é fundamentado na afetividade e, não mais, no patrimônio como antigamente. Por conseguinte, o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 está em dissonância com o contexto jurídico e a realidade social, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Vale a pena transcrever trechos do voto da mencionada relatora:

“O princípio da dignidade da pessoa humana atua, pois, como sendo uma qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Assim, não restam dúvidas que a presunção da incapacidade decorrente do inciso II do parágrafo único do artigo 258 do Código Civil de 1916 e inciso II do art. 1641 do Código atual, importa na limitação de tais características. Impor-se aos cidadãos a adoção de um regime legal de bens pela superveniência de determinada idade, resultaria na condenação – e com data marcada - da perda dignidade, ou seja, seria como lhes negar o direito à própria vida, enquanto seres humanos capazes, independentes, livres e iguais.

¹⁵³BRASIL. Código Civil de 2002, art. 1.829, I: “A sucessão legal defere-se na ordem seguinte: I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, **salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens** (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.” Grifei.

Ademais, a Constituição é a norma hipotética fundamental validante do ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente com os direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma fundante, orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo.

Nesses termos, não há como cogitar da recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela Constituição Federal, assim como da constitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil.¹⁵⁴

O apelo da autora de ser reconhecida como herdeira foi provido sob a fundamentação de ser inconstitucional o tratamento desigual conferido pelo Código Civil de 2002 aos companheiros e cônjuges quanto aos direitos sucessórios, por garantir mais direitos àqueles do que a estes, assim foi aplicado ao caso o regime da comunhão parcial.

3.2.4 Apelação Cível n.º 007.512-4/2-00. Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Desembargador Cezar Peluso, Segunda Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 18/08/1998.

Ementa:

“CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez – **Inaplicabilidade** do art. 258, parágrafo único (**atual art. 1641, CC**), **que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor** – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. **É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva** (‘substantive due process of law’), já não vige a restrição constante do art. 258, §. único, II, do Código Civil”- Grifei.

A apelação cível foi interposta pela filha de um dos cônjuges com o fim de anular as doações realizadas antes do casamento e no curso dele, em favor do seu consorte, alegando ser nulas referidas doações por infringirem as normas do arts. 312 e 258, II, do Código Civil de 1916, que determinam, respectivamente, a proibição de doações antenupciais no regime de separação obrigatória de bens e a imposição do regime de separação de bens ao nubente sexagenário, se homem, e quinquagenária, se mulher.

O relator desse recurso, o Des. Cezar Peluso, ao proferir seu voto, manifestou-se contrariamente à regra que suprime o direito da pessoa de dispor do seu patrimônio por se

¹⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70017318940/2006. Des. Maria Berenice Dias - Julgado:20/12/2006. 7ª Câmara Cível.

contrária a sua dignidade humana. Pela relevância do seu voto, merece ser, em síntese, aqui transcrito:

“[...] Tampouco são nulas as doações ulteriores ao matrimônio. E não o são, porque o disposto no art. 258, § único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis numa no quadro de referências sociais doutra época, **não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República**, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa.

É que seu sentido emergente, o de que o varão sexagenário e mulher quinquagenária não tem liberdade não tem liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

[...]

Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidade da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção de capacidade jurídica.

[...]

Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, **atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana**, que é um dos fundamentos da República (art. 1, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras do paternalismo insultuoso, todo o peso de uma **intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência. Intimidade e autonomia do cônjuge.**”¹⁵⁵

Por unanimidade, a Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso.

3.2.5 Apelação Cível n.º 70023452725. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, Data do Julgamento: 08/05/2008.

Ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. UNIÃO ESTÁVEL. 1) REGIME DE BENS. ART. 1.641, II, CC/02. INAPLICABILIDADE. **Não se aplica à união**

¹⁵⁵SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00. Des. Cezar Peluso. Julgamento: 18/8/98. 2ª Câmara de Direito Privado.

estável o art. 1.641, II, CC/02, por afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e pelo descabimento de aplicação analógica para restringir direitos. O regime de bens na união estável é o da comunhão parcial, ainda que um dos companheiros tivesse mais de sessenta anos. 2) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Ainda que a autora não tenha requerido o direito real de habitação, ele pode ser concedido de ofício. 3) MEAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. A sub-rogação, para ser reconhecida, deve restar inequivocamente demonstrada. Inexistindo tal prova nos autos, concede-se o direito de meação à autora sobre o imóvel adquirido na vigência da união estável. Apelação da sucessão/ré desprovida. Recurso adesivo da autora provido.”¹⁵⁶Grifei.

A apelação cível foi interposta pela filha do companheiro falecido, com a finalidade de afastar a sentença que reconheceu o direito real de habitação à companheira supérstite. Alega que, por analogia, em se tratando de pessoa maior de 60 anos, aplica-se o regime da separação de bens à união estável.

O relator do recurso manifestou-se pela inaplicabilidade analógica da norma prevista no art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 à união estável. Fundamentando seu voto, afirmou que a referida norma é inconstitucional por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e atentar contra o direito da igualdade por discriminar a pessoa em razão da sua idade.

Afirmou, ainda, que não é razoável uma pessoa de 18 anos manifesta-se com total liberdade acerca do regime de bens no casamento, mas ser vedado à pessoa maior de 60 anos referida liberalidade, por entender que pessoas nessa faixa etária não estão em posição de vulnerabilidade, pelo contrário, pessoas com muito mais de sessenta anos de idade estão aptas para todos os atos da vida civil.

Por fim, afirmou que mesmo que seu posicionamento fosse pela constitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil de 2002, tal regra não seria aplicada por analogia à união estável, por ser restritiva de direito. Por unanimidade foi negado provimento à apelação.

¹⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70023452725. Julgamento: 08/05/2008. 8ª Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade.

3.2.6 Apelação Cível n.º 745-67.2004.8.06.0043/1. Tribunal de Justiça do Ceará. Rel. Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota, Quinta Câmara Cível, Data do Julgamento: 30/09/2011.

Ementa:

“CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO A CONSORTE. NUBENTE SEPTAGENÁRIO. FRAUDE AO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 258, § ÚNICO, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. NÃO VIGE MAIS TAL RESTRIÇÃO POIS INCOMPATÍVEL COM AS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE JURÍDICA E DA INTIMIDADE. RESPEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III E 5º, INCISOS I, X E LV DA CF/1888. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS. 1. O referido artigo realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de sessenta anos, e com o advento da Lei nº 12.344, de 09/12/2010, tutelou os maiores de setenta anos de idade, de uma união fugaz e exclusivamente interesseira. Vale ressaltar também, que **este dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional.** 2. **Acerca da restrição apontada pelos apelantes, tem-se assentes que o artigo 258, inciso II do Código Civil de 1916 tem tido sua aplicação mitigada pela doutrina e jurisprudência, a considerarem que foi reproduzido pelo Código Civil de 2002 (artigo 1641, II).** 3. A doação realizada a apelada, foi com relação à parte disponível do patrimônio do autor da herança, em observância ao direito à legítima dos autores, os herdeiros necessários, mesmo porque não se pode doar acima do disponível sem que prejudique dos herdeiros necessários, no caso, os ora apelantes. 4. Ademais, tal limitação apontada pelo apelantes não pode superar a vontade do autor da doação, não podendo ser ignorada especialmente pelo fato de que o mesmo gozava plenamente, ao tempo da doação, de suas faculdades mentais, não havendo motivo para desconsiderar um ato da vontade deste de apenas deixar amparada a pessoa que lhe acompanhou nos seus últimos dias de vida. 5. Sentença confirmada 6. Apelação conhecida e improvida.”¹⁵⁷ Grifei.

A apelação cível consiste, em síntese, em anular as doações realizadas pelo falecido cônjuge em favor da sua esposa, casados sob o regime de separação de bens. O recurso foi interposto pelos filhos do cônjuge falecido, sob a alegação de que a doação violou o art. 258, II, do Código Civil de 1916, pois à época do casamento seu pai já contava com 70 anos, o que impôs que o casamento fosse regido pela separação de bens.

O Ministério Público de 1ª instância opinou pela regularidade das doações, por entender que a norma supramencionada, bem como o art. 312 do mesmo diploma legal, não foram recepcionados pelo Código Civil de 2002.

¹⁵⁷ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 745-67.2004.8.06.0043-1. Julgamento: 30/09/2011. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota.

Foi negado provimento ao apelo, reconhecendo a validade das doações realizadas pelo *de cujus* à sua esposa, sob o fundamento de que o art. 258, II, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Afirmando, ainda, que se o contraente com setenta anos ou mais tem plena capacidade civil para todos os atos da vida civil e para dispor de seu patrimônio, não existe nenhum argumento capaz de acolher a regra que limita a autonomia de vontade do nubente.

3.2.7 Apelação Cível n.º 2011.057535-0. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Rel. Desembargador Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, Data do Julgamento: 01/12/2011.

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - **MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM**

CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”¹⁵⁸ Grifei.

A apelação cível foi interposta pelos cônjuges que viveram em união estável de 1964 até 2006, quando constituíram matrimônio. À época do matrimônio, foi-lhes imposto o regime da separação de bens, pois os nubentes contavam, um com 85 anos e o outro com 61 anos de idade, como ainda estão plenamente capazes querem alterar do regime de separação de bens para o regime universal de bens.

A Quarta Câmara de Direito Civil, por unanimidade, deu provimento ao recurso, por entender que estando presente a plena capacidade psicológica dos cônjuges, deve prevalecer a autonomia de vontade para elegerem o regime de bens que lhes aprouver.

3.2.8 Incidente de Inconstitucionalidade n.º 2010107802. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Rel. Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 17/11/2010.

EMENTA.

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - **INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil.**”¹⁵⁹ Grifei.

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado no recurso de apelação cível em face do art. 1641, II, do Código Civil de 2002.

Provocada a se manifestar a Procuradoria de Justiça emitiu parecer no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade do referido artigo.

O juiz relator convocado, José dos Anjos, entendeu ser inconstitucional o artigo ora analisado por confrontar com princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por

¹⁵⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2011.057535-0. Julgamento: 01/12/2011- Relator: Luiz Fernando Boller. Quarta Câmara de Direito Civil.

¹⁵⁹ SERGIPE. Tribunal de Justiça. Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010107802. Julgamento: 17/11/2010 – Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho – Tribunal Pleno.

presumir em face, tão somente, de critérios objetivos, que o idoso se tornou incapaz em razão de ter atingido a idade prevista na lei e, ainda, por confrontar o art. 226, da Constituição Federal, pois ao invés de facilitar a conversão da união estável em casamento, cria óbice nos efeitos atinentes ao casamento, principalmente sobre o regime de bens.

A jurisprudência apresentada reflete, de forma majoritária, o que se espera de um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, se posicionando pela inconstitucionalidade do art. 258, II, do Código Civil de 1916 que foi reproduzido pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002.

Em síntese, a jurisprudência entendeu que a norma que suprime a autonomia de vontade do nubente idoso caminha na contramão da principiologia constitucional, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia de vontade e da igualdade. Ademais, entendeu que a norma é discriminatória, por reduzir o idoso, em razão da sua faixa etária, a um ser indefeso, vulnerável e incapaz de gerir o patrimônio construído ao longo de sua vida, não podendo a lei, somente utilizando critério objetivo, presumir a perda da capacidade da pessoa.

Observa-se que fundamento trazidos pela doutrina e jurisprudência favoráveis à aplicação do dispositivo ora analisado, por ter a finalidade precípua de proteger o idoso contra o amor puramente “interesseiro”, em virtude do idoso se encontrar em estado de vulnerabilidade e de fragilidade, demonstra-se ineficaz, pois em caso de interesse puramente econômico de um dos cônjuges, o “interesseiro” pode, simplesmente, firmar contrato de união estável, onde os cônjuges poderão optar livremente por qualquer um dos regimes de bens matrimoniais. Poderia, ainda, burlando totalmente a norma, um cônjuge septuagenário transferir bens através de doações, testamento ou aquisição de bens em nome do seu cônjuge. Senão, veja-se jurisprudência nesse sentido:

Ementa:

“Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do casamento. Validade. -São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime de separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relações às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores de cinquenta,

presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3º da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.¹⁶⁰

Em 13.12.1991, os cônjuges contraíram núpcias, à época um com 71 anos e o outro com 33 anos de idade. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, casaram-se sob o regime de separação legal de bens. No dia 12.06.1994, o cônjuge idoso veio a óbito deixando sua filha como sua única herdeira, que deu início ao processo de inventário, onde alegou que na constância do casamento, o seu falecido pai efetuou doação de um imóvel, de propriedade dele, à sua esposa e adquiriu bens em nome dela. Pugna pela declaração de nulidade desses negócios jurídicos e pela declaração de que ela é a proprietária dos bens doados, pois é a única herdeira do falecido, sob o fundamento de que os arts. 258, II e 312 do Código Civil de 1916 e a jurisprudência vedam a doação entre os cônjuges quando o regime de bens adotado é o da separação legal.

A relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, ao proferir seu voto, fez quatro observações importantes: primeiro, que se os cônjuges não tivessem se casado, não haveria impedimento para as doações feitas pelo cônjuge. E como a Constituição no art. 226, § 3º, da Constituição Federal estabelece que deverá ser incentivado a conversão da união estável em casamento, não há lógica em se admitir que o casamento desses cônjuges implique, para eles, restrições de direitos, em vez de majoração de direitos.

Segundo, que o cônjuge poderia ter disposto, por meio de testamento, de todo o seu patrimônio disponível dando-o a sua esposa. Assim, se o cônjuge tem capacidade mental para realizar esse ato, não faz sentido limitar sua capacidade para realizar doações na vigência do casamento.

Terceiro, que o Código Civil de 1916, em seu art. 1.173, vedava as doações antenupciais para os sexagenários ou quinquagenárias, mas a vedação desaparecia após o casamento.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 471.958 – RS (2002/0136764-8). Julgamento: 18/12/2008 – 3ª Turma.

E, por último que, apesar de mantida no Código Civil de 2002, a obrigatoriedade de realização do casamento entre sexagenários e/ou quinquagenárias pelo regime da separação de bens, não há vedação quanto às doações antenupciais. Isso, nas palavras da relatora, se refere a “uma indicação bastante clara de que está correta a interpretação ora adotada, segundo a qual a referida restrição não foi recepcionada pela sociedade contemporânea. Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO, do presente recurso especial.”¹⁶¹

Corroborando com esse mesmo entendimento, colacionam-se outros julgados semelhantes:

Ementa:

“Inventário Arrolamento Sucessão do companheiro União estável iniciada quando o “de cujus” era maior de 60 anos Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil Precedentes Ausência de herdeiros necessários Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso Companheira que tem direito à integralidade da herança Recurso provido.”¹⁶²

A apelação cível foi interposta pela companheira sobrevivente com o objetivo de ver reconhecido o seu direito à única herdeira do companheiro falecido com o qual manteve união estável entre 1999 a 2008, sob o fundamento de ser a única herdeira dos bens já que inexistentes descendentes e ascendentes do falecido.

Ao julgar a demanda, o relator manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, por discriminar o idoso.

Manifestou-se também pela inconstitucionalidade da norma contida no art. 1.790, III, do mesmo diploma legal, por fazer diferenciação na sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, pois a Constituição veda a diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, por possuírem aspectos idênticos, que são a afetividade, a solidariedade e o respeito.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 471.958 – RS (2002/0136764-8). Julgamento: 18/12/2008 – 3ª Turma.

¹⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 039928-78.2009.8.26.0577 (2013/0000580336). Julgamento: 19/09/2013.

Em face do exposto foi dado provimento ao recurso da apelante reconhecendo o seu direito à totalidade da herança.

No mesmo sentido posicionou-se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Ementa:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTE DISPONÍVEL DESTINADA À ESPOSA POR TESTAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEMANDA DESPROVIDA DE CONDENAÇÃO. ARTIGO 20, §4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Apesar de ser defesa a inclusão do cônjuge casado em regime de separação obrigatória de bens, como herdeiro necessário, é certo que poderá ser eleito como herdeiro testamentário, tendo em vista que não há vedação legal que o coíba ser destinatário da metade disponível da herança do de cujus. Aplica-se o §4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, quando se trata de causa desprovida de condenação. Em observância às alíneas "a", "b" e "c", do artigo 20, § 3º, do CPC, os honorários advocatícios devem ser fixados em consonância com o grau de zelo, o tempo despendido e o trabalho dos patronos, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa. Recursos dos autores e da ré conhecidos e não providos.”¹⁶³

A apelação cível foi interposta com a finalidade de declarar nulo o testamento público do cônjuge falecido que deixou 50% de sua casa à sua segunda esposa, sob o fundamento de que o casamento foi realizado pelo regime de separação de bens em razão do cônjuge falecido ter a idade de 85 anos à época do casamento.

A relatora do processo entendeu que o nubente casado pelo regime de separação de bens não pode figurar como herdeiro necessário, em virtude de vedação legal, todavia não há proibição para que seja destinatário da metade disponível da herança do cônjuge falecido. Razão pela qual negou provimento ao apelo.

¹⁶³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 504.079. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Julgamento: 11/05/2011.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou de analisar a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, que obriga o cônjuge septuagenário a casar-se pelo regime de separação de bens. Esta análise embasou-se em pontos doutrinário e jurisprudencial contra a norma supracitada. Ainda considerando toda a pesquisa realizada para este trabalho, há a necessidade de que fique uma base de conhecimento para as novas pesquisas sobre o tema. E por fim, a caracterização incólume da inconstitucionalidade da norma.

Todos os nubentes com idade superior a 70 (setenta) anos têm total liberdade para escolher o regime de bens que melhor lhes convém. Observa-se que o argumento favorável à norma, que é de proteger o patrimônio do idoso contra o famoso “golpe do baú”, não se sustenta visto que o idoso pode dispor de seu patrimônio por meio do instituto da doação, do testamento, bem como pode adquirir bens em nome do seu cônjuge. Ora, o rijo da norma não pode alcançar, por exemplo, um homem com mais de 70 (setenta) anos e uma mulher em igual idade. Como considerar um pretense golpe em uma situação como esta? E a situação em que um homem quer ceder os seus bens a uma jovem? Por esses e por outros motivos, a norma supracitada merece ser declarada inconstitucional.

Com o devido respeito, há de se discordar dos entendimentos favoráveis à imposição do regime de separação de bens aos septuagenários que foram apresentados neste trabalho. Como se pôde observar, o legislador prevê a liberalidade dos nubentes optarem pelo regime de bens que lhes seja mais conveniente e que devem se manifestar por meio de pacto antenupcial, na falta de pacto, o Código Civil impõe o regime de comunhão parcial de bens.

Nesse passo, para que fosse possível analisar a compatibilidade constitucional, ou não, da norma ora posta em análise, o primeiro capítulo apresentou o conceito de princípio e a sua distinção das regras, apresentou a principiologia constitucional e do direito de família e a força normativa da Constituição Federal.

Por sua vez, o segundo capítulo discorreu sobre a família, as variadas formas de constituí-la, em especial por meio do casamento, onde foram apresentados conceitos, causas impeditivas e suspensivas do casamento.

Também foi analisado o instituto do regime de bens e suas modalidades, quais sejam: regime da comunhão parcial, regime da comunhão universal, regime de participação final nos aquestos e o regime de separação de bens, destacando as características de cada regime.

O terceiro e último capítulo procurou demonstrar as razões pelas quais é possível afirmar que a previsão legal que determina a aplicação do regime de separação de bens aos septuagenários é inconstitucional, mostrando os posicionamentos doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

Diante de todos os argumentos expostos ao longo dos três capítulos do presente trabalho, tornou-se possível afirmar que a limitação legal padece de inconstitucionalidade, por contrariar preceitos constitucionais, discriminando o idoso em razão de sua idade, presumindo a sua senilidade, pessoas que deveriam ser tratadas pela sociedade com respeito e como referência de sabedoria.

As normas que diminuem o livre exercício da capacidade jurídica plena devem ser admitidas excepcionalmente e interpretadas de forma restritiva. Ademais, não pode a lei, por critério tão somente objetivo, em razão da idade, presumir a senilidade do idoso, devendo a incapacidade ser declarada por meio de processo de interdição, onde o juiz analisará o caso concreto para só então declarar ou não a perda da capacidade de uma pessoa. Assim, estando o destinatário da norma em plenas condições de gerir sua própria vida, o caráter protetivo da norma deve ser afastado.

A Constituição Federal apresenta a família de forma singular e prevê que sejam facilitados os meios para que as pessoas que se amam possam constituir sua família sem complicações. Em outras palavras, que seja facilitada a conversão em seus mais singulares interesses em um casamento onde possam escolher o regime de bens conforme seus planos para o futuro familiar. Não há que se tolher a capacidade de um cidadão que tenha mais de 70 (setenta) anos de sonhar e planejar seu futuro familiar de forma livre, conforme prevê a Constituição Federal.

Os mais elevados cargos públicos são ou foram ocupados por pessoas idosas, alguns deles, por pessoas com mais de setenta anos, revelando que ainda estão totalmente

capacitadas para todos os atos da vida civil. Vice-presidente do Brasil, Michel Temer, 74 anos; Ex-presidente do Senado (2009-2013), Renan Calheiros, 84 anos; Presidente do Brasil (1995-2002), Fernando Henrique Cardoso, 83 anos; Senador Cristovam Buarque, 70 anos.

Então como pode um cidadão tomar decisões que afetam todo o povo brasileiro, mas não tem autonomia para dispor quanto ao regime de bens de seu casamento?

Não há como negar que a norma é discriminatória e abusiva, trazendo em seu bojo resquícios de um Estado patrimonialista e controlador da vida privada. O Estado Democrático de Direito tem por fundamento a Dignidade da Pessoa Humana, com isso as normas devem ser interpretadas em favor da pessoa. Norma que limita a livre manifestação de vontade para definir o regime de bens em face de limite de idade, seja a idade que for, é discriminatória, é atentatória aos preceitos da Constituição Federal. Sendo forçoso concluir pela sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Código Civil de 1916. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: ago. 2013.

_____. Constituição Federal de 1988.

_____. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 102059/SP. Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento: 28/05/2002, Data da Publicação: DJ 23/09/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 471.958 – RS (2002/0136764-8)- Julgamento: 18/12/2008 – 3ª Turma.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 471.958 – RS (2002/0136764-8)- Julgamento: 18/12/2008 – 3ª Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, n.º 4.277. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>. Acesso em: 13 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 286514 SP 2000/0115904-6 , Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 2/8/2007, T4 - QUARTA TURMA). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+286514+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 10 out. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 745-67.2004.8.06.0043/1. Rel. Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota, Quinta Câmara Cível, Data do Julgamento: 30/09/2011.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família - Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURITIBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 364.475-7. Rel. Desembargador Luiz Antônio Barry, 11ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 14/03/2007, Data de Publicação: DJ 13/04/2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Lei Sobre Regime de Separação de Bens é Retrógrada**. Disponível em: <arpenpe.org/?tag=artigo&paged=4>. Acesso em: 04 de mar. de 2014.

_____. **O Novo Código Civil**. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7863-7862-1-PB.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 504.079. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito. Julgamento: 11/05/2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Direito, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. 2ª Câmara. Cível n.º 1.0481.02.018476-0/001 – Comarca de Patrocínio, rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 14.2.06, DJMG 10.3.06).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 8v.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5v.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22.

PAULO, Antônio de. **Pequeno Dicionário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.92, apud Dias, Maria Berenice. Art. 1641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/1-art.1641-inconstitucionaislimita%E7%F5esaodireitodeamar.pdf> Acesso em: 27 de mai. de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Restrições ao Direito de Amar**. Disponível em: <arpenpe.org/?tag=artigo&paged=4>. Acesso em: 04 de mar. de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo Nº 70027306448 RS, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 20/11/2008, Oitava Câmara Cível, Data de publicação: Diário da Justiça do dia 25/11/2008).

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70017318940. Rel. Desembargadora Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Data do Julgamento: 20/12/2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70023452725. Rel. Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, Oitava Câmara Cível, Data do Julgamento: 08/05/2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSAS, Daniella Ribeiro de Andrade. **A imposição do regime de separação de bens aos sexagenários**. Disponível em: <<http://idososeseusdireitos.blogspot.com.br/2010/05/imposicao-do-regime-de-separacao-de.html>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2011.057535-0. Rel. Desembargador Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, Data do Julgamento: 01/12/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 007.512-4/2-00. Rel. Desembargador Cezar Peluso, Segunda Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 18/08/1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 039928-78.2009.8.26.0577 (2013/0000580336) –Julgamento: 19/09/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direito Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade n.º 2010107802. Rel. Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 17/11/2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Paulo e Lins. **O casamento como contrato de adesão e o regime legal**, *apud* PEREIRA, Rodrigo da CUNHA. Família e Cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 3, n.º 2, p. 35, *apud* DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/1-art.1641-inconstitucionaislimita%E7%esaodireitodeamar.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2013.

WASHINGTON, de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 5v.

ZULIANE, Ênio Santarelli. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese. marc./abr. 2002, n. 6, 3v.