

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

MAURO PINTO SERPA

**OBRIGATORIEDADE DO REGIME
DE SEPARAÇÃO DE BENS:
PRIVAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE
OU PROTEÇÃO AOS IDOSOS?**

**BRASÍLIA-DF
2012**

MAURO PINTO SERPA

**OBRIGATORIEDADE DO REGIME
DE SEPARAÇÃO DE BENS:
PRIVAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE
OU PROTEÇÃO AOS IDOSOS?**

Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora no Centro Universitário de Brasília, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer-pflug.

**BRASÍLIA-DF
2012**

SERPA, Mauro Pinto.

Obrigatoriedade do regime de separação de bens: privação à autonomia da vontade ou proteção aos idosos? / Mauro Pinto Serpa. – Brasília [S.n.], 2012.

130 p.

Dissertação de mestrado UniCEUB. Mestrado em Direito e Políticas Públicas.

Direito de Família. Idosos. Políticas Públicas Protetivas. Septuagenários. Regime de Casamento. Separação obrigatória. Capacidade Civil

CDU – 347.61

MAURO PINTO SERPA

**OBRIGATORIEDADE DO REGIME
DE SEPARAÇÃO DE BENS:
PRIVAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE
OU PROTEÇÃO AOS IDOSOS?**

Dissertação de mestrado apresentada ao Centro Universitário de Brasília como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca Examinadora

Presidente: Prof.^a Dr.^a Samantha Ribeiro Meyer-pflug.

Doutora - Universidade Católica de São Paulo - PUC

Prof.^a Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof.^o Dr.^o Daniel Amin Ferraz

Doutor - Universidad de Valencia

Prof. Centro Universitário de Brasília - UniCeub

Prof.^a Dr.^a Mônica Bonetti Couto

Doutora - Universidade Católica de São Paulo - PUC

Prof.^a Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof.^a Dr.^a Dirce Mendes de Fonseca

Doutora - Universidade de Brasília –UNB

Prof.^a Centro Universitário de Brasília - UniCeub

BRASÍLIA-DF

2012

Ao meu pai Almir e a memória de minha mãe Iracema, pela minha formação.

Aos meus amigos que entenderam minha ausência, principalmente Tia Nair, Família Nery, Anderson, Joca e Jurema.

A Letícia Calderaro, amiga de todas as horas, pela incansável colaboração no trabalho.

Agradeço a Deus a coragem para a tarefa do mestrado.

Aos professores Daniel Amin Ferraz, Roberto Armando Ramos de Aguiar, Dirce Mendes da Fonseca e Paulo Roberto de Almeida, pelas brilhantes aulas ministradas.

A professora Samantha Ribeiro Meyer-pflug pelos inúmeros momentos de orientação, de paciência e de amizade. Aprende-se melhor com quem se gosta.

“Devia-se nascer velho, começar pela sabedoria, para decidir o seu destino”

Ana Blandiana

“A idade não é decisiva; o que é decisivo é a inflexibilidade em ver as realidades da vida, e a capacidade de enfrentar essas realidades e corresponder a elas interiormente”.

Max Weber

“Cada pessoa tem uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode anular”

John Rawls

RESUMO

Dissertação sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos idosos. Análise da obrigatoriedade do regime patrimonial de separação obrigatória aos maiores de setenta anos e o possível conflito com os direitos humanos positivados. Utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica, pelo estudo da doutrina pertinente, em livros, artigos científicos, relatórios e pareceres. A presente pesquisa encontra-se arraigada no campo dos princípios constitucionais de Direito de Família e na área de proteção a dignidade da pessoa humana. Delimita-se na proteção a autonomia da vontade e da liberdade de escolha do regime patrimonial de cônjuges idosos. Estudar-se-á a intervenção do Estado e tal imposição legal, discutindo se é atentatória à liberdade individual da pessoa idosa, que é sujeito de direitos e de deveres como qualquer cidadão. Analisar-se-á se a idade é motivo suficiente para que determinados direitos lhes sejam podados. A pesquisa será estruturada com base na construção teórica sobre o tema proposto no sentido dos objetivos, finalidades e benefícios esperados no campo das políticas públicas de proteção ao idoso em face do exercício da cidadania. O regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, podendo ser um conjunto de estipulações convencionais e de normas cogentes, ou apenas de normas legais, quando não for exercida a escolha. Embora o ordenamento jurídico admita a liberdade de escolha e de decisão aos integrantes de uma família, o princípio da disponibilidade está mitigado, pois mesmo com a disponibilidade e variabilidade na definição do regime de bens no casamento a lei civil vigente recepcionou o regime da separação obrigatória, que excepciona o princípio da liberdade de escolha. A obrigatoriedade do regime da separação de bens aos maiores de setenta anos está contida no inciso II do artigo 1.641 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, e mesmo tendo tal restrição caráter aparentemente protetivo pode constituir verdadeira incoerência no ordenamento jurídico nacional. Questionar-se-á se existe ofensa a Constituição Federal na medida que o legislador deixou de verificar a isonomia constitucional preconizada nos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Igualmente, cumpre ser analisado se resta ofendido o artigo 3º da Constituição Federal Brasileira. Apontando as considerações anteriores, ainda há a relevância no estudo do tema para abordagem da capacidade civil, tornando-se necessário questionar se ao atingir “qualquer idade” justifica-se restrição à prática de atos jurídicos, em geral. Pesquisar-se-á, ainda, o conflito da hermenêutica contextual da norma com a hermenêutica da união estável, da Súmula 377 do STF e com a longevidade do brasileiro.

Palavras-chave: Direito de Família. Idosos. Políticas Públicas Protetivas. Septuagenários. Regime de Casamento. Separação obrigatória. Capacidade Civil

ABSTRACT

Dissertation about the obligation of property separation marital regimen for the elderly. Analysis of compulsory matrimonial separation for over seventy years old people and the possible conflict with the encoded human rights. This paper will work with bibliographic research, by study of the relevant doctrine, in books, scientific articles, reports and opinions. This research is rooted in the field of constitutional family law principles and in the area of protecting the dignity of the human person. It is delimited in protecting the freedom of choice and of matrimonial property of elderly spouses. the State's intervention as a legal enforcement, discussing whether it's an attack on individual freedom of elderly people, which is subject of rights and duties as any citizen. The work intends to analyze if the age is enough reason for certain rights to be pruned. The research will be structured on theoretical basis on the proposed theme towards the goals, targets and expected benefits in the field of public policies to protect the elderly on their citizenship. The property regimen in marriage aims to regulate the relationships between the spouses. It may be a set of conventional stipulations and mandatory rules, or just laws, not exercised by choice. Although the legal system admits the freedom of choice and decision to the members of a family, the principle of availability is mitigated, because even with the availability and variability in the definition of the property during marital regimen the Brazilian civil law establishes mandatory separation, which is an exception to the principle of freedom of choice. The requirement of the scheme of separation of goods to people over seventy years old contained in section II of article 1,641 of the Bill n. 10,406 of January 10th, 2002, and even having such a restriction may constitute true inconsistencies apparently protective in anomaly national legal system. The paper questions if the Brazilian Federal Constitution is anyhow offended to the extent that the legislature failed to verify the constitutional equality and fundamental guarantees, both individually and collectively as well as the article 3rd. Pointing out the above considerations, the work is also relevant to study the civil capacity, asking whether if 'any age' is achieved there should be a justified restriction to the practice of legal acts in general. It will also inquire the conflict of contextual law hermeneutics and the hermeneutics of concubinage, the Brazilian Supreme Court-made law 377 and the Brazilian's nation longevity.

Keywords: Family Law. Elderly. Public Protective Policies. Septuagenarians. Marital Regimen. Mandatory separation. Civil Capacity

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE INDIVIDUAL E A PROTEÇÃO AO IDOSO | 12 |
| 1.1. O caráter normativo de dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 | 13 |
| 1.2. Do princípio da liberdade individual: autonomia da vontade, uma releitura da liberdade..... | 15 |
| 1.3. Do conceito de idoso e o dever em assisti-lo | 18 |
| 1.3.1. Conceito e finalidade de Políticas Públicas | 27 |
| 1.3.2. O marco jurídico da proteção do idoso no Brasil..... | 33 |
| 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS CARACTERÍSTICAS PATRIMONIAIS | 44 |
| 2.1. Entidades Familiares | 46 |
| 2.1.1. Casamento | 50 |
| 2.1.2. União Estável | 60 |
| 2.2. Dos Regimes Patrimoniais | 65 |
| 2.2.1. Comunhão Universal | 70 |
| 2.2.2. Comunhão parcial | 73 |
| 2.2.3. Participação Final nos Aquestos | 78 |
| 2.2.4. Separação de Bens | 81 |
| 2.2.4.1. Separação Voluntária | 83 |
| 2.2.4.2. Separação Obrigatória | 85 |
| 2.2.4.3. Súmula 377 do STF | 87 |
| 3. OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS: PRIVAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE OU PROTEÇÃO AOS IDOSOS | 90 |
| 3.1. A obrigatoriedade da separação de bens na união estável | 92 |
| 3.2. O aumento da expectativa de vida e a alteração legislativa para setenta anos | 97 |
| 3.3. Da “in” capacidade civil e oligofrenia senil | 100 |
| 3.4. Análise jurisprudencial | 105 |
| CONCLUSÃO | 113 |
| REFERÊNCIAS | 119 |

INTRODUÇÃO

Tratar-se-á de analisar nesta dissertação, com base nos Princípios Constitucionais de Direito de Família, especialmente, na área de garantia dos direitos à dignidade da pessoa humana, a proteção da vontade e da liberdade individual, precipuamente, no tocante a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos idosos:

A pesquisa encontra-se arraigada no campo dos Princípios Constitucionais de Direito de Família e na área de proteção a dignidade da pessoa humana. O escopo do trabalho é a demonstração teórica dos aspectos constitucionais e da eficácia da norma jurídica, no intuito de discutir-se a obrigatoriedade no regime de bens é privação à autonomia da vontade ou proteção aos idosos.

O estudo será estruturado na construção da base teórica sobre o tema proposto no sentido dos objetivos, finalidades e benefícios esperados no campo da proteção ao idoso e da livre escolha do regime patrimonial em uniões conjugais. Delimitar-se-á a análise a proteção da vontade e a liberdade de escolha do regime patrimonial. A importância do trabalho está na análise da longevidade do ser humano, nos direitos dos idosos e nas garantias dos seus direitos constitucionais, principalmente pelo observado envelhecimento da população brasileira.

O objetivo da pesquisa é ampliar o conhecimento sobre a imposição do regime patrimonial da separação obrigatória pela mera questão cronológica, por intermédio da estrutura jurídica aplicada. Para alcançar a finalidade desejada, têm-se como objetivos específicos: analisar a política protetiva insculpida no inciso II, do artigo 1641 do Código Civil e a regulamentação das relações familiares no âmbito do Direito de Família, vez que vem sofrendo alterações com o desaparecimento de dogmas e princípios antes consideráveis inabaláveis; e a constitucionalização do Direito de Família.

Utiliza-se para alcançar tal desiderato o método hipotético-dedutivo. O desenvolvimento do trabalho abrangerá a discussão sobre os princípios constitucionais

inerentes ao Direito de Família, o marco jurídico da proteção do idoso no Brasil e o regime da separação de bens, com a determinação da incomunicabilidade dos bens e dívidas anteriores e posteriores ao casamento, que constitui gênero, dividido em duas espécies: a convencional e a obrigatória. Nesse diapasão, estudar-se-á o regime da separação de bens obrigatória, estabelecido no artigo 1.641, do Código Civil, o qual determina que se casem neste regime as pessoas com os impedimentos descritos nas causas suspensivas do casamento; todos os que dependerem de suprimento judicial para casar e a pessoa maior de setenta anos.

Nessa seara, o Estado, sob o argumento protetivo, na aplicação de uma política pública para septuagenário, aduz ser este impedimento manifestado em razão de interesses sociais e éticos, buscando assegurar uma pseudo-proteção patrimonial de pessoas que tenham acumulado algum patrimônio durante a vida e, diante da expectativa de vida que possuem, possam ser prejudicadas por interesses de eventuais oportunistas. Estudar-se-á a intervenção do Estado com a imposição legal, discutindo se é atentatória à liberdade individual do maior de setenta anos, que é sujeito de direitos e de deveres como qualquer cidadão.

No primeiro capítulo será analisado o conceito de dignidade da pessoa humana, suas abrangência e delimitação, bem como o seu papel como núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. De igual modo será abordado o princípio da liberdade, sua amplitude e o conceito de autonomia individual. Nesse contexto é que será abordado o critério utilizado para a definição de idoso, a forma de proteção concedida a esses atores na Constituição de 1988, nas leis infraconstitucionais e nas políticas públicas de proteção, com a análise do papel do Estado na sua proteção.

No segundo capítulo será examinada a constitucionalização do Direito de Família, a sociedade conjugal e as suas características patrimoniais. Serão estudados os institutos familiares do casamento, da união estável, das entidades familiares eudemonistas, bem como os regimes patrimoniais existentes para a realização patrimonial em sociedade conjugal: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos, separação voluntária e obrigatória. Dar-se-á ênfase ao regime patrimonial obrigatório aos cônjuges maiores de setenta anos, suas características e a recente alteração legislativa levada a cabo nesse regime.

No terceiro capítulo será enfrentada a proteção da liberdade individual e da privação à autonomia da vontade em face do regime patrimonial obrigatório exclusivamente pela idade cronológica, com vistas a verificar se encontram afrontados ou não os princípios constitucionais. Nesse particular será analisada se a idade avançada, *de per si*, constitui critério legítimo para legislação desse jaez.

A pesquisa será estruturada com base na revisão bibliográfica, pelo estudo da doutrina pertinente, em livros, artigos científicos, relatórios e pareceres e na jurisprudência pátria.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE INDIVIDUAL E A PROTEÇÃO AO IDOSO

Deve-se a Immanuel Kant a primeira tentativa de elucidar o princípio da dignidade humana, posto ter sido Kant o primeiro filósofo a adotar que não se pode atribuir valor ao homem, assim entendido como preço, justamente na medida em que deve ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional.¹

A dignidade da pessoa humana se constitui em núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais.² É a partir da dignidade da pessoa humana que se desenvolvem todos os demais direitos e garantias fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana segue fortemente ancorado na concepção filosófica Kantiana no sentido de que o ser humano deve ser sempre considerado com um fim e não um meio, repudiando, assim qualquer pretensão de “coisificação ou instrumentalização” do homem. A partir desses apontamentos filosóficos, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que a dignidade humana pode ser concebida como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável (considerando os parâmetros adotados pela OMS) além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³[...]. Este princípio tem função instrumental e integradora do sistema, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos Direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

¹ Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995. p. 71-72.

² Princípio da dignidade da pessoa humana - Cumpre ressaltar que segundo este princípio o ser humano deve ser respeitado como pessoa, quer no que tange a sua integridade física, moral, intimidade, sua vida, propriedade, sua liberdade de escolha e a sua autonomia, constituindo-se uma qualidade que lhe é intrínseca, irrenunciável e inalienável, elemento que o qualifica como ser humano e dele não pode ser destacado. Apenas para reforçar o acima exposto aduz-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce de todos os Direitos e garantias individuais. **KNAACK, Joana D. M.** Imposição do regime da separação obrigatória de Bens no Casamento do maior de sessenta anos de idade . *IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=283>. Acesso em: 07 nov 2009. Porto Alegre (RS).

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.70.

Observa-se que é condição primordial que haja a segurança dos direitos fundamentais pelas Constituições como a única forma para a ascensão da dignidade da pessoa humana. Não se trata de um favor prestado pelo Estado, mas de fundamentos intrínsecos ao ser humano, que devem estar garantidos pelo Estado através do ordenamento jurídico e da segurança jurídica que as Constituições devem propor quando lastreadas no princípio da proibição do retrocesso social.

Assim, referencia a Constituição Federal de 1988⁴, o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor e princípio fundamental inserido no texto constitucional no artigo 1º, III. *In verbis*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III - a dignidade da pessoa humana; [...].”

1.1. O caráter normativo de dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988

A dignidade da pessoa humana. Aduz Luís Roberto Barroso assume dimensão transcendental e normativa intrínseco na Constituição Federal de 1988, passando a transformá-la não somente "no documento maior do direito público, mas no centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.”⁵ O Constituinte de 1988 reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.⁶

No título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana está expressamente definida como um dos fundamentos do Estado social democrático, ganhando importância no Direito Constitucional positivo como fundamento do Estado democrático de direito, o qual tem a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, além de representar uma das bases do planejamento familiar, fundado na dignidade da pessoa humana, na

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set 2011.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.60

⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-65.

paternidade responsável e de assegurar à todos, principalmente à criança, ao adolescente e ao idoso o direito a sua existência digna.

A dignidade da pessoa humana, instituída como Direito fundamental na Constituição, é regra jurídico-positivo dotada na plenitude de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia. Paulo Bonavides, ao se referir ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que sua densidade jurídica constitucional há de ser máxima, e, se houver reconhecidamente um princípio no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.⁷

A dignidade foi prevista pelo legislador constituinte como limite à atuação das majorias e ao ser positivado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ganhou importância como núcleo essencial de nossa Constituição formal e material imputando funções ao Estado como meio de realizar o ser humano, sendo dotado, por isso, de aspectos normativos e vinculantes quando da defesa de seu próprio núcleo material, o princípio do mínimo existencial.

Há uma dupla posição ao princípio da dignidade, vez que se apresenta como norma, quando verificada a defesa do mínimo existencial, e elemento conformador das demais normas, quando se apresenta como princípio. Entretanto, mormente todo este aspecto normativo, para que decorra a proteção positiva se faz primordial considerar a dignidade como atributo da personalidade da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se pode confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.

Dentre os aspectos componentes do arcabouço material e da dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana encontra-se o princípio da liberdade. A dimensão pessoal da dignidade da pessoa humana impõe o dever geral negativo, quais sejam, de não violar, não fazer, quanto ao respeito à liberdade individual e aos direitos decorrentes do exercício de tal liberdade, como a autonomia da vontade.⁸

⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

⁸ Cf. BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006 p. 229-267

1.2. Do princípio da liberdade individual: autonomia da vontade, uma releitura da liberdade

A liberdade é uma das maiores conquistas do ser humano. Ela é protegida no sistema constitucional atual⁹ em todas as suas acepções: de locomoção, pensamento, expressão artística, científica, de imprensa, religiosa e de culto, de reunião, de associação, sindical e econômica. Para José Horácio Meirelles Teixeira o conceito de liberdade envolve:

- a) Como seu sujeito, o homem, não mais abstratamente considerado como ‘indivíduo’, simples instrumento ou meio da ação do Estado, mas como pessoa, dotada de liberdade, racionalidade e destino sobrenatural.
- b) Como objeto da liberdade, isto é, da atividade livre, teremos aquelas condições de desenvolvimento da pessoa humana, sejam negativas (ausência de atividades, restrições, limitações estatais ou sociais que se oponham à plenitude desse desenvolvimento), sejam positivas (prestação daquelas condições positivas que cooperam para essa realização pessoal).¹⁰

A ausência da proteção da liberdade do indivíduo faz com que os demais direitos percam de certa maneira sua razão de ser. Para Ives Gandra da Silva Martins Filho: “A liberdade é uma das notas definidoras do homem. Como animal racional, o homem é dotado de inteligência e vontade. A liberdade é, justamente, a decorrência necessária da racionalidade humana. Trata-se de traço constitutivo do ser humano.”¹¹

A liberdade antecede à noção do Estado, sendo dotada de um conteúdo relativo e também inalienável. Maria Garcia enuncia que: “ao perder a liberdade o homem perde a sua

⁹ CF/ 88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 set 2011.

¹⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 668.

¹¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Reflexões sobre a Liberdade*. In: *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.1, n.4, abr./jun, 2004. p. 36.

humanidade”¹². Do que podemos concluir, ser humano, portanto, é ser livre: o homem é um *ser-para-a-liberdade*.”¹³

É possível identificar duas concepções de liberdade: a antiga e a moderna. Na primeira a liberdade diz respeito a sua necessidade de participação do indivíduo na sociedade, sem restrições por parte do Estado. Já a liberdade moderna visa a evitar que o indivíduo sofra um impedimento no exercício de um direito ou uma atividade.

Para José Afonso da Silva: “Liberdade é conquista constante”¹⁴, já para Alfredo Varela: “Agora, antes de tudo, é preciso ter uma profunda convicção, e é que a liberdade mais depende dos indivíduos que da lei escrita.”¹⁵

Já Montesquieu concebe a liberdade, como uma liberdade dentro da lei: “É preciso ter presente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder.”¹⁶

Hans Kelsen elucida que é imprescindível que em cada ordenamento jurídico haja o que ele designou de um “mínimo de liberdade”:

A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição.¹⁷

A Constituição de 1988 garante a liberdade em toda a sua magnitude, erigindo à condição de direito fundamental, cláusula pétrea, ou seja, não é possível de alteração por meio da edição de emenda constitucional. A proteção à liberdade já consta do próprio preâmbulo à Constituição de 1988. Já o art. 3º, inc. I estabelece como um dos objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária. No art. 5º, *caput* que trata dos direitos e garantias

¹² GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 32.

¹³ Cf. MONSTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. São Paulo: Saraiva, 3ªed., 1994, p. 162.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

¹⁵ VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro: Reforma das instituições Nacionais*, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial 2002, p. 263

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*, São Paulo: Saraiva, 3ªed., 1994. p. 163.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado, 6ªed., 1984, p. 73

fundamentais deixa certo que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Desta forma, constitucionalmente somos iguais, independente de quaisquer condições. Refutar garantias individuais é retirar direito constitucional assegurado. É o mesmo que tolher o indivíduo das próprias escolhas. O princípio da liberdade individual está intimamente ligado associado à democracia e se associa à autonomia privada no segmento da liberdade de escolha. Exemplifica a respeito Maria Cecília Bodin de Moraes:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier.¹⁸

A citação demonstra a manifestação da autonomia da vontade privada como um direito basilar do princípio da liberdade, principalmente quando concernente as escolhas pessoais. Não se pode olvidar que o vetor da ponderação entre os valores envolvidos é a proteção da liberdade. Giuseppe Branca conceitua a autonomia da vontade como “o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”.¹⁹

Observado que o princípio da autonomia da vontade preconiza que o homem é livre para contratar ou não contratar, bastando que o objeto da convenção seja lícito, passar-se-á a discussão entre o princípio da liberdade, da autonomia da vontade privada e o Direito de Família, consubstanciando o casamento. Antes, interessante ressaltar as palavras de Flávio Tartuce :

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual, mas também na ótica familiar. Quando se escolhe, na escada do afeto com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável, ou com quem casar, estar-se falando em autonomia privada. Quanto ao ato de ficar este é o primeiro degrau da escalada do afeto, sendo certo que o STJ já entendeu que tal conduta pode influenciar na presunção da paternidade, principalmente se somada à recusa ao exame de DNA.^{20 e 21}

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107.

¹⁹ BRANCA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto privato*. 6. ed.. Bologna: Editore S.p.A, 1975, p. 63

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 990.

²¹ BRASIL. STJ, Resp. Nº: 557.365/RO. Relatora: Ministra Nancy Angridi, 3ª turma, julgado em 07/04/2005, DJ 03/10/2005, p.242.

Colacionada a citação, corrobora-se a assertiva de que a autonomia da vontade privada se estende além dos contratos, ao direito de família, e desta forma ao casamento. De acordo com a teoria clássica casamento é um contrato, e assim assevera Clóvis Beviláqua, que o conceitua pela ótica de legitimação estatal das relações carnis e estabelece suas conseqüências na órbita patrimonial, como “contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.”²²

Contudo, percebe-se uma intervenção acentuada do Estado no tocante ao Direito de Família. O Estado publicizou a vida privada, determinando regras para a união conjugal, para a dissolução matrimonial e principalmente para o regime de bens. Os contraentes podem manifestar sua opção por um dos regimes de bens admitidos em lei, mas o Estado intervém compulsoriamente quando um ou ambos os nubentes são maiores de setenta anos.

Observa-se uma acentuada limitação aos princípios da liberdade e da autonomia da vontade por mera questão cronológica. Ao idoso permanecem os direitos edificados na Carta Política. O dever de proteção ao idoso vulnerável não descarta seus fundamentais direitos, mormente a liberdade de escolha e a autonomia individual, quando não impedido por falta de capacidade de discernimento.

1.3. Do conceito de idoso e o dever constitucional em assisti-lo

O envelhecimento da população vem modificando o olhar da sociedade e dos estudos direcionados a este segmento da sociedade. Em resposta ao interesse pela proteção à velhice, os temas que envolvem este setor tornaram-se cada vez mais comuns. Ganharam uma atenção maior por parte da sociedade e dos governantes, transformando-se em fator de elaboração e execução de políticas públicas como forma de gerenciar o processo inexorável de envelhecimento, tentando-se assim, melhorar a qualidade de vida deste recorte cronológico- os idosos.

²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família; Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 1920, p. 282.

Para o melhor entendimento do tema observa-se o significado de velho, idoso, senil e vulnerável e ainda políticas públicas, assistencialismo e proteção aos idosos. Entretanto, velho e idoso se apresentam como termos imprecisos. Na língua portuguesa costuma-se usar como sinônimo de idoso a palavra velho²³. Atualmente, quando a referência é feita às pessoas idosas são mais habituais as expressões terceira idade ou melhor idade, termos utilizados para compor uma imagem “politicamente correta” e mascarar as idéias preconcebidas sobre a velhice. Preleciona Marco Antônio Villas Boas:

Velho e idoso são dois termos quase sinônimos, por analogia, uma vez que o processo de envelhecimento afeta a todos, avança com a faixa etária de todos os viventes, mas de modos distintos em tempo e espaço. Velho, porém, é um termo mais depreciativo, se visto na sua pura conotação unívoca, na conseqüente perda de sentidos e vigor. Há idoso no seu quase pleno vigor e não há velho que não tenha experimentado a fraqueza orgânica visível.²⁴

O termo idoso é utilizado para definir diferentes faixas etárias. A Lei 10.741, de 1.º de outubro de 2003²⁵, denominada Estatuto do Idoso, determina que a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos é idoso. Para a classificação o Estatuto levou em consideração exclusivamente o critério da idade, não importando o sexo, a lucidez, a vitalidade ou mesmo a condição física e mental da pessoa. Determinou ser idoso aquele que alcançou o marco cronológico fixado em lei. Melhor definição de idoso é apresentada por Maria Helena Diniz, como aquele que:

[...] goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades, facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.²⁶

Hodiernamente, talvez por preconceito, qualifica-se o idoso como “velho incapaz de gerir sua vida e seus próprios interesses” sem a interferência da família e até do próprio Estado. O olhar da sociedade vislumbra todo idoso como um senil incapaz de fazer suas escolhas. Contudo, a pura observação desta faixa etária demonstra o contrário. A entrada na velhice não necessariamente retira a lucidez e não significa a perda de sua condição psíquica. Marco Antônio Villas Boas salienta que “nem toda velhice se alia à enfermidade ou apresenta

²³ IDOSO E VELHO: FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro Globo*. 43 ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 343 e 632.

²⁴ VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

²⁵ BRASIL. *Lei N.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 21 set 2011.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Direito de família*. Volume V. 23. edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 827

o reduzimento de aptidões em menor escala, se comparada aos outros homens não abrangidos por seu foco.”²⁷

Envelhecer, ou mesmo considerar-se velho, idoso ou ancião é sentimento distinto a cada indivíduo e, sobremaneira, observa-se que o olhar da sociedade às pessoas que estão cronologicamente atreladas a esses adjetivos induz à qualificação. Não há como estabelecer parâmetros únicos para eleger uma idade inicial à maturidade idosa. Nessa seara de entendimento Pérola Braga afirma que

Cada existência humana é única, cada homem envelhece de uma maneira particular. Uns saudáveis, outros não. Não há velhice e sim velhices. O envelhecimento deve ser considerado um processo tipicamente individual, existencial e subjetivo, cujas conseqüências ocorrem de forma diversa em cada sujeito. Cada indivíduo tem um tempo próprio para se sentir velho.²⁸

O processo de envelhecimento é diferenciado de pessoa para pessoa, e sob este prisma, não há como estabelecer parâmetros para eleger uma idade como inicial para a senilidade e a incapacidade de escolha. Deve-se ter em mente que o envelhecimento faz parte do curso da vida de todo indivíduo e na idade madura é que emergem as experiências recolhidas na trajetória de vida. A velhice é apenas um catalisador das oportunidades e escolhas da vida do indivíduo, ou da falta delas. Por ser velho o indivíduo não é senil! Guite Zimerman exemplifica que o “velho” é a mesma pessoa que sempre foi, ainda que tenha limitações nas condições físicas da idade do corpo. O autor preleciona que:

Se foi um batalhador, vai continuar batalhando; se foi uma pessoa alegre, vai continuar alegrando; se foi uma pessoa insatisfeita, vai continuar insatisfeita; se foi ranzinza, vai continuar ranzinza. Sempre digo que o velho é um mais: tem mais experiência, mais vivência, mais anos de vida, mais doenças crônicas, mais perdas, sofre mais preconceitos e tem mais tempo disponível.²⁹

Os idosos, quando o corpo não mais responde de forma viril, podem precisar de assistência, uma vez que o envelhecimento do corpo faz com que a capacidade física diminua, e desta forma encontrarem-se vulneráveis.³⁰ Mas nem todo envelhecimento se apresenta com

²⁷ VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

²⁸ BRAGA, Pérola M. V. *Direitos dos idosos*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

²⁹ ZIMERMAN, Guite I. *Velhice: aspectos biopsicossociais*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p.19-20.

³⁰ Cf: CARVALHO, Maria Joana. A actividade física e o sistema muscular esquelético no idoso. Faculdade de Ciências de Desporto e de Educação Física, Universidade do Porto, Portugal. p. 27-29. FARIA JUNIOR, Alfredo. Atividades físicas para idosos em cinco municípios brasileiros: à guisa de diagnóstico. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. p. 29-31. CAMIÑA, Fernández Francisco. Programas de actividade física para a 3ª idade. Instituto Nacional de Educação Física Galiza, Universidade da Corunha, Espanha. p 31-35. In: *Revista Portuguesa de Ciências do Desporto*, 2004, Publicação semestral da Faculdade de Ciências do Desporto e de Educação Física da Universidade do Porto. Vol. 4, N° 2, Setembro 2004.

a redução das aptidões mentais. Vulnerabilidade não é sinônimo de senilidade e demência. A demência é uma decadência progressiva da capacidade mental e pode aparecer em qualquer pessoa, subitamente em pessoas jovens em quem uma lesão grave, uma doença ou certas substâncias tóxicas destruíram as células cerebrais³¹.

Ao atingir sessenta anos a pessoa é considerada legalmente idosa e não demente. O alcance desta idade significa apenas uma mudança de fase da vida, cujo marco divisor foi estabelecido pelo Direito. A vulnerabilidade pode apresentar-se na forma exclusivamente física e não acontecer na forma psíquica, como ocorre na senilidade e na demência.

É dever do Estado à proteção dos indivíduos vulneráveis. Conforme exemplifica Ana Paula Ariston Barion Peres o Direito funciona como “um instrumento de proteção do vulnerável na medida em que a percepção dos perigos aos quais os homens estão expostos os conduz a definir as regras necessárias à sua sobrevivência, à sua proteção”.³²

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a vulnerabilidade da pessoa idosa ao estabelecer normas que visavam uma melhor condição de vida e uma proteção efetiva da sua dignidade. Entretanto, a maior parte das leis relacionadas à proteção dos direitos dos idosos foi esboçada à época em que a expectativa de vida era bem menor do que a atual, o que evidenciava certa vulnerabilidade às pessoas legalmente consideradas idosas.

A evolução da medicina, mormente da geriatria, pode fazer elidir o paradigma de vulnerabilidade para certas situações. Nos dias atuais nem toda pessoa maior de sessenta anos está sofrendo de vulnerabilidade ou debilidade. Contudo, incide a lei brasileira que toda pessoa idosa é considerada vulnerável e essa atribuição descabida pode configurar uma ameaça à dignidade da pessoa idosa. A relevância jurídica da proteção total ao idoso como vulnerável deve exigir algo além do requisito idade, como uma saúde debilitada. Ana Paula Ariston Barion Peres conceitua:

Só terá relevância jurídica, no sentido de demandar proteção, quando houver uma debilidade física, psicológica, ou mesmo material. Nessas hipóteses, a proteção jurídica se faz necessária a fim de restabelecer o equilíbrio perdido, de modo que a pessoa tenha a sua dignidade preservada. Portanto, somente o maior incapaz é que desfrutará de um sistema jurídico protetivo. Nessa ótica,

³¹ Demência: de•men•tia (dē-men'shah) – demência. Síndrome mental orgânica caracterizada por perda geral das capacidades intelectuais que envolve enfraquecimento da memória, julgamento e pensamento abstrato, bem como alterações na personalidade, mas não incluindo as alterações devidas ao estado de turvação de consciência, depressão ou outro distúrbio mental funcional. In: DEMÊNCIA. In: DORLAND: *Dicionário Médico*. 25. ed. São Paulo: Roca, 1997. p. 214.

³² PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos Idosos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45

é possível dizer que as noções de vulnerabilidade e de incapacidade se equiparam, pois é indubitável que todo incapaz é vulnerável, e que a vulnerabilidade só é apreendida quando tocar a incapacidade.³³

O que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico pátrio não é a idade. Inúmeros idosos não necessitam de proteção além das conferidas a qualquer outro cidadão. A vulnerabilidade como é conferida nos meios legais, não pode colocar as pessoas idosas, no mesmo nível das pessoas debilitadas mentalmente, pois, os considerados debilitados mentalmente é que necessitam de um curador para exercerem seu direito de escolha e de opinião no âmbito jurídico, e após a maioridade civil, a ausência ou diminuição de autodeterminação, ou mesmo o sinal de demência, devem ser exaustivamente comprovados para que se possa subtrair a capacidade civil do cidadão.

Negar o poder de escolha ao idoso saudável simplesmente pelo fator cronológico denota o desrespeito ao seu direito à liberdade e o desconhecimento da sua autonomia perpetrada pela Constituição Federal de 1988. É o mesmo que caracterizar todo idoso com o errôneo conceito de oligofrenia senil³⁴, e levar tal conceito ao amparo da legislação. Fragilidade física não implica debilidade mental. Idade avançada, por si só, não gera incapacidade. Isso posto, não coaduna com as disposições de equidade considerar a pessoa incapaz de tomar decisões e de cumprir seus deveres simplesmente por ter atravessado determinada faixa de idade.

Com o natural envelhecimento da população a literatura específica vem discutindo muito sobre os direitos dos idosos, mas, pouco se analisa acerca dos idosos como sujeitos de deveres. O idoso como um cidadão normal continua tendo suas obrigações, e se alguns benefícios são a eles destinados, como todos os cidadãos os idosos também têm muitos deveres. Possuem capacidade eleitoral ativa, obrigados a votar até os setenta anos e só depois desta idade o voto é facultativo.

Muitos idosos, até os já aposentados, são responsáveis pela manutenção de seus domicílios e de suas famílias³⁵, pagam imposto de renda normalmente - apenas usufruindo do benefício do valor da isenção ser em dobro. Outros impostos são normalmente cobrados.

³³ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos Idosos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52

³⁴ A oligofrenia senil considera que toda pessoa ao atingir determinada idade passa a sofrer de deficiência mental congênita, pura e simplesmente em virtude da idade.

³⁵ SIMÕES, Júlio Assis. Provedores e militantes: imagens de homens aposentados na família e na vida pública. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (org.). *Família e Envelhecimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.p. 25-56

Toda proteção aos idosos é salutar quando voltada para assegurar sua dignidade, mas injustificadas disposições legais limitadoras de direitos devem ser repudiadas. Os idosos não são tacitamente incapazes, não são débeis e por muitas vezes não estão abarcados por vulnerabilidades. São capazes de gerir suas vidas e são titulares de direitos e deveres como todo e qualquer cidadão. Assim preleciona a Constituição Federal de 1988.

Ao analisar as Constituições Brasileiras³⁶, observa-se que a preocupação do Estado em proteger a infância e adolescência existe desde a Constituição de 1934, na qual também a velhice foi considerada pela primeira vez. Contudo, apenas dentro da “Ordem Econômica e Social”, dispondo acerca da previdência e da proibição de discriminação salarial por motivo de idade. A preocupação com o idoso somente passou a ser tratada como direito fundamental na Carta Magna de 1988. Cinquenta e quatro anos de abstinência constitucional aos idosos. Portanto, até a promulgação da Constituição de 1988 o idoso não era constitucionalmente protegido.

Atualmente, o entendimento de que o idoso, por si só, não é capaz de gerenciar sua vida frustra os direitos entalhados no Texto Constitucional de 1988. As normas expressas de proteção aos idosos na Constituição Federal, no Estatuto do Idoso e na Lei de Política Nacional do Idoso³⁷ demonstram que o espírito de tais normas está intrinsecamente ligado à proteção e em uma forma de propiciar oportunidades. A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais, criando condições para promover sua autonomia,

³⁶ Constituição Brasileira de 1824: No dia 3 de março de 1823, no governo de D. Pedro I, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil iniciou sua legislatura com o intento de realizar a primeira Constituição Política do país. Constituição Brasileira de 1891: A elaboração da iniciou-se em 1890, no governo de Deodoro da Fonseca. Esta constituição vigorou durante toda a República Velha e sofreu apenas uma alteração em 1927. Constituição Brasileira de 1934: Promulgada em 16 de julho pela Assembléia Nacional Constituinte, no governo de Getúlio Vargas, foi redigida "para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico". Constituição Brasileira de 1937: Outorgada no governo de Getúlio Vargas, em 10 de Novembro de 1937, mesmo dia em que implanta a ditadura do Estado Novo, é a quarta Constituição do Brasil e a terceira da república. Constituição Brasileira de 1946: elaborada por Eurico Gaspar Dutra, então presidente (1946-1951), promulgou Constituição dos Estados Unidos do Brasil, consagrando as liberdades expressas na Constituição de 1934, que haviam sido retiradas em 1937. Constituição Brasileira de 1967: Elaborada no governo de Castelo Branco. O Congresso Nacional, transformado em Assembléia Nacional Constituinte e já com os membros da oposição afastados, elaborou, sob pressão dos militares, uma Carta Constitucional semi-outorgada que buscou legalizar e institucionalizar o regime militar. Emenda à Constituição de 1969. Constituição Brasileira de 1988: Elaborada no governo de José Sarney. É a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do Ordenamento jurídico. É a sétima a reger o Brasil desde a sua Independência. In: ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 7ª Ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método. 2001. p.25-31

³⁷ BRASIL. *Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm. Acesso em: 06 jan 2012.

integração e participação efetiva na sociedade. Resta claro que nenhuma brecha existe para a imposição de limitações. Na verdade, a *ratio legis* é deferir ao idoso o gozo de certos direitos especiais e recepcionar a norma da Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem³⁸ que dispõe sobre a segurança na velhice.

Os artigos 229 e 230 da Constituição Federal³⁹ impõem o amparo às pessoas idosas como um dever da família, do Estado e da sociedade. Este dever constitucional, não abre espaço para limitações injustificadas, pois, também está assegurado que todos devem defender, principalmente, a dignidade dos idosos. Reverbera-se que o próprio texto constitucional não sinonima idoso a pessoa senil e incapaz.

O legislador ordinário, observando os ditames previstos constitucionalmente, ao elaborar o Estatuto do Idoso e a Lei de Política Nacional do Idoso, objetivou patrocinar um envelhecimento seguro, com leis e políticas públicas direcionadas ao amparo na idade avançada, buscando amenizar a dívida da sociedade para com os idosos. Alexandre de Moraes entende que:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Qualquer diminuição ou limitação aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana fere frontalmente preceitos constitucionais. Os idosos devem desfrutar sua plenitude constitucional como qualquer indivíduo, pois, todos os obstáculos que impeçam a prática dos

³⁸ ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. 1948. Artigo 25 I: Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf. Acesso em: 06 jan 2012.

³⁹ CF/ 88: Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. edição. 2. São Paulo: Atlas, 2008. p. 848

direitos e garantias constitucionais devem ser repugnados. Observa Marco Antônio Villas Boas:

O direito à dignidade e ao respeito aos idosos às garantias de caráter constitucional, os equipara a todos os cidadãos do País. O equiparar a todos, teoricamente, é o mesmo que evitar a exclusão e a discriminação sociais. O respeito relativo à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, tanto pode abranger a preservação da imagem, da identidade, da autonomia de valores, idéias e crenças, como também aos direitos de propriedade e posse sobre espaços e objetos pessoais. A dignidade humana já pressupõe o tratamento respeitoso a todas as gentes. Quase todas as proteções estão no âmbito dos Direitos e Garantias Fundamentais da Carta Suprema, no seu art. 5º.⁴¹

O Estatuto do Idoso apenas confirma os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna no rol de direitos que protegem a dignidade da pessoa humana. Este princípio é repetido no Estatuto do Idoso por diversas vezes, assegurando a liberdade, o respeito e a dignidade, e ainda reverberando ser o idoso sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantindo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral.

O aludido Estatuto refere-se à liberdade sob diversos aspectos: liberdade de opinião, expressão, liberdade de ir e vir, o direito de crença religiosa, a prática de esportes e de diversão, direito de participação na família, política, comunidade, entre outros. O direito à liberdade está inexoravelmente ligado a qualidade de vida, a auto-estima e sentido de pertencer e também ser respeitado pela sociedade da qual o idoso faz parte. Jádina Ceccone elenca pressupostos claros a respeito do idoso:

Partimos do pressuposto que o idoso é um ser humano com todas suas características, ou seja, tem um corpo físico e as necessidades inerentes a este; tem o aspecto emocional baseado nos relacionamentos afetivos; tem seu sentido gregário que o permite participar de um grupo e suas atividades; tem suas raízes ligadas a expressões e manifestações culturais e artísticas que lhe agradam; tem sua religiosidade que exprime através de sua fé em algo transcendente da realidade material; e, a sua cidadania que lhe permite atuar de forma participativa e opinativa no sentido de contribuir para a coletividade, seja através de um trabalho produtivo seja participando de grupos, partidos ou outras organizações.⁴²

Verifica-se que as disposições estatutárias são mais protecionistas e motivacionais do que propriamente limitativas. O Estatuto trouxe ainda um rol, não taxativo, que trata das liberdades do idoso, estabelecendo direitos como a prioridade na aquisição de imóveis, o incentivo à cultura e ao trabalho, o acesso a transporte gratuito, a reserva de vagas em

⁴¹ VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 27.

⁴² CECCONE, Jádina. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. In: ABREU FILHO, Hélio. *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004, p. 83-85.

estacionamentos, o atendimento prioritário, dentre outros. Nesse diapasão, o Estatuto do Idoso não pode ser considerado como mera regulamentação, uma vez que cria diversos direitos exercitáveis pelos idosos.

Com a Lei de Política Nacional do Idoso, o Estado objetiva regulamentar e assegurar os direitos sociais, criando condições e possibilitando a promoção da autonomia do idoso, sua integração e participação de forma efetiva na sociedade. A referida Lei, bem como o Estatuto, se prestam à consolidação e validação predeterminadas na Constituição Federal de 1988.

Contudo, o fator preponderante para a observância das leis e disposições constitucionais é o próprio olhar da sociedade, que deve, de forma eficaz, encontrar parâmetros para o total respeito ao idoso. Afinal, envelhecer é um caminho sem volta, inexorável aos que tem o privilégio de não serem ceifados da vida na juventude.

Sendo assim é imperioso e necessário atentar para a questão dos direitos do idoso hoje, inclusive por representar a salvaguarda da integridade dos direitos de amanhã, pois, mesmo que gerontologicamente se examine um envelhecimento mental natural, na grande maioria os idosos são pessoas plenamente capazes, com suas faculdades mentais em perfeito estado e, portanto, sem apresentar qualquer causa de incapacidade.⁴³ Mesmo assim, conforme aponta Fabiane Scaravonatti:

Os idosos precisam de uma especial proteção, por parte do Estado e da própria sociedade. Entretanto, ainda que haja a necessidade de uma proteção especial, tal argumento jamais poderá servir de esboço para eventuais atos discriminatórios, haja vista que são as mais diversas diferenças existentes entre os indivíduos que vão formar a identidade do próprio ser humano⁴⁴

A legislação deve atuar como um fortalecedor contra a marginalização e anacronismos para com os idosos, enfatizando a importância das leis como parâmetros de suporte para a luta de grupos por políticas públicas eficazes, pois, não se deve ignorar que o crescimento da população idosa é tendência mundial.

⁴³ Cf: PÉREZ, M. A.; GALLEGOS, E. M. A.; CELADA, YJ. R. (Coord). *Protección jurídica de los mayores*. Madrid: La Ley, 2004, p. 146 e 449. Dentro deste contexto, apenas não se pode ignorar, as enfermidades que acompanham a velhice. São enfermidades essencialmente do tipo degenerativo, como, por exemplo, o próprio Alzheimer. Se calcula que só uns 5% dos maiores de 65 anos sofrem desta enfermidade, percentual este, que se elevada a 20%, entre os maiores de 80 anos. Esta enfermidade ataca as células nervosas do cérebro, deteriorando, assim, a capacidade da pessoa de governar ou administrar suas próprias emoções, reconhecer erros, coordenar seus movimentos e, inclusive, recordar dos acontecimentos.

⁴⁴ SCARAVONATTI, Fabiane Giongo Conzatti. *O direito ao transporte da pessoa idosa como princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise constitucional*. Santa Cruz do Sul, 2007. p. 83

1.3.1. Conceito e finalidade de Políticas públicas

A Constituição Federal de 1988 ao elencar um amplo rol de direitos sociais, acabou por suscitar a necessidade de elaboração de diversas políticas públicas para alcançarem os objetivos nela previstos. No entanto, políticas públicas não são meros assistencialismos sociais e econômicos praticados pelo Estado. Essa idéia é simplista frente aos conceitos e finalidades das Políticas públicas, que são entendidas segundo José Sérgio da Silva Cristóvam como:

O conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.⁴⁵

Maria Paula Dallari Bucci conceitua políticas públicas como "programa de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".⁴⁶

No mesmo sentido Fábio Konder Comparato compreende políticas públicas como programas de ação governamental.⁴⁷ Segue ainda o entendimento de Ronald Dworkin para quem a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, no mais das vezes uma melhoria das condições econômicas, políticas ou sociais da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, por implicarem na proteção de determinada característica da comunidade contra uma mudança hostil.⁴⁸

Ronald Dworkin entende que o conceito de política pública está nas formulações científicas fundamentais do sentido adequado da *policy*, que se associa à idéia de diretrizes da administração pública, de metas e objetivos sociais que exigem um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado, atrelado à idéia de Bem-Estar Social. Assevera ainda

⁴⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 18

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997. p. 18

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997. p. 38

que “os argumentos de princípio se propõem a estabelecer um direito individual; os argumentos políticos se propõem a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.”⁴⁹

Pelo conjunto dos conceitos pode-se dizer que, quando qualificada como gênero, Políticas Públicas são ações de governo que visam responder questões significativas de grupos de pessoas menos favorecidas, de pouca visibilidade política ou consideradas vulneráveis. Elenaldo Celso Teixeira assim define:

Políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. [...] Devem ser consideradas também as “não-ações”, as omissões, como formas de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

[...] Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social. Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente⁵⁰.

Compreende-se do texto supracitado que lei pode ser considerada política pública, principalmente ao ostentar características protetivas a determinado grupo de pessoas consideradas desfavorecidas ou vulneráveis. Aduz Maria Paula Dallari Bucci que:

A exteriorização das políticas públicas se afasta de um padrão uniforme e claramente apreensível pelo ordenamento jurídico. Por vezes, podem ser instituídas por leis, como a Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei n.º 9.433, de 1997; outras vezes, são consubstanciadas em emendas constitucionais, como no caso do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, criado pela Emenda Constitucional n. 14/96; em outros casos, podem ainda decorrer de atos administrativos isolados ou ordenados em programas, como as políticas de transporte municipal.⁵¹

Corroborando a afirmativa observa-se o ensinamento de William Clune ao afirmar que “por definição todo direito é política pública, e nisso está a vontade coletiva da sociedade

⁴⁹.DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

⁵⁰ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *Políticas Públicas - O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. O Papel das Políticas Públicas © 2002 - AATR-BA. p 2-3

⁵¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 257

expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito; nisso ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos algum aspecto da sua existência [...]”⁵²

Portanto, política pública é Direito e Direito é política pública! Desta forma Américo Freire Junior Bedê afirma que a política pública “pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”⁵³ Assim como medida isolada praticada pelo Estado, política pública pode ser uma lei ou norma direcionada a um grupo considerado vulnerável, contudo deve estar circunscrita a efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.

Nessa seara políticas públicas são frutos de diferentes demandas que demonstram a importância de leis e ações como parâmetros do que é legítimo em um país, sendo norteadas pelos fundamentos e objetivos da República, em especial, pelo princípio dos princípios: a dignidade da pessoa humana. As políticas públicas destinam-se a toda coletividade, aos cidadãos em geral, como arrimo para a ação por ações diligentes em prol da plena cidadania. Preleciona A. L. NÉRI:

Nos Estados democráticos modernos, o conceito de política pública tem íntima ligação com o de cidadania, pensada como o conjunto das liberdades individuais expressas pelos direitos civis. A concretização da cidadania ocorre através do espaço político, como o direito a ter direitos.⁵⁴

Portanto, consideram-se políticas públicas as decisões, ações e omissões de governo que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos e os efeitos que tais ações ou omissões provocam na sociedade. Por influenciarem a vida das pessoas a sociedade deve ser ouvida como forma de exercício da cidadania, seja pela coletividade ou por grupo de atores considerados vulneráveis e necessitados de proteção do Estado. Historicamente, no arcabouço democrático grego já se encontrava uma sociedade que deliberava sobre suas leis, com uma participação geral na política, criando, pela primeira vez na história, um espaço público e político pertencente a todos. Assim assevera Severino Batista Verza.

[...] Nessa perspectiva, importa notar que o espaço público não tem apenas a ver com a tomada de decisões finais. [...] O espaço público requer tudo

⁵² CLUNE, William. *Law and public policy: Map of an area.*, apud SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. in SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cassio Scarpinella (orgs.), *Direito Processual Público. A Fazenda Pública em Juízo*, p. 53. 2003

⁵³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47

⁵⁴ NÉRI, A. L. As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressa no Estatuto do Idoso. *A Terceira Idade*, v.16, n.34, 2005. p.7-24,

quando se implica, complica e conduz as decisões finais, enquanto decisões de todos os participantes. Mais importante que elaboração final das leis, é o processo de mobilização, de conversão e debate que a comunidade trava para lograr seus intentos. [...] Tal instituição explícita, engendra a autonomia: a comunidade produz suas próprias leis e a modifica, quando, de novo, pela discussão aberta e democrática, as julga superada ou necessidade de reformulações.⁵⁵

No entanto, nesse estudo, interessam as políticas públicas destinadas à instituição família, especialmente as protetivas e as voltadas para os idosos. Na atualidade, seguramente, ainda não existem políticas públicas totalmente compatíveis com a família na forma em que está reconhecida pela sociedade, pela lei e pela jurisprudência, principalmente, quando se busca construir o ideário social de individualidade e igualdade. A presença do Estado na regulação da vida familiar é claramente evidente, mas, por vezes, demasiadamente intervencionista.

O Estado determina a forma e as características das entidades familiares, tanto na legislação como nas políticas públicas⁵⁶, intervindo na autonomia da vontade de seus partícipes. Nessa esteira faz confundir o limiar das fronteiras entre o público e o privado, principalmente no tocante ao Direito de Família, que é ramo do Direito Privado, tangenciado pelo Direito Público de tal forma que absorve as características deste. O Estado, com a intenção de protetor moral da sociedade, determina o que é família e como deve ser sua composição, ora obrigando o formalismo secular do instituto, outras determinado a forma patrimonial do envolvimento de seus atores.

Nos dias atuais o direito familiarista enfatiza ser o “direito a felicidade” intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo mais espaço para o Estado determinar o que é essa procurada felicidade. Observa-se assim a dicotomia em inúmeros artigos de leis, mormente na hermenêutica da *ratio legis*, que determina que família diz respeito à afetividade e vínculos sociais, e não exclusivamente aos interesses morais e patrimoniais determinados pelo poder estatal. Maria Paula Dallari Bucci preleciona a avaliação dicotômica entre Direito Público e Privado, ponderando que:

[...] Essa avaliação parece verdadeira, não apenas no que diz respeito à separação entre direito público e direito privado, mas também em relação ao

⁵⁵ Cf.: VERZA, Severino Batista. *As Políticas Públicas de Educação no Município*. Ijuí ed. UNIJUÍ, 2000 p. 120-121

⁵⁶ Cf.: ITABORAÍ, Nathalie Reis. *A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/NathalieItaborai.pdf>>. Acesso em: 28 out 2011.

entendimento sobre o lugar da participação popular nas instituições jurídico-políticas tradicionais. E esse lugar é, entre outros, o da geração e execução das políticas públicas.⁵⁷

Desta forma não se pode negar a oitiva da sociedade e dos grupos aos quais tais políticas serão direcionadas. Deve-se observar a autonomia da vontade e a pluralidade dos arranjos familiares, fazendo-se necessário a reflexão do que é imposto na legislação e o que falta assegurar como direitos fundamentais, principalmente na esfera infraconstitucional. Como auxiliar fomentadora na geração e execução de políticas públicas eficazes para as instituições jurídico-políticas tradicionais cabe o entrosamento e envolvimento da sociedade, pois, se assim não acontecer, podem as políticas públicas direcionadas à família padecerem por serem meramente válidas, assistencialistas, protetivas e ultrapassadas, porém, não eficazes.

No condão da eficácia da norma não há mais espaço social para que leis e políticas públicas mantenham-se estáticas a paradigmas anacrônicos. Observar os avanços no pluralismo familiar, na educação de crianças e adolescentes, na inclusão social dos idosos, na longevidade é entender que as regras pacificadas e aceitas no passado estão, na atualidade, ultrapassadas e obsoletas. Esta observação é o fio condutor para que o Estado busque sintonia com a sociedade no momento de planejamento e efetivação das políticas públicas sociais, evitando-se que sejam concretizadas segundo velhos paradigmas.

Na discussão das políticas públicas deve-se notar que o reconhecimento social é passo primordial para a eficácia de políticas públicas numa perspectiva de cidadania e não como uma preocupação estatal que varia conforme os valores e modelos de família apreciados por cada governo. Essa é também uma forma de garantir a estabilidade das políticas públicas para a família, o idoso, a criança e ao adolescente numa sociedade democrática, de forma que sejam condizentes com os valores de nossa época. Destarte o que está assegurado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 não pode ser entendido como mera falácia política.

Certamente, a preocupação em reduzir abusos e violências aos membros vulneráveis, como crianças e idosos, merece ser contemplada pelo Estado em políticas públicas, vez que podem ajudar em uma maior autonomia em relação à família originária, à sociedade ou a um novo arranjo social familiarista. Contudo, se a invasão do Estado tolhe no todo ou em parte a

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, SP. Cadernos Pólis, v. 2, Pólis. V. Título. VI. Série IV. Título. VI. p. 5-16. 2001. P. 07

legitimidade e a autonomia da vontade dos plenamente capazes, os valores particulares deixam de ser um instrumento de emancipação dos indivíduos para tornarem-se determinação compulsória, não sendo mais coerentes como política pública. Os atores envolvidos nas políticas devem ser insistentemente ouvidos. Assim Corrobora Nathalie Reis Itaboraí:

Da tensão entre sustentação e controle, ou entre direito à proteção e direito à privacidade, é que podem surgir políticas sociais que assegurem direitos individuais a crianças, idosos e mulheres, corrigindo a vulnerabilidade social que é diferenciada, sem romper com a solidariedade familiar. Um mínimo de segurança é necessário aos seres humanos (o que Giddens chama de segurança ontológica), assim como são necessários vínculos afetivos que lhe dêem uma identidade e um sentido de pertença social. É o que nos aponta Singly, e sobre o que nos adverte Sennett e Postman. Essa preocupação se materializa na ênfase em políticas sociais que valorizem e fortaleçam os vínculos familiares, não de um tipo de família específico, uma vez que cada vez mais se rompe o vínculo entre parentesco biológico e social, mas da pluralidade de tipos de entidade familiar. Agora não com o objetivo de construir um determinado modelo de nação que exija a submissão da individualidade aos propósitos grupais, mas para garantir direitos individuais de identidade e afetividade a cada cidadão, o que no final das contas, garante também o bem estar e o progresso humano, e não apenas material, de um país.⁵⁸

As políticas públicas devem ser fomentadores de bem estar social, mas não podem se afastar do direito individual e da justiça. A justiça aqui não é considerada como um valor utópico, mas sim como algo factível, ou seja, possível de ser alcançado.⁵⁹ Segundo John Rawls, cada pessoa tem uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode anular.⁶⁰ Nesse contexto, as liberdades concebidas como bens primários básicos devem ser acompanhadas de uma garantia de igualdade de oportunidades a todo indivíduo, independente de religião, sexo ou idade. É o nivelamento primário entre os homens “racionais, livres e iguais”.

Em uma sociedade justa e democrática, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição não estão sujeitos a barganhas políticas. O Estado na formulação de políticas públicas deve observar o que preleciona John Rawls:

⁵⁸ ITABORAÍ, Nathalie Reis. *A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/NathalieItaborai.pdf>>. Acesso em: 28 out 2011. p 17

⁵⁹ Cf. KUHATHAS, Chandran; PHILIP. Petit. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Coimbra: Gradiva, 1995, p.22.

⁶⁰ FREEMAN, S. Introduction: John Rawls — An overview. In: S. Freeman (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Introduction: John Rawls — An overview, p.1-61. (Cambridge Companions)

Fundar a estrutura básica da sociedade na justiça com a distribuição dos direitos e deveres fundamentais e das vantagens resultantes da cooperação social pelas instituições sociais mais importantes, sejam elas políticas, econômicas ou sociais como a família.⁶¹

Na imposição pelo Estado de políticas públicas que agridam a liberdade individual e a autonomia da vontade deverá o Poder Judiciário garantir os direitos fundamentais individuais, atuando no sentido de evitar que a implementação de diretrizes políticas e/ou objetivos sociais coletivos sobreponham-se na sua integridade para a garantia desses direitos. Esses últimos constituem-se no próprio pilar do Estado Democrático de Direito. Faz-se necessário uma adequação aos ditames constitucionais das leis protetivas aos idosos. Em um Estado constitucional os objetivos e direitos fundamentais inscritos, expressa ou implicitamente no Texto Constitucional, são juridicamente vinculantes para todos os poderes estatais. As políticas públicas têm inegáveis contornos jurídicos, havendo um verdadeiro poder-dever do Poder Judiciário em analisar sua legalidade e constitucionalidade, quando provocado pelos legitimados para tanto.

1.3.2. O marco jurídico da proteção do idoso no Brasil.

O aumento do número de pessoas idosas no Brasil é crescente. A expectativa de vida média do brasileiro na década de 1910 variava entre 50 e 60 anos de idade. Em 2009 passou para 73 anos e em 2050, estima-se que a expectativa de vida do brasileiro ao nascer será de 81,3 anos.⁶² Ao analisarem-se as pessoas maiores de 60 anos, de pronto observa-se que o crescimento nesta faixa etária da população brasileira chegou a 21 milhões em 2009 e até 2050, estima-se que 30% da população brasileira deverá ter mais de 60 anos. O avanço da escolaridade, do sistema de saúde e das redes de saneamento básico foi fundamental para o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Nesse arcabouço numérico observa-se que o envelhecimento da população é iminente e ressalta-se que além de viver mais o brasileiro deseja viver melhor. A inserção ativa dos idosos na vida social, política e nas diretrizes jurídicas deve acompanhar a longevidade que se

⁶¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos P. correia: Lisboa: Presença. 1993, p. 40.

⁶² IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207> Acesso em: 24 set 2011.

observa nas pesquisas, decorrendo daí uma série de novas exigências e demandas em termos de políticas públicas para uma condição social digna das pessoas nessa faixa etária que, muitas vezes, encontram-se fora do mercado de trabalho, quase sempre aposentadas. Preleciona Marcelo Neri:

A renda domiciliar per capita de pessoas acima de 60 anos de idade subiu 43% no período 1991 a 2003 acima dos demais grupos etários, sendo maior parte dos ganhos proporcionados por aumentos de transferências públicas de renda. A análise da evolução de indicadores como auto-avaliação subjetiva do estado de saúde, a frequência que a pessoa ficou acamada e acesso a plano de saúde, indica melhoras consistentes nas faixas etárias mais avançadas. Quando acompanhamos a trajetória destes indicadores por gerações, observamos uma redução da tendência natural de piora dos indicadores fruto do processo natural de envelhecimento.⁶³

Marcelo Neri ainda aduz “com os efeitos dos reajustes do salário mínimo, que cresceu mais de 45% entre 2003/2009, pressionaram o valor da base de benefícios, contudo a renda de previdência acima do piso cresce abaixo do crescimento da renda real.⁶⁴

Além da preocupação com a renda dos idosos, outras leis e políticas públicas dirigidas ao segmento idoso foram elaboradas para gerir essa população em crescimento, sendo que tais iniciativas construíram diferentes estratégias de gestão e controle ao longo das décadas do século passado. Algumas dessas determinações legais são de extrema importância, como a Constituição Federal de 1988, a PNI (Política Nacional do Idoso), sancionada pela Lei 8.842/94 e o Estatuto do Idoso, Lei 10.741 aprovada em setembro de 2003, mas inúmeras outras perfazem o compêndio de normas protetivas aos idosos. São elas⁶⁵:

- Lei nº 6.179, de 11.12.1974: Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, também conhecido como renda mensal vitalícia.
- Lei Nº 7.209, de 11 de julho de 1984: Código Penal Artigo1º - Alterações ao Código Penal: atenuante da pena ser o agente maior de 70 anos na data da sentença; suspensão da

⁶³ NERI Marcelo Côrtes. SOARES Wagner L. *Políticas sociais, renda e saúde na terceira idade*. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_720.pdf. Acesso em: 06 jan 2012.

⁶⁴ NERI, Marcelo Côrtes. *A Nova Classe Média: O Lado Brillhante dos Pobres*. Rio de Janeiro: FGV/CPS, 2010. p. 53.

⁶⁵ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Legislação do idoso. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.gov.br/conselho/idoso/legislacao>. Acesso em: 02 nov 2011.

pena: poderá ser suspensa desde que o condenado seja maior de 70; redução de metade do prazo de prescrição quando na data da sentença o condenado seja maior de 70.⁶⁶:

- Constituição da República, de 1988: que garantiu constitucionalmente aos idosos assistência social, assegurou o amparo à velhice como dever da família, da sociedade e do Estado bem como aos maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos⁶⁷
- Lei nº 8.212, de 24.07.1991: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.
- Lei nº 8.213, de 24.07.1991: Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.
- Lei nº 8.742, de 07.12.1993: Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Conhecida como LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social. Essa lei estabeleceu, dentre outros, programas e projeto de atenção ao idoso e regulamentou a concessão do benefício de prestação continuada às pessoas maiores de 70 anos de idade com carência comprovada, o que equivale a uma renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A idade mínima para esse recebimento passou a ser de 67 anos em 1998 e em 2004, com o advento do Estatuto do Idoso, para 65 anos
- Lei nº 8.926, de 09.08.1994: Torna obrigatória a inclusão, nas bulas de medicamentos, de advertências e recomendações sobre seu uso por pessoas de mais e 65 anos.

⁶⁶ Na esfera de ação penal são circunstâncias que atenuam a pena: “I – ser o agente menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença (art.65 inciso I do Código Penal). Ainda, nessa mesma área está contemplado como requisito da suspensão da pena “... não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade art.77 inciso III - § 2º do Código Penal. Com relação à redução dos prazos de prescrição, o Código Penal preceitua: “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Artigo 115 do Código Penal)

⁶⁷ Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice. Artigo 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Artigo 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

- Lei nº 9.059, de 13.06.1995: Introduz alterações no Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre proteção e estímulo à pesca: dispensa do pagamento da taxa os idosos que não exercerem atividade pesqueira comercial.⁶⁸
- Decreto nº 1.948, de 03.07.1996: Regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências.
- Decreto nº 2.170, de 04.03.1997: Dá nova redação ao art. 2º do Decreto nº 89.250, de 27 de dezembro de 1983, que regulamenta a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, que assegura validade nacional às Carteiras de Identidade, regula sua expedição, e dá outras providências.
- Decreto nº 2.181, de 20.03.1997: Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. (Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interditadas ou não).
- Lei nº 9.455, de 07.04.1997: Define os crimes de tortura e dá outras providências (Art. Constitui crime de tortura: (...). Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos).
- Lei nº 9.460, de 04.06.1997: Altera o art. 82 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal.
- Lei nº 9.503, de 23.09.1997: Institui o Código de Trânsito Brasileiro. (Art. 214. Deixar de dar preferência de passagem a pedestre e a veículo não motorizado: III - portadores de deficiência física, crianças, idosos e gestantes: Infração - gravíssima; Penalidade - multa).

⁶⁸ Art. 1º O artigo 29 do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo: § 4º Ficam dispensados do pagamento da taxa de que trata o § 1º deste artigo, os aposentados e os maiores de sessenta e cinco anos, se do sexo masculino, e de sessenta anos, se do sexo feminino, que utilizem, para o exercício da pesca, linha de mão, caniço simples, caniço com molinete, empregados com anzóis simples ou múltiplos, e que não sejam filiados aos clubes ou associações referidos no artigo 31, e desde que o exercício da pesca não importe em atividade comercial.

- Decreto nº 3.000, de 26.03.1999: Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. (Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: XXXIV - os rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno, ou por entidade de previdência privada, até o valor de novecentos reais por mês, a partir do mês em que o contribuinte completar sessenta e cinco anos de idade, sem prejuízo da parcela isenta prevista na tabela de incidência mensal do imposto).
- Decreto nº 3.048, de 06.05.1999: Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.
- Lei nº 10.048, de 08.11.2000: Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências.
- Lei nº 10.173, de 09.01.2001: Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. Esse comportamento, com a morte do beneficiado, estender-se-á ao seu cônjuge sobrevivente, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 65 anos (Artigos 1.211-A e 1.211-C).
- Lei nº 10.406, de 10.01.2002: Institui o Código Civil⁶⁹

⁶⁹ Trata de lei que alterava a vida das pessoas, devido às transformações sociais sofridas especialmente no seio das famílias brasileiras. No Capítulo II dos direitos da personalidade que passa a dispor sobre os chamados direitos da personalidade: Artigo 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. No Capítulo V do Título III dos atos ilícitos Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. O título II, do livro IV trata do Direito Patrimonial, Regime de Bens entre os Cônjuges Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II - da pessoa maior de setenta anos O Capítulo VI trata DOS ALIMENTOS. Artigo 1.694, estabelece que Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação,. Artigo 1695, “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Artigo 1.708, Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo Único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor. Art. 1.736. Podem escusar-se da tutela: II - maiores de sessenta anos

- Lei nº 10.555, de 13.11.2002: Autoriza condições especiais para o crédito de valores iguais ou inferiores a R\$ 100,00, de que trata a Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, e dá outras providências.
- Lei nº 10.671, de 15.05.2003: Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. (Art. 27. A entidade responsável pela organização da competição e a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo solicitarão formalmente, direto ou mediante convênio, ao Poder Público competente: II - meio de transporte, ainda que oneroso, para condução de idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência física aos estádios, partindo de locais de fácil acesso, previamente determinados).
- Lei nº 10.741, de 01.10.2003: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Decreto nº 5.085, de 19.05.2004: Define as ações continuadas de assistência social.
- Decreto nº 5.109, de 17.06.2004: Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso - CNDI, e dá outras providências.
- Lei nº 10.953, de 27.09.2004: Altera o art. 6º da Lei no 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.
- Decreto nº 5.296, de 02.12.2004: Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.
- Lei nº 11.106, de 28.03.2005: Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.
- Decreto nº 5.934, de 18.10.2006: Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), e dá outras providências.
- Lei nº 11.433, de 28.12.2006: Dispõe sobre o Dia Nacional do Idoso.

- Decreto nº 6.214, de 26.09.2007: Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.
- Decreto nº 6.800, de 18.03.2009: Dá nova redação ao art. 2º do Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996, que regulamenta a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências.
- Decreto nº 7.037, de 21.12.2009: Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.
- Lei nº 12.213, de 20.01.2010: Institui o Fundo Nacional do Idoso e autoriza deduzir do imposto de renda devido pelas pessoas físicas e jurídicas as doações efetuadas aos Fundos Municipais, Estaduais e Nacional do Idoso; e altera a Lei no 9.250, de 26 de dezembro de 1995.

Essa coletânea de normas protetivas aos idosos promoveu impactos relevantes nas condições de vida dessa faixa cronológica. O Brasil adotou e ampliou nos últimos anos uma série de leis e Políticas Públicas, em escala nacional, voltados a população idosa. Acompanhando a tendência mundial de cuidado com o processo de cidadania e envelhecimento

A Constituição Federal de 1988 foi o grande marco nos avanços das políticas públicas de proteção social aos idosos brasileiros. Destacam-se a equivalência de benefícios urbanos e rurais, a universalização do direito à saúde e a garantia da assistência social não contributiva, regulamentada pela Lei Orgânica de Assistência Social que é o benefício de prestação continuada, atualmente responsável por grande parte dos rendimentos dos idosos brasileiros.

A divulgação da grave situação social do idoso e as denúncias na mídia sobre a situação precária a que eles estavam acometidos fez nascer a PNI (Política Nacional do Idoso), sancionada pela Lei 8.842/94 e regulamentada pelo Decreto 1.948/96. A PNI define a atuação do governo nas ações específicas das áreas envolvidas, criando condições para serem promovidas a autonomia, a integração e a participação das pessoas com 60 anos de idade ou mais na sociedade.

Tal política tem por escopo garantir a efetivação dos direitos dos idosos, através de políticas de saúde, cultura, lazer, habitação, dentre outras, dirigidas especificamente à

eles. Com ações conjuntas as esferas governamentais objetivam uma maior integração do cidadão idoso na sociedade, como determina o Plano Integrado de Ação Governamental para o Desenvolvimento da Política Nacional do Idoso do Ministério da Previdência e Assistência Social, a partir das diretrizes traçadas: I – Viabilizar formas alternativas de participação, ocupação, convívio do idoso, proporcionando-lhes integração as demais gerações; II – Promover a participação e a integração do idoso, por intermédio de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; III – Priorizar o atendimento ao idoso por intermédio de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições de garantir sua sobrevivência; IV – Descentralizar as ações político-administrativas; V – Capacitar e reciclar os recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia; VI – Implementar o sistema de informações que permitam a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos e programas em cada nível de governo; VII – Estabelecer mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter sobre os aspectos bio-psico-sociais do envelhecimento; VIII – Priorizar o atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços; IX – Apoiar estudos e pesquisas sobre a questão do envelhecimento.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741, foi sancionado em 1º de outubro de 2003 com escopo de garantir e ampliar os direitos dos cidadãos com idade acima de 60 anos. O Estatuto é mais abrangente que a PNI e inovador ao insculpir em seu bojo penas severas para quem desrespeita ou abandona idosos, assegurando explicitamente os ditames previstos na Constituição Federal de 1988, de forma mais abrangente do que prevê a PNI

Composto por 118 artigos dispostos em sete títulos, o *Estatuto do Idoso* é assim elencado: Título I – Disposições preliminares: definem quem é idoso, reafirmam o seu status de cidadão, estabelecem a condição de prioridade de seus direitos civis e as competências para seu atendimento; Título II – Dos direitos fundamentais: vida; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à alimentos; a alimentos; à saúde; à educação; à educação, cultura, esporte e lazer; à profissionalização e ao trabalho; à previdência social; à habitação; ao transporte; Título III – Das medidas de proteção: definem quando e por quem devem ser aplicadas; Título IV – Da política de atendimento ao idoso: determina a co-responsabilidade das instâncias públicas e privadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; estabelece as linhas de ação das entidades de atendimento por meio de normas e sanções; Título V – Do acesso à justiça: reafirma-se a prioridade de atendimento aos idosos e dispõe sobre as

competências do Ministério Público para atender aos idosos; Título VI – Dos crimes: identifica os tipos de crimes contra os idosos, classifica-os como de ação penal pública incondicionada e estabelece sanções e Título VII – Disposições finais e transitórias: descreve inclusões no Código Penal que dizem respeito ao idoso; estabelece as fontes de recursos públicos para o atendimento aos programas e ações voltadas aos idosos; prescreve a inclusão de dados sobre os idosos nos censos demográficos do país; condiciona a concessão do Benefício de Prestação Continuada previsto na LOAS ao nível de desenvolvimento socioeconômico do País.⁷⁰

O objetivo central do Estatuto é promover a inclusão social e o bem estar dos idosos, garantindo os direitos fundamentais e os instituídos pelo próprio Estatuto, bem como fixar determinações nas esferas de:

Saúde - o idoso tem direito a atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS); à distribuição gratuita de próteses e órteses e a remédios, principalmente os de uso continuado (hipertensão, diabetes). Os planos de saúde não podem ajustar as mensalidades utilizando como critério a idade. Quando internado, em qualquer unidade de saúde, o idoso tem direito à acompanhante, pelo tempo determinado pelo profissional de saúde que o atende.

Transporte Coletivo - os idosos maiores de 65 anos têm direito ao transporte coletivo gratuito; é obrigatória também, a reserva de 10% dos assentos, com aviso. Nos transportes coletivos interestaduais, o Estatuto garante a reserva de duas vagas gratuitas em cada veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos; se o número de idosos exceder esta cota, devem ser concedidos 50% de desconto no valor da passagem, levando-se em conta a renda do idoso.

Violência e Abandono - nenhum idoso poderá ser objeto de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão. Àquele que discriminar o idoso, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transportes ou a qualquer outro meio de exercer sua cidadania, poderá ser condenado a penalidades previstas no estatuto. Para os casos de idosos submetidos a condições consideradas desumanas, privação de alimentação e de cuidados indispensáveis, também há previsão de penalidade.

⁷⁰ BRASIL, *Lei Nº 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de nov 2011.

Entidades de Atendimento ao Idoso - os dirigentes de instituições de atendimento a idosos responderão civil e criminalmente pelos atos praticados contra os idosos sob seus cuidados; ficarão sujeitos também às penalidades previstas em lei. As entidades de atendimento que descumprirem as determinações do Estatuto ficarão sujeitas às penalidades previstas em lei, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes. Sujeita também à advertência, multa, suspensão parcial ou total do repasse de verbas públicas, interdição de unidade ou suspensão de programa e proibição de atendimento a idosos. As entidades governamentais estão sujeitas à advertência, afastamento provisório ou definitivo de seus dirigentes e ao fechamento de unidade ou interdição de programa.

Lazer, Cultura e Esporte - todo idoso tem direito a 50% de desconto em todas as atividades de cultura, esporte e lazer.

Trabalho - é proibida a discriminação por idade e a fixação de limite máximo de idade na contratação de empregados, sendo passível de punição quem o fizer; o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao candidato de idade mais avançada.

Habitação - é obrigatória a reserva de 30% das unidades residenciais para idosos nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos: É obrigatória a implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso; eliminação de barreiras arquitetônicas (escadas, pisos derrapantes.) ou qualquer outro equipamento que dificulte a acessibilidade de idosos.

Política de Atendimento ao Idoso - a política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados e dos Municípios.

Do Acesso à Justiça - é assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos de diligências judiciais em que configure como parte ou interessado, pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância; a prioridade não cessará com a morte do beneficiário, estendendo-se em favor do cônjuge ou companheiro (a).

A fiscalização e controle das leis e políticas protetivas aos idosos deveriam ficar a cargo dos Conselhos Nacional, Estadual e municipais do idoso e do Ministério Público, contudo, a fiscalização é incipiente e ineficaz. Além disso, os idosos necessitam mais que

fiscalização. Precisam com urgência da implantação efetiva de políticas que não sejam restritas a ações ou programas isolados; políticas que sejam além de fiscalizadoras, educativas emancipatórias, Assim determinam os artigos 43 e 46 do Estatuto⁷¹:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal. Art. 46. A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A legislação deve atuar na inclusão social do idoso e contra a marginalização e anacronismos para com os direitos deles, enfatizando a importância de leis como parâmetros de suporte para a luta de cidadãos idosos por políticas públicas eficazes para esse segmento respondendo a uma necessidade frente ao grande desafio na direção e controle dos rumos do envelhecimento humano. Mas, acima de tudo essas leis e políticas não podem diminuir a autonomia da vontade e liberdades individuais insculpidas na Carta de Direitos de 1988.

Cabe a cada pessoa, independente de sua idade, a livre escolha em dirigir a sua existência. A idade por si só não impede a tomada de decisões, mormente em relação as escolhas pessoais, como investir em um novo patrimônio, fazer uma grande viagem ou constituir uma nova família, tendo o direito, a autonomia da vontade e a liberdade de escolher a melhor forma pessoal e patrimonial para reger a relação conjugal.

Observar-se-á a relação das entidades familiares e suas características patrimoniais com a idade dos nubentes, a capacidade de eleger o regime de bens e a imposição legal do regime patrimonial da separação de bens.

⁷¹ BRASIL, *Lei Nº 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de nov 2011.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS CARACTERÍSTICAS PATRIMONIAIS

Ao estudar o Direito de Família no Brasil, área na qual se pesquisa a generalidade das pessoas em um conjunto familiar, - como no vínculo parental; na relação conjugal; na assistência alimentar; na tutela; na curatela; na filiação; na adoção; na relação entre pais e filhos; na dissolução do vínculo conjugal e nas características patrimoniais oriundas das relações - necessário se faz comentar as grandes modificações da legislação entre os Códigos de Beviláqua⁷² (Código Civil de 1916) e de Reale⁷³ (Código Civil de 2002).

Dentre tais modificações destaca-se, como marco histórico, a Carta Magna de 1988, que enfatizou a constitucionalização do Direito de Família, trazendo uma nova dimensão à disciplina. Assim sendo, é imperioso a análise dos institutos familiaristas, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988, o que leva ao caminho do Direito Familiarista Constitucional.

O constituinte originário de 1988, constituinte cidadão, ao romper definitivamente com a ditadura e instaurar nova ordem jurídica, democrática, o fez atento a nova realidade e aos anseios da população brasileira. Desempenhou, o legislador constituinte, brilhante papel, sobrepondo o texto constitucional a qualquer tipo de influência ou intervenção de casuística infraconstitucional.⁷⁴

Com a modificação dos costumes e pretendendo expurgar distinções, preconceitos e desigualdades existentes no Direito de Família brasileiro, bem como, materializar as conquistas, a Constituição de 1988 introduziu e reafirmou conceitos, como: a igualdade entre homens e mulheres, deu *status* de entidade familiar ao instituto da união estável; igualou os direitos e deveres de homens e mulheres no referente à sociedade conjugal, estendendo o pátrio poder à mãe, adequando-se o nome do instituto para poder familiar; reafirmou a possibilidade da dissolução do casamento pelo divórcio; criou a prioridade na proteção à

⁷² BRASIL, *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

⁷³ BRASIL, *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

⁷⁴ CASTELO, Fernando Alcântara. *A constitucionalização do direito de família – A igualdade jurídica entre os filhos*. Disponível em: http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/1CONSTI_Fam.pdf. Acesso em: 06 jan 2012.

criança, ao adolescente ao jovem e ao idoso; impediu qualquer discriminação a respeito da origem dos filhos⁷⁵.

Estes institutos previstos na Constituição Federal de 1988 devem estar desenvolvidos e alinhados no Código Civil. Para tanto, devem irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos artigos 1º a 6º da Constituição Federal de 1988. Reconhece-se dessa forma a eficácia imediata e horizontal dos Direitos Fundamentais, a *horizontalização* das normas que protegem a pessoa e que devem ser aplicadas nas relações entre particulares, dirigidas que são, também, aos entes privados.⁷⁶

Na esfera da *horizontalização* dessas normas, vale acrescentar que os direitos fundamentais inicialmente eram levados a efeito pelo Estado, no entanto com o desenvolvimento da sociedade o particular passou a ser o agressor desse direito. Portanto, os Direitos Fundamentais passam a vincular não só o Estado, mas também os particulares nas relações entre si. O Estado de agressor passa para uma nova posição, o de defensor dos Direitos Fundamentais em face de possíveis violações pelos particulares⁷⁷.

De acordo com Fabíola Santos Albuquerque “Na senda da constitucionalização do direito civil, o direito de família, provavelmente, tem sido o ramo do Direito que mais absorveu

⁷⁵ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011. [...] Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamentado pela *Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.). [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela *emenda à Constituição nº 66, de 2010*. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos) [...]Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela *emenda à Constituição nº 65 de 13 de julho de 2010*. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227 para cuidar dos interesses da juventude).§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷⁶ Cf: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷⁷ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7 ed. São Paulo: GEN, 2011. p.105-107

as mudanças e os influxos da humanização das relações jurídicas em nosso tempo.”⁷⁸. E em amparo a constitucionalização das entidades familiares, enfatizadas intrinsecamente e extrinsecamente na Carta Constitucional de 1988, Gustavo Tepedino sustenta que “merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus membros.”⁷⁹.

2.1. As Entidades Familiares

Ao constitucionalizar o direito de família o texto de 1988 trouxe diversos avanços à sociedade, como a expansão das entidades familiares. O constituinte passou a proteger a entidade familiar e alargar suas bases. Deu reconhecimento e oficialidade ao que há muito já existia por conta da jurisprudência e da doutrina. Implementou, portanto, medidas necessárias e indispensáveis para o desenvolvimento das famílias.

Deste modo, o impacto da Carta Magna refletiu-se na família regulamentada pelo CC de 1916. Contudo, modificações mais contundentes aconteceram no CC de 2002 e na jurisprudência dos Tribunais estaduais e Superiores, nas quais se reconhecem formas múltiplas de famílias, não só as advindas do casamento, mas também as entidades familiares advindas da união estável, da família monoparental, da socioafetividade, da união homoafetiva e novos núcleos de relações de afeto e proteção, gerando, inclusive, direitos patrimoniais.⁸⁰ Cristiano Chaves de Farias explica:

O Direito de família no Brasil atravessa um período de efervescência. Deixa a família de ser percebida como mera instituição jurídica para assumir feição de instrumento para a promoção da personalidade humana, mais contemporânea e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana. Não mais encerrando a família um fim em si mesma, finalmente, averba-se que ninguém nasce para constituí-la (a velha família cimentada no casamento, não raro, arranjado pelo pai que prometia a mão de sua filha, como se fosse uma simples negociação patrimonial). Ao revés, trata-se do lugar privilegiado, o ninho afetivo, nas quais a pessoa nasce inserta e no qual

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder Familiar nas Famílias Recompuestas e o Artigo 1636 do CC 2002*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=117. Acesso em: 23 set 2011.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 139

⁸⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. A Família: In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.634.

modelará e desenvolverá a sua personalidade, na busca da felicidade, verdadeiro desiderato da pessoa humana. Está é a família da nova era.⁸¹

A Constituição Federal de 1988 apregooou ênfase a essa liberdade de autonomia na formação da família. Giselda Hironaka aponta que importante para a pessoa humana é a felicidade pessoal.

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal, independente do tipo de família em que o ser humano se encontre, sendo certo que a família reflete o Direito e a Sociedade.⁸²

No passado a composição familiar era uma unidade proposta com fins religiosos, culturais, políticos e econômicos. Nos dias atuais passa a ser um agrupamento fraterno na expectativa de um lugar de afetividade para a realização dos interesses existenciais. Deixou de ter um caráter meramente matrimonial e patrimonial envolvendo mais a busca da felicidade, fazendo surgir o conceito de família *eudemonista*, que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade. Atualmente a “afirmação da dignidade de pessoa humana impede qualquer interpretação restritiva das possibilidades de entidade familiar que importaria, no final, na diminuição da tutela do homem.”⁸³

Entre as formas de entidades familiares, distintas do casamento e baseadas na felicidade como bem maior, observam-se a união estável, a família monoparental, a família sociafetiva e a família homoafetiva. Exemplificando-se:

A união estável, como aquela que tem como requisitos a união pública, contínua e duradoura entre homem e mulher, com objetivo de constituírem família,⁸⁴ que merece destaque nesse trabalho, tal qual o casamento, em capítulos próprios.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, contra-capá.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: *Revista Brasileira de Direito de Família* - N.º 1 - Abr.Mai.Jun/99. Editora Síntese. p. 8.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência*. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil_familia/artfamilia4.pdf. Acesso em: 23 set 2011.

⁸⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família. Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 894

A família monoparental é a formada por um dos pais e seus descendentes. A *monoparentalidade* decorre da vontade unilateral de assumir sozinho a maternidade ou paternidade, como na “produção independente” e na adoção; ou no caso de morte de um dos genitores, na separação de fato e judicial ou no divórcio.⁸⁵ Segundo Demian Diniz da Costa “É fundamental a idéia de formação monoparental constituída por um homem e uma mulher, sem cônjuge, que vivem em união livre, ou casais com posterior separação e com a presença de filhos.”⁸⁶

A família socioafetiva é aquela que tem como arcabouço maior o afeto, o amor, o carinho e a solidariedade que surgem da convivência e não apenas da parentalidade consanguínea. Maior exemplo de socioafetividade é quando os pais, ou apenas um deles, assumem a proteção e a educação de uma criança, sem que tenham entre si um vínculo parental jurídico ou biológico.⁸⁷ Luiz Edson Fachin assim ensina:

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho e tratamento, quem em público, quer na intimidade do lar, com afeto

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010. P.264

⁸⁶ COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais, reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 26.

⁸⁷ STJ; RESP 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrighi; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007. .Direito Civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. - Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso Especial provido.

verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.⁸⁸

A família derivada da relação homoafetiva, como o próprio nome aduz, é aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Dez dos onze Ministros manifestaram-se a favor da homoafetividade como entidade familiar⁸⁹. Na mesma seara interpretativa, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, acolheu recurso de duas mulheres que pediam para serem habilitadas ao casamento civil. A quarta turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.⁹⁰ Ambos os julgados permeiam os ensinamentos de Maria Berenice Dias que colaciona:

Trata-se de puro preconceito constitucional emprestar juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, quando nada realmente estaria diferenciando a convivência homossexual da união estável heterossexual. Nenhuma relação afetiva pode ficar à margem da proteção estadual, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea o respeito a dignidade da pessoa humana, e a homossexualidade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um.⁹¹

As entidades familiares aqui descritas, algumas contextualizadas pela Constituição de 1988, não abarcam a diversidade familiar presente na sociedade brasileira. Pela nova ótica constitucional presente no Código de 2002, as famílias, outrora só relacionadas ao casamento, estão sendo criadas em arcabouço de afeto, conseqüentemente, muito mais plurais nos dias atuais.⁹² A legislação deve preocupar-se que as formas de família tenham o mesmo grau de proteção no ordenamento jurídico brasileiro, independente da forma de constituição escolhida por cada um, como assegura Paulo Luiz Netto Lobo: "Consulta a dignidade da pessoa humana

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. v.18. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.25

⁸⁹ STF. ADPF 132/RJ. Decisão proferida em 05 de maio de 2011. Dez ministros votaram a favor da união homoafetiva: Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era advogado-geral da União.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL - Família – Casamento. RECURSO ESPECIAL, REsp 1183378. Requerentes: K. R. O. e L. P. Relator:Min. LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA. Brasília, DF 25 de outubro de 2011. STJ, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201000366638>> Acesso em: 05 nov 2011.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 3.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 43.

⁹² BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, V.14, 2002. p. 6-7.

a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial".⁹³

Já se observa que, o casamento como única forma de formação familiar, não mais agrada a sociedade. O casamento deixou de ser, há muito tempo, a única forma de composição familiar assumida, contudo, o instituto como forma jurídica ainda é popular e apresenta forma prescrita em lei e determinada pelo Estado, o que garante sua classificação como fomentador das famílias tidas como legítimas.

2.1.1. Casamento

Casamento não tem uma definição uníssona pela doutrina.⁹⁴ Os conceitos são múltiplos, ora baseados na natureza jurídica de instituição, outras na de contrato e alguns emaranham ambas as naturezas jurídicas, contrato e instituição. Caracterizando o ato sob concepções filosóficas ou religiosas, todos os conceitos preceituam o casamento sob o aspecto formalista da solenidade e, geralmente, definem o ato pelos seus fins ou efeitos gerados por ele. O Direito brasileiro estuda três teorias sobre o casamento: clássica, institucionalista e mista.

A Teoria Clássica é contratualista. Para os adeptos desta teoria o casamento é um contrato civil, no qual a vontade representa o seu maior momento. É a Teoria adotada pelo Código Francês⁹⁵ e no Brasil por Silvio Rodrigues que aduz ser o casamento o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, na

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 12, Jan-Fev-Mar/2002. p. 43

⁹⁴ Definir casamento suscita controvérsias doutrinárias e divide opiniões de autores. O Código Civil não define a natureza jurídica do casamento, mas define sua maior característica no artigo 1.511: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁹⁵ Esta teoria "foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do séc. XVIII e penetrou, com o advento da Revolução Francesa, no Código francês de 1804, influenciando a Escola Exegética do século XI e sobrevivendo até nossos dias na doutrina civilista." DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*, v. 5, p. 36

conformidade da lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.⁹⁶

A Teoria Institucionalista⁹⁷ afirma ser o casamento uma grande instituição social, que tem também como momento maior o elemento volitivo dos nubentes, livre de qualquer vício. Teoria seguida por Washington de Barros Monteiro que leciona ser o consórcio matrimonial:

uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos [...]. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.⁹⁸

Já a Teoria Mista ou Eclética conceitua o casamento como um ato complexo, que reuni o elemento contratual com o elemento institucional. Quando os nubentes manifestam a vontade, celebram um contrato e quando o Estado outorga a situação de casados, surge a instituição. No Brasil, Maria Helena Diniz e Eduardo Espínola são adeptos dessa corrente:

[...] a razão está com os que consideram o casamento um contrato sui generis, constituído pela recíproca declaração dos contratantes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de Direito de família. Em suma, o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, regulados, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.⁹⁹

Acautelando à contratualidade do casamento, o Código Canônico de 1983 considera-o sacramento sob o sinônimo matrimônio¹⁰⁰ finalizado pelo consentimento mútuo de pessoas capazes perante o Direito. A clássica definição de Modestino, no séc. III, citada por Washington de Barros Monteiro, cuida do casamento sob prisma sacramental da família como

⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*, vol 6, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 19.

⁹⁷ Rafael Llano Cifuentes explica que a elaboração da teoria institucionalista ocorreu no campo do Direito Público principalmente por Lefebvre, Hauriou e Renard, e que foi desenvolvida na Itália com certas peculiaridades por Santi Romano. CIFUENTES, Rafael Llano. *Novo Direito Matrimonial Canônico: o matrimônio no Código de Direito Canônico de 1983: estudo comparado com a legislação brasileira*, Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1990.p. 14.

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. 37ª, v.2, Ed. São Paulo: Saraiva. ed atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva,2004. p.13

⁹⁹ Cf: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*, v. 5, p. 36. e ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Bookseller. 2001. p.48-50.

¹⁰⁰ Matrimônio e casamento não são sinônimos propriamente ditos, por mais que nossos dicionários assim os tratem. Os vocábulos têm origem distinta. Matrimônio, do latim *matrimonium*, advém de *matrem*, *mater* + *muniens*, ou *monens*, ou *nato*, ou *monos*, ou *munus*, significando, respectivamente, “a proteção da mulher-mãe pelo marido-pai”; seguindo o mesmo modelo lexical de “patrimônio”. O vocábulo *casamentum*, do latim medieval, refere-se a moradia, bem como ao dote de matrimônio, a casa nova do nubente. FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro Globo*.43 ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 402.

unidade religiosa, assim dispendo: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.*¹⁰¹

Asseverando a incompatibilidade da definição de Modestino ao casamento atual, Virgílio de Sá Pereira aduz: “a liberdade de consciência elimina a *divini júris communicatio*, o regime da separação elimina a *communicatio humani juris*, e o divórcio, o *consortium omnis vitae*.”¹⁰² O autor define casamento como uma sociedade estabelecida contratualmente por um homem e uma mulher, submetendo à sanção legal sua união sexual e a prole que dela nascer.

Observe-se que a substância das definições se assemelha. Na maioria dos conceitos encontramos tanto os elementos ou requisitos do consentimento, da diversidade de sexos, da sanção legal, como as finalidades da criação da família, da regulamentação das relações sexuais, da procriação e educação da prole, e do mútuo auxílio.

Já afirmando que a conceituação de casamento não pode ser imutável, Caio Mário da Silva Pereira o define em uma tendência mais filosófica que jurista; conceito que também pode ser aplicado às famílias não oriundas do matrimônio, conceituando como “a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente.”¹⁰³ Álvaro Villaça Azevedo também resume o conteúdo metajurídico do casamento ao dizer que este “nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do Direito.”¹⁰⁴

Clóvis Beviláqua usa a definição clássica de casamento, pela ótica de legitimação estatal das relações carnis e estabelece suas conseqüências na órbita patrimonial, como “contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.”¹⁰⁵

¹⁰¹ DIGESTO, L. 23, Tit. II, frag. 1º. As núpcias são a união do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano, apud MONTEIRO, Washington de Barros. Atual. Regina Beatriz Tavares da Silva. Curso de Direito Civil, v.2, São Paulo: Saraiva p. 22. 2004.

¹⁰² De acordo com Virgílio de Sá Pereira, a definição citada por Modestino foi criada sob a influência grega, parafraseada de sentenças de Platão e de Aristóteles (WBM. *Direito de Família*, p. 107, 108 e 118). Seguem a mesma linha conceitual de casamento: Clóvis Beviláqua (*Código Civil*, v. 1, p. 517) e Silvio Rodrigues (*Direito Civil*, v. 6, p. 17).

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 5, p. 33.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. p. 23.

¹⁰⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família; Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 1920, p. 282.

Para Silvio de Salvo Venosa “o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”¹⁰⁶ e ainda prefere citar Guillermo Borda “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida.”¹⁰⁷

A concepção que acolhe a natureza jurídica do casamento como um contrato foi esposado pelo Código de Napoleão, o qual dizia que se aplicam todas as regras dos contratos comuns e que o consentimento dos contraentes é elemento essencial para a sua existência.¹⁰⁸

Sempre que se tentou conceituar casamento, deparou-se com a difícil tarefa de agregar em uma definição os múltiplos aspectos que compõem este instituto jurídico. A própria palavra casamento possui vários significados. O casamento é ao mesmo tempo uma instituição moral e religiosa, uma agregação socialmente organizada, o ato jurídico que lhe dá nascimento, o estado vincular e a sociedade conjugal por ele gerado. Conceituar casamento é tarefa árdua. A matéria está sujeita a variados elementos, não havendo universalidade nos conceitos.

Não há uma definição que possa satisfazer a todos os regimes jurídicos, mesmo porque a história e a evolução social do casamento trazem novos elementos substanciais alternadores do conteúdo e da estrutura matrimoniais. De qualquer modo é inegável que o casamento é uma convenção criada pelo homem para disciplinar e regulamentar o que foi criado pela natureza, a família¹⁰⁹. Esta recebeu da inteligência humana contornos sociais, culturais, filosóficos, psíquicos, morais, religiosos, econômicos, científicos e jurídicos; foi condicionada por solenidades, formas de constituição, de dissolução, de Direitos, de deveres e regimes patrimoniais.

A legislação determina regras para a existência e validade do casamento que está condicionado a determinações dadas pelo Estado. Quando essas determinações não são observadas o negócio jurídico casamento pode ser considerado inexistente, nulo ou anulável.

Quando se define a inexistência do casamento não se procura exatamente um vício no ato, já que quando reconhecida a inexistência o casamento simplesmente não ingressou na

¹⁰⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, direito de Família*, 9ª ed. Atlas editora, São Paulo SP, 2009. p26

¹⁰⁷ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: família*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v.1 apud, VENOSA, op. cit., p. 101.

¹⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. 37. Ed. São Paulo: Saraiva. ed atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004, v.2. p 23

¹⁰⁹ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 105 e 106.

esfera jurídica, teoricamente dispensando atuação judicial.¹¹⁰ Sendo assim, são considerados inexistentes os casamentos quando absolutamente inexitem consentimentos dos consortes, não há celebração na forma prevista em lei e não há diversidade de sexos.¹¹¹ A respeito da inexistência do casamento, colaciona Pontes de Miranda:

Se a exigência infringida concerne à existência do matrimônio, o mesmo não se dá. Não há nulidade, nem anulação; porque o contrato nunca existiu. Foi pura materialidade de fato, sem nenhuma significação jurídica, ao contrário do ato nulo, que teve vida jurídica, embora viciado, mas que pode ser revalidado ou conservar a sua existência, inicialmente precária, por se não ter requerido nunca a nulidade, ainda que insanável o vício.¹¹²

O legislador enumerou no artigo 1548 do CC¹¹³ duas hipóteses com naturezas jurídicas absolutamente distintas em relação ao casamento nulo. Uma, inciso primeiro, se relaciona com a higidez mental daquele que expressa sua vontade de casar e a outra, inciso segundo, com impedimentos cogentes que o legislador opôs à celebração do casamento.

No segundo inciso o legislador estabelece de forma genérica que é nulo o casamento por infração de impedimento, pois já elenca nos incisos do artigo 1.521 do CC¹¹⁴ os impedimentos para o casamento, tratando o tema com ênfase protetora à constituição da família de direito, fundamentado em aspectos ligados à eugenia, como consangüinidade e parentesco por afinidade, aspectos de ordem moral e dos bons costumes, quando veda o matrimônio de casados entre adotantes e adotados e, finalmente, entre o sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de morte contra o seu consorte. O homicídio, ou sua tentativa, deve ser doloso, não se cogitando da incidência do impedimento na hipótese de homicídio culposos.¹¹⁵

¹¹⁰ Entretanto na prática a inexistência do casamento se resolve juntamente com as nulidades e diante do magistrado.

¹¹¹ No Brasil o Casamento entre pessoas do mesmo sexo até 2011 era juridicamente inexistente, mesmo se realizado num país que o reconheça. Atualmente, com as decisões do STF (ADPC 132 de 05/05/2011) sobre a união estável entre homossexuais e do STJ (REsp 1183378 de 25/10/2011) sobre a possibilidade do casamento entre duas mulheres, o casamento tornou-se viável, mas ainda não há normatização. Na maior parte das sociedades só é reconhecido o casamento entre um homem e uma mulher. Poucos são os Países que admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹¹² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.33

¹¹³ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – por infringência de impedimento.

¹¹⁴ Art. 1.521. Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os 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 casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvski. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: direito de família, casamento: art. 1511 a 1590*, v. XV. São Paulo: Atlas, 2003. p. 66

Em relação as nulidades do casamento fica bem claro a distinção entre vícios insanáveis e vícios sanáveis. Os impedimentos denominados de causas suspensivas, elencados no artigo 1523 do CC¹¹⁶, visam evitar que confusões de ordem patrimonial e de filiação ocorram. Aduz o Código Civil que não devem casar as pessoas enquadradas nestas situações, o que significa um impedimento menor que os do artigo 1521.

As finalidades das causas suspensivas são variáveis. No caso, os incisos I e III do artigo 1523 são de cunho protetivo aos filhos do casamento anterior. A causa pode deixar de ser aplicada mediante autorização do juiz se o nubente interessado provar a inexistência de prejuízo financeiro, como na hipótese de não haver bens a partilhar, caso em que, o nubente cônjuge supérstite deverá apresentar inventário negativo do cônjuge morto ou no caso do inciso III demonstrar que não existiam bens a serem partilhados na ação de divórcio. A imposição do inciso II objetiva a evitar a turbatio sanguinis pelo eventual nascimento de filho nesse período. Não se aplica a causa suspensiva se provado o nascimento do filho, ou inexistência de gravidez. Quanto ao inciso IV a proteção direciona-se aos menores ou incapazes que possuam bens suscetíveis de eventual cobiça dos seus representantes legais.

Como consequência do casamento celebrado com infração causas suspensivas a legislação prevê, no capítulo do regime de bens, que se torna obrigatório o regime da separação de bens, contudo a jurisprudência orienta no sentido da comunicação dos aqüestos, conforme Súmula 377¹¹⁷ do Supremo Tribunal Federal.

As causas de anulabilidade de casamento estão previstas nos artigos 1550 e seguintes do CC¹¹⁸ e estão direcionadas a vícios muitas vezes sanáveis, sejam pela novação, pela reafirmação da vontade ou ainda pela inércia dos nubentes

¹¹⁶ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

¹¹⁷ BRASIL. STF Súmula nº 377 de 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Regime de Separação Legal de Bens - Comunicação - Constância do Casamento. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

¹¹⁸ Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado, por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos

Os incisos I e II referem-se à imatura idade cronológica dos nubentes. A lei determina que os nubentes devam contar com dezoito anos de idade, ou quando maiores de dezesseis e menores de dezoito estejam autorizados por seus representantes legais. Contudo abre exceção para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou no caso de gravidez.

Determina o inciso III que é anulável o casamento por vício da vontade, estabelecendo que somente anula-se o casamento quando este vício é caracterizado por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. O legislador limita, para efeitos anulatórios, a incidência do erro essencial e não o erro interpretado de forma ampla e irrestrita. Deve ser comprovada que houve a indução da noção inexata e falsa de alguma coisa. Conceitua o que significa erro essencial quando o erro é de tal gravidade que seja capaz de tornar insuportável a vida em comum.

O erro tem que ser gravíssimo, alcançando aspectos morais, físicos ou psíquicos. Na caracterização do vício da vontade por erro essencial a parte lesada deve evidenciar que se casou com alguém cujas condições ou qualificações eram diversas das que imaginava e que tal erro leva à insuportabilidade da convivência, pois, teve a intenção de casar com certa e escolhida pessoa que se revestia de condições ideais para a Constituição de uma família, e, na realidade, ao consentir e expressar sua vontade, estava, a outra pessoa, viciada com a maquiagem da imagem idealizada pelo outro parceiro.¹¹⁹

Há também anulabilidade quando a vontade e o consentimento em casar com determinada pessoa é obtida sob constrangimento iminente caracterizado pela coação, ou quando um ou ambos os cônjuges tiveram as respectivas vontade invadida por um temor que viciou a intenção inequívoca de contrair núpcias. Esse temor pode ser pessoal ou ainda por terceiros, como familiares.

O inciso IV fala da incapacidade de manifestar a vontade inequívoca, o que nos remete aos casamentos em caso de moléstia grave e nuncupativo¹²⁰, quando um dos nubentes pode

arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante. Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

¹¹⁹ LINS e SILVA, Paulo. *Da nulidade e da anulação do casamento*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Lins_e_Silva/Nulidade.pdf. Acesso em: 12/08/2011

¹²⁰ Casamento *in extremis*, nuncupativo, de viva voz, em iminente risco de vida ou *in articulo mortis* é aquele que dispensa as formalidades de praxe, tendo em vista a morte iminente do contraente, exigida, contudo, a presença de seis testemunhas. Tais testemunhas deverão comparecer, dentro de dez dias, à autoridade judicial mais próxima, a fim de prestarem as declarações. Aqui, o casamento *in extremis* se torna, efetivamente, nuncupativo (do latim, *nuncupatione*: declaração solene). In: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010. P.104-105.

estar impossibilitado de expressar a vontade livremente. Refere-se à transitória e relativa incapacidade, que tanto pode decorrer de uma situação provisória, como pode resultar de uma limitação que não permitida, naquele instante e circunstância, a livre manifestação do seu consentimento.

O inciso V estabelece ser anulável o casamento realizado por procuração quando o outorgado, sem conhecimento, utiliza mandato já anteriormente revogado. Adverte apenas que tal anulação não poderá ser intentada pelos mandatários se, após o ato solene, tiver sobrevindo coabitação entre os cônjuges. O parágrafo único do artigo 1550 equipara à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

No pretérito Código a incompetência da autoridade celebrante, era causa de nulidade. Pela lei vigente subsiste o casamento celebrado por autoridade incompetente, mas o negócio jurídico pode ser anulável. *Em alguns estados existe a função do Juiz de Paz, noutros os próprios Magistrados e até mesmo os Oficiais Titulares dos Cartórios de Registro Civil detém o poder de juízes de casamento. Os casamentos religiosos quando seguem as normas da lei civil e são registrados no prazo legal são equiparados ao civil.*

Nos casos de anulação de casamento¹²¹ estão presentes, basicamente, o interesse privado, não havendo, via de regra, gravidade tão relevante quanto na hipótese de nulidade. As características das anulabilidades matrimoniais podem ser organizadas como: a) o casamento existe e gera efeitos concretos até que sobrevenha a declaração de invalidação; b) somente a pessoa juridicamente interessada poderá promover a anulação do casamento; c) admite ratificação; d) a ação anulatória de casamento está submetida aos prazos decadenciais previstos em lei; e) o juiz não pode conhecer de ofício, nem o Ministério Público pode suscitá-la, por não envolver interesse público.

A título de curiosidade, no Brasil durante o período colonial e imperial até 1889, o casamento era unicamente religioso/católico, aplicadas as normas do *Concílio de Trento* e as disposições do Arcebispado da Bahia. As formalidades nupciais remontam ao ano de 1890, por intermédio do Decreto nº181, na qual se consolidara a noção “semi-laica”, estabelecendo que só o casamento civil tivesse valor. Em 1890 o Governo Provisório, no Decreto n. 521,

¹²¹ Ver também: “A imagem mais própria para se diferenciar o nulo do anulável é a da coleção de cubos (elementos), empilhados regularmente, formando o suporte fático, a que ou faltou algum dos cubos, vendo-se o espaço vazio, e é a imagem do suporte fático do negócio nulo, ou a que algum dos cubos menores não foi junto, mas é juntável pelo que o devia ter posto lá, o cubo complementar, ou, pelo tempo mesmo que decorreu, não pode ser mais visto o vazio”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.34

definiu a primazia do casamento civil, ordenando que a solenidade civil sempre precedesse as cerimônias religiosas oriundas de qualquer culto. Essas disposições foram derogadas pela Constituição de 1891¹²², que dispôs que "Nenhum culto ou Igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança, com o governo da União ou dos Estados."

A Constituição de 1934 reafirmou o casamento civil e a gratuidade de sua celebração, mas admitiu que o casamento religioso produzisse os mesmos efeitos que o civil, desde que perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito, forma e habilitação dos nubentes não contrariassem a ordem pública ou os bons costumes; que fossem observados os impedimentos e o processo da oposição, bem como fosse inscrito no Registro Civil. A Carta de 1937 não recepcionou tal preceito, limitou a prescrever a indissolubilidade do casamento, colocando a família sob a proteção do Estado.

Em 1946 a Constituição admitiu efeitos civis ao casamento religioso, devidamente inscrito no registro público, a requerimento do casal, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Observou-se pela primeira vez o registro como objeto de provisão constitucional. A Lei nº 1.110 de 1950, regulou o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, dispondo a respeito da habilitação prévia e posterior dos nubentes, ambas admissíveis para o registro do casamento religioso¹²³.

¹²² Maria Beatriz Nader comenta sobre o assunto: "As *Constituições* transformaram-se nos documentos coloniais que repassaram das leis eclesiásticas estabelecidas pelo Concílio de Trento que davam ordem às uniões carnavais, muito embora, assim como a leis civis, suas normas variassem entre os grupos sociais, as raças, o estatuto jurídico dos indivíduos e, principalmente, de uma capitania para outra. O texto das *Constituições* pregava que o casamento era único meio cristão de se dominar os corpos e legitimar as uniões "*naturais*" entre os sexos, e utilizava-se da mulher para adequar a população aos novos preceitos cristãos, seguindo os mesmos mecanismos usados pela Igreja na Europa. Os objetivos tridentinos em reformar o matrimônio condenava as uniões *naturais* como sendo "*delitos da carne*", chegando a punir homens e a mulheres com penas pecuniárias, prisão e degredo. No entanto, essas relações se sustentaram de forma aberta e sem preconceitos, inquietando os jesuítas, pois foram práticas que perpassaram por todas as camadas sociais, a despeito da relação criada para a mulher e casamento." In: NADER, Maria Beatriz. *Casamento no Brasil: do século XVI ao XIX. O Olhar da historiografia*. Disponível em: <http://www.angelfire.com/planet/anpuhes/beatriz4.htm>. Acesso em: 07 set 2011.

¹²³ A matéria encontra-se hoje, em termos quase inalterados, nos Art. 70 a 75 da Lei nº 6.015 de 21.12.73 (Lei de Registros Públicos). Art. 70 Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados: 1º) os nomes, prenomes, nacionalidade, data e lugar do nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; 2º) os nomes, prenomes, nacionalidade, data de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; 3º) os nomes e prenomes do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior, quando for o caso; 4º) a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; 5º) a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; 6º) os nomes, prenomes, nacionalidade, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; 7º) o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura ante-nupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que sendo conhecido, será declarado expressamente; 8º) o nome, que passa a ter a mulher, em virtude do casamento; 9º) os nomes e as idades dos filhos havidos de matrimônio anterior ou legitimados pelo casamento. 10º) à margem do termo, a impressão digital do contraente que não souber assinar o nome. Parágrafo único. As testemunhas serão, pelo

A Constituição de 1967 e a emenda à Constituição nº 1, de 1969, mantiveram o mandamento. A Constituição vigente limitou-se a determinar os efeitos civis do casamento religioso, nos termos da lei, reiterando ser civil e gratuita a sua celebração¹²⁴.

A relação conjugal alude à comunhão de corpos e interesses personalíssimos, pessoais e patrimoniais, criando sociedade conjugal e vínculo jurídico, conseqüentemente, submetendo os cônjuges a um complexo de direitos e deveres legais e convencionais. O tema é amplamente discutido na esfera do Código Civil, seja em relação ao casamento ou na união estável.

Mesmo com todo apelo religioso em ser constituída a relação conjugal por intermédio do matrimônio ou do casamento religioso com efeito civil, ou ainda, pela segurança jurídica do casamento civil, inúmeros são os casais que buscam nas livres uniões uma forma de constituírem suas famílias, mormente após o *status* constitucional protetivo ofertado no artigo 226 § 3º¹²⁵ da Carta Magna vigente.

menos, duas, não dispendo a lei de modo diverso. CAPÍTULO VII, Do Registro do Casamento Religioso para Efeitos Civis. Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhe forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação. Art. 72. O termo ou assento do casamento religioso, subscrito pela autoridade ou ministro que o celebrar, pelos nubentes e por duas testemunhas, conterá os requisitos do artigo 71, exceto o 5º. Parágrafo único. Será colhida, à margem do termo, a impressão digital do contraente que não souber assinar o nome e serão quatro, nesse caso, as testemunhas do ato. Art. 73. No prazo de trinta dias a contar da realização, o celebrante ou qualquer interessado poderá, apresentando o assento ou termo do casamento religioso, requerer-lhe o registro ao oficial do cartório que expediu a certidão. § 1º Anotada a entrada do requerimento, o oficial fará o registro no prazo de vinte e quatro (24) horas. § 2º Se o documento referente à celebração do casamento religioso omitir requisito que dele deva constar, os contraentes suprirão a falta mediante declaração por ambos assinada, ou mediante declaração tomada por termo pelo oficial. § 1º O assento ou termo conterá a data da celebração, o lugar, o culto religioso, o nome do celebrante, sua qualidade, o cartório que expediu a habilitação, sua data, os nomes, profissões, residências, nacionalidades das testemunhas que o assinarem e os nomes dos contraentes. § 2º Anotada a entrada do requerimento o oficial fará o registro no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. § 3º A autoridade ou ministro celebrante arquivará a certidão de habilitação que lhe foi apresentada, devendo, nela, anotar a data da celebração do casamento. Art. 74. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprimindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração. Parágrafo único. Processada a habilitação com a publicação dos editais e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do processo, observado o disposto no artigo 70. Art. 75. O registro produzirá efeitos jurídicos a contar da celebração do casamento.

¹²⁴ SILVA, Ewerton Rodrigo Cardoso. *O casamento no Direito brasileiro*. UNIFRAN - FRANCA/SP. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/14716309/O-casamento>. Acesso: 30 ago 2011.

¹²⁵ CF 1988: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

2.1.2. União Estável

Cada vez mais casais constituem suas relações por intermédio da simples união pessoal, alicerçada primordialmente pelo afeto, sem o rigor do formalismo exigido pela lei ao instituto do casamento. Essas relações, outrora, eram conhecidas por concubinato, não sendo privilégio dos tempos atuais. As Ordenações do Reino¹²⁶, mais precisamente as Filipinas, já traziam dispositivo relacionado ao concubinato, mas, o Código Civil de 1916 não destacou a importância dessas relações, apenas acompanhou a qualidade de concubinato às sociedades de fato, tratando o caso apenas com indenização a serviços eventualmente prestados¹²⁷. Quase sempre a relação concubinária era entre pessoas casadas, que separadas de fato não podiam por fim ao casamento válido, vez que indissolúvel.

Pelo motivo da indissolubilidade do casamento os “concubinos” passaram a não mais estar à margem da sociedade e sim em toda sociedade, desta forma, a jurisprudência foi de crucial importância para a transformação do instituto em união estável e sua aceitação na esfera jurídica. Com o advento da Lei do Divórcio, em 1977, e a possível dissolução do casamento, muitos concubinos se casaram, mas não havia uma segurança jurídica estável as relações, principalmente nas relações patrimoniais. Apenas com o advento da súmula 380 do STF¹²⁸ as relações patrimoniais entre os concubinos começaram a encontrar respaldo jurídico.

Na década de 90, no século passado, duas leis vieram completar o instituto, Lei n.º 8.971 de 1994 e Lei n.º 9.278 de 1996, apesar disso, apenas com o advento da Constituição de 1988 passa a União estável a ser caracterizada como entidade familiar. O Código Civil de 2002, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inovou ao inserir em seu contexto a União estável.

¹²⁶ No descobrimento do Brasil vigorava em Portugal e na Colônia as Ordenações Afonsinas. Em 1521 foram promulgadas as Ordenações Manuelinas. Em 1603 vigiam as Ordenações Filipinas. In: ALBERGÁRIA, Bruno. *Histórias do direito: Evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 198.

¹²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 903

¹²⁸ BRASIL. STF Súmula n.º 380 de 03 de abril 1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A Constituição Federal de 1988, alicerçada no espírito de cidadania, valorando os princípios que norteiam o Direito, a sociedade e acima de tudo respeitando a democracia, a dignidade da pessoa humana, e acima de tudo o direito à felicidade, chancelou à união estável *status* de entidade familiar, facilitando a sua conversão em casamento. O legislador constituinte não determinou quais seriam as exigências para esta modalidade de família, nem tampouco elencou os direitos assegurados aos companheiros, o que posteriormente, foi feito pelo legislador infraconstitucional, que enumerou suas características, conceitos e requisitos¹²⁹. O Texto Constitucional, artigo 226 parágrafo terceiro¹³⁰, limitou-se a determinar a especial proteção do Estado à união estável.

Importa registrar que a Constituição Federal converteu um estado de fato em relação jurídica, a união estável, mas não a equiparou ao casamento, porque há necessidade de conversão, assim sendo, união estável e casamento são dois institutos distintos, duas situações que protegem a entidade familiar e formam sociedade conjugal, mas cada com suas peculiaridades, alcançando efeitos, direitos e deveres resultantes de cada instituto, ou de cada relação, cada qual com suas peculiaridades. No dizer de Paulo Lôbo:

A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse de estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a constituição e lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referencia estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia¹³¹.

Classifica-se como união estável a relação familiar em que há vida em comum por partícipes que vivam como tendo o estado de casados, com participação afetiva e econômica de ambos, seja direta ou indireta, o que legitima os direitos aos companheiros de participarem na divisão do patrimônio comum, em forma de meação. O termo concubinato, outrora utilizado, virou pejorativo, indicando apenas as relações eventuais de amantes, geralmente entre pessoas casadas.

¹²⁹ PENA JUNIOR, Moacir César. Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 146-149.

¹³⁰ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹³¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 148.

O Código Civil, nos artigos 1723 a 1727¹³², seguindo os passos da Carta Magna, recepcionou a família como base da sociedade, sob especial proteção do Estado e reconheceu a união estável como entidade familiar. Disciplina a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública; contínua; duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Colaciona os impedimentos para configurar a entidade familiar oriunda desta união, como faz com o casamento, e ainda disciplina o regime de bens entre os companheiros. Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo.¹³³

¹³² Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de Constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹³³ Recente decisão do Supremo Tribunal Federal reconhece a união estável entre casais do mesmo sexo. EMENTA: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-Constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Adpf 132/Rj E Adi 4.277/DF) - O afeto como valor jurídico impregnado de natureza Constitucional: A valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - Princípios de Yogyakarta (2006): Direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil - O Art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - A Função contra majoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito - A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia Constitucional - O dever constitucional do Estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (Cf, Art. 5º, XLI) - A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao *neoconstitucionalismo* - Recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. **RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.** - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se

Ainda determina a lei que para a caracterização da união estável não pode haver entre os companheiros impedimentos à possível realização de casamento, previstos no artigo 1.521 do CC, não se aplicando, porém, a incidência do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente¹³⁴. Não há necessidade de convivência idêntica ao casamento, por entendimento consagrado na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal,¹³⁵ que preceitua que a coabitação não é indispensável à configuração da união estável. Álvaro Villaça conceitua união estável como “convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo

pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

¹³⁴ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os 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 casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz. Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

¹³⁵ BRASIL. STF - Súmula 382 de 03 de abril 1964 DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. “A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.”¹³⁶

Já Carlos Roberto Gonçalves comenta a ausência de formalismo para a constituição da união estável: “Enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, ao contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.”¹³⁷

Para a configuração da união estável deve haver uma união respeitável consubstanciada no *affectio* e no *animus* de constituir uma família. A coabitação é um fator que pode ser levado em conta para a caracterização da união estável, mas, não é imprescindível.

No silêncio dos companheiros o regime patrimonial na união estável é o da comunhão parcial, contudo, podem eleger um dos regimes patrimoniais existentes na lei civil em escritura pública, mas, em analogia ao casamento há casos em que esta escolha é obstada pela norma cogente.

Na união de pessoas maiores de 70 anos o Superior Tribunal de Justiça entende que o regime de separação obrigatória de bens em razão da idade também é válido para a união estável. É interessante observar que o argumento se firma basicamente em evidenciar a supremacia do instituto do casamento quando comparado à união estável, de modo que aplicar o regime de separação obrigatória de bens para o primeiro e adotar o regime de comunhão parcial de bens no segundo, tratando-se de idosos, demonstraria dissonância em relação ao disposto no art. 226, § 3º, como será estudado em capítulo próprio.

A presciência na escolha de um regime de bens visa a evitar questões desagradáveis que podem se apresentar durante a união do casal, ou na ruptura dela. Deve o casal permear a vontade do enlace com a situação patrimonial que se apresenta, de forma que a livre escolha do regime de bens seja uma condição a mais para o sucesso da relação.

¹³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União Estável. *Revista do Advogado: AASP*, São Paulo, n 58, p.102, março/2000.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito de família de acordo com a lei número 12.133 de 17/12/2009*. 7ª Ed. v. 6. São Paulo: Saraiva. 2010 p.587.

2.2. Dos regimes patrimoniais

O regime de bens tem por objetivo regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges e companheiros, especificamente quanto ao domínio e a administração sobre os bens trazidos e os adquiridos durante a relação conjugal. O regime aplicável a cada união depende de escolhas feitas pelo casal, podendo ser um conjunto de estipulações convencionais e de normas cogentes, ou apenas de normas legais, quando não for exercida a escolha¹³⁸.

No Brasil o modelo tradicional da confirmação e registro de laços afetivos continua sendo o casamento civil, mesmo tendo a união estável importante contribuição na formação das famílias, mormente pelas relações terem como arcabouço primordial o afeto, porém, as relações são permeadas de interesses, sejam afetivos e ou patrimoniais, posto que, há expectativa na formação de patrimônio comum, vez que é uma sociedade, ou pela possibilidade de ingresso no direito sucessório¹³⁹.

Alicerçado em determinar regras e diretrizes às relações de conteúdo econômico que advém das relações conjugais, o Código Civil arcabouça disposições relativas aos diversos regimes de bens que agregam o conjunto de normas que disciplinam o direito patrimonial nas relações econômicas dos partícipes, quer entre si, quer no tocante a terceiros; o usufruto e administração destes bens, sejam comuns, denominados de aquestos, ou particulares de cada um, a disponibilidade e domínio destes bens e como devem ser partilhados ao fim da sociedade conjugal, pela dissolução ou pela morte, quando o regime patrimonial determinara a condição de herdeiro do supérstite.

Ao resolver casar é necessário que os nubentes façam a habilitação para o casamento civil no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais que é o cartório notarial competente. Durante o processo de habilitação procede-se a escolha do regime de bens, mediante pacto antenupcial por escritura pública, na qual são firmados o regime e as regras que nortearão a relação econômica do casal. O pacto antenupcial é utilizado quando escolhido regime

¹³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p 292.

¹³⁹ O CC de 2002 traz o cônjuge como herdeiro necessário, não podendo assim ser afastado da sucessão por mera deliberação; e ainda, dependendo do regime de bens acolhido no casamento, pode o cônjuge ser concorrente com os descendentes e ascendentes do autor da herança. Vide artigos: 1829, I e II e 1.845.

diferenciado do regime legal,¹⁴⁰ e quando não houve convenção entre as partes, ou sendo ela nula ou ineficaz.

O legislador esquematizou as normas patrimoniais básicas referentes à união estável, permitindo-se aos companheiros a organização voluntária sobre os seus bens. O Código Civil prescreve que no silêncio entre os companheiros, na ausência de convenção anterior, vigora na união estável o regime da comunhão parcial de bens. Porém, ainda podem os conviventes eleger, também por escritura pública como no casamento, regime distinto do legal. Interessante a consideração observada por Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza:

As repercussões patrimoniais da união estável ainda geram muitas controvérsias diante do não entendimento de que esta relação perfaz-se de fato, com vistas à manutenção da liberdade dos indivíduos, havendo ainda, como será visto, muitas interpretações que insistem em equiparar a união estável ao casamento, para o fim da aplicação de normas de conteúdo patrimonial. Sobretudo nessas uniões deve-se evitar, ao máximo, uma intervenção desarrazoada do Estado, que muitas vezes insiste em substituir a vontade dos interessados por regras já existentes para o casamento.¹⁴¹

O Código Civil concede aos casais a liberdade na escolha do regime patrimonial. Nesse sentido afirma em seu artigo 1639 que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. É a aplicação do princípio da autonomia da vontades, deixando ao encargo do nubente celebrante a escolha da forma patrimonial regente do enlace.

Contudo, só subsiste o regime eleito por pacto antenupcial, se firmado por quem possa escolher livremente seu regime patrimonial. Somente os excluídos das situações mencionadas pelo artigo 1641 do CC¹⁴² possuem esta capacidade. As pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas do casamento, todos aqueles que dependerem de suprimento judicial e as pessoas maiores de setenta anos não possuem esta livre escolha no regime de bens. Os septuagenários não podem livremente escolher o regime de bens, nem no casamento nem tampouco na união estável, a regra impeditiva permanece, demonstrando a inexistência da autonomia da vontade aos maiores de setenta anos que estão impedidos por lei de usufruírem o seu direito de escolha.

¹⁴⁰ Desde 26 dez 1977 com o advento da lei do divórcio, Lei 6515 o regime legal é o da comunhão parcial de bens.

¹⁴¹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Relações patrimoniais de Família: alguns questionamentos*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=499>. Acesso em: 14 ago2011.

¹⁴² Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; - da pessoa maior de 70 (setenta) anos (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Observada a conceituação sobre direito patrimonial e regime de bens nas relações é de suma importância esclarecer o arcabouço dos três princípios basilares que os compõem: variedade de regime de bens, liberdade dos pactos antenupciais e “imutabilidade” do regime adotado.

A variedade do regime de bens está relacionada à possibilidade de escolha do regime que vigorará entre o casal. Embora os regimes patrimoniais existentes na legislação dos países modernos sejam diversos e numerosos, o Ordenamento Jurídico no Brasil apresenta cinco regimes: comunhão universal (artigos 1.667 a 1.671 do CC), comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666), participação final dos aquestos (artigos 1.672 a 1.686), separação de bens - subdividido em volitivo e obrigatório (artigos 1.687 e 1.688) e regime da Regime da Comunhão parcial e/ou contratual na união estável (artigos 1.723 a 1.726)¹⁴³.

Determina o princípio da liberdade dos pactos antenupciais ou da liberdade de escolha que é lícito aos contraentes escolher a regra patrimonial que vai vigorar na sociedade conjugal. O casal é compelido a escolher um dos regimes que a lei prescreve, podendo “misturar” vários regimes e regras patrimoniais, desde que não sejam ilícitas ou contrariem preceitos legais e morais. As regras são escolhidas por intermédio de pacto antenupcial¹⁴⁴, que obrigatoriamente deve ser feito por escritura pública e até antes de casar, a qualquer momento, pode-se mudar o pacto, porque antes da celebração o pacto não tem valor algum.

O princípio da imutabilidade do regime de bens era claramente determinado no pretérito Código. Não havia a premissa da mudança no regime escolhido pelos contraentes. Era a forma do Estado proteger a relação patrimonial no enlace matrimonial de forma a preservar, à época, a hipossuficiência da suposta parte mais fraca na relação – o cônjuge virago. Washington de Barros Monteiro cita os motivos nos quais se embasavam a irrevogabilidade de regimes no Código Civil de 1916:

Essa irrevogabilidade do regime de bens inspira-se em duas fortes razões, o interesse dos cônjuges e o interesse de terceiros. O interesse dos cônjuges exige a inalterabilidade do regime, porque, depois de casados, poderia um deles, abusando de sua ascendência ou da fraqueza do outro, obter modificações em seu proveito. [...] O interesse de terceiros também reclama a manutenção do mesmo regime durante a vigência da sociedade conjugal,

¹⁴³ BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 set 2011.

¹⁴⁴ No regime legal de bens a lei diz que quando não se faz o pacto nupcial, escolhe-se o regime legal. Até 1977 o regime legal era o da comunhão universal de bens. A partir de 26/12/1977, pela Lei do divórcio, nº 6.515 o regime legal é da comunhão parcial de bens.

porque bem poderiam os cônjuges, uma vez conluiados, introduzir-lhe alterações, que viessem prejudicar direitos de outrem, credores, por exemplo, que tivessem contato com determinado regime matrimonial, no ato de contratar com um deles.¹⁴⁵

A imutabilidade do regime de bens decorria do amparo protetivo do legislador de 1916 a favor da mulher casada. Àquela época a mulher era considerada como dotada de menor experiência no trato das riquezas econômicas do casamento, quase sempre administradas pelo marido. O principal argumento a favor da imutabilidade era evitar que um dos cônjuges prejudicasse patrimonialmente o outro, mas, mesmo durante a vigência do Código de 1916 o princípio da imutabilidade foi enfraquecendo, mormente com o princípio da igualdade entre os sexos laureado pelo inciso primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁴⁶. Essa premissa de igualdade entre marido e mulher é uma realidade social da atualidade e não apenas uma figuração constitucional. Rolf Madaleno descreve que:

[...] considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria herege aduzir em tempos de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental em relação ao seu parceiro conjugal. Por esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, devendo homem e mulher gozarem da livre autonomia da vontade para decidirem acerca da mudança incidental do seu regime patrimonial de seus bens, sem seguir o legislador presumindo possa um deles possuir a fraqueza do outro[...] ¹⁴⁷

Na vigência do CC de 1916, tanto a jurisprudência como a doutrina já ponderavam que, em algumas situações, o princípio não deveria ser rígido em demasia. Nesse diapasão, o CC de 2002 instituiu de vez a “mutabilidade motivada” para o regime de bens no parágrafo segundo do artigo 1639¹⁴⁸, contudo, melhor entendimento é de que a imutabilidade continua sendo regra e a mutabilidade a exceção, pois só pode ser obtida em casos especiais mediante sentença judicial¹⁴⁹. O referido artigo aduz que “é admissível alteração do regime de bens,

¹⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p.145

¹⁴⁶ CF 88. Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.691.

¹⁴⁸ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito de família de acordo com a lei número 12.133 de 17/12/2009*. 7ª Ed. v. 6. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 423

mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

A alteração do regime pode ocorrer quando não é obrigatório o regime da separação de bens. A flexibilidade é dada à alteração quando a motivação legal para a separação de bens é superada, como no caso do casamento de menores autorizados judicialmente para o casamento. Superada a menoridade pode o casal submeter o pedido de alteração de regime ao judiciário. É imperioso, entretanto, atender aos requisitos legais.

Todavia, o Código de 2002 estabelece no artigo 2.039 que “o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”, causando assim interpretações no sentido de que a alteração não seria possível nos consórcios celebrados na vigência do Código de 1916. Heloisa Maria Dalto Leite observa a premissa:

Algumas questões surgem do dispositivo em exame. A primeira delas é saber se somente aqueles que se casaram após a entrada em vigor do novo Código Civil poderão alterar o regime de bens. A resposta é afirmativa, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e, por conseguinte, a norma insculpida no inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição da República onde está cristalizado o Princípio da Irretroatividade das Leis.¹⁵⁰

A alteração do regime de bens pode ocorrer mesmo que o casamento tenha sido celebrado pela égide do código de 1916. Pablo Stolze Gagliano aduz que:

O regime de bens consiste em uma instituição patrimonial de eficácia continuada, gerando efeitos durante todo o tempo de subsistência da sociedade conjugal, até a sua dissolução. Dessa forma, mesmo casados antes de 11 de janeiro de 2002, data da entrada em vigor do Novo Código, os cônjuges poderiam pleitear a modificação do regime, eis que os seus efeitos jurídico-patrimoniais adentrariam a incidência do novo diploma, submetendo-se às suas normas.¹⁵¹

Contudo, em entendimento já pacificado observa-se a aplicação de direito intertemporal com a irretroatividade da lei nova. Nos ensinamentos de Serpa Lopes:

Quanto aos efeitos do casamento, a doutrina distingue os efeitos pessoais dos patrimoniais. Quanto aos primeiros, as modificações da lei nova são suscetíveis de aplicação imediata, por isso que são situações jurídicas afastadas do âmbito dos bens pessoais ou patrimoniais de qualquer dos cônjuges, enquanto que, em relação aos segundos, dada a

¹⁵⁰ LEITE, Heloisa Maria Dalto (Coord.). *O Novo Código Civil – Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 315.

¹⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Alguns Efeitos do Direito de Família na Atividade Empresarial*. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=560. Acesso em: 03 set 2011.

sua natureza patrimonial, há lugar para o princípio da irretroatividade¹⁵².

O Código de 2002 flexibiliza a questão da imutabilidade do regime de bens substituindo esse princípio pelo da mutabilidade motivada ou justificada, bem como já está pacificado pela jurisprudência e pela doutrina que a mutabilidade motivada é aplicada para os casamentos realizados anteriormente ao Código Civil vigente, pois, não há que se falar em prejuízo de uns dos consortes¹⁵³. Entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁴ uniformizou no sentido da possibilidade de alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916. Reforçando o alcance da nova lei aos casamentos pretéritos.

Mas não são apenas dois os regimes permitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Já citado anteriormente, vários são os regimes de bens que podem ser observados, e suas peculiaridades devem ser colacionadas. *Ab ovo* o regime da comunhão universal, por se tratar de comunhão plena, seja pessoal ou patrimonial, causando um só corpo de bens comuns.

2.2.1. Comunhão Universal

A comunhão universal de bens implica, com poucas exceções, na comunicação de todos os bens do casal, os havidos anteriores a relação conjugal, os adquiridos na constância do enlace, bem como as dívidas, moldando um patrimônio único cuja alienação depende do

¹⁵² SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p.207.

¹⁵³ URT, Fernanda Grezzi. As inovações no regime de bens e a controvérsia do princípio da imutabilidade no direito intertemporal. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3770/As-inovacoes-no-regime-de-bens-e-a-controversia-do-principio-da-imutabilidade-no-direito-intertemporal>. Acesso em: 03 ago 2011.

¹⁵⁴ Relevante destacar o resumo estruturado da decisão da lavra do Ministro Hélio Quaglia Barbosa no REsp 868.404/SC, *in verbis*: RECURSO ESPECIAL. Direito civil. Direito de família. Regime matrimonial de bens. Modificação. Casamento celebrado na vigência do código civil de 1916. Disposições transitórias do Código Civil de 2002. Conjugação do art. 1.639, § 2º, com o art.2.039, ambos do novel diploma. Cabimento em tese da alteração de regime de bens. Inadmissibilidade que já restou afastada. Precedente jurisprudencial. Alteração subordinada à presença dos demais requisitos constantes do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. Necessidade de remessa dos autos às instâncias ordinárias apreciação do pedido. Recurso especial conhecido a que se dá parcial provimento para, admitida a mudança de regime, com a remessa dos autos à instância de origem.

consentimento de ambos, não importando a natureza desses bens, sejam móveis ou imóveis, ações ou direitos, valoráveis ou não economicamente. Formam um acervo patrimonial único com a reunião dos bens de cada um dos partícipes ao do outro, transmutados em uma única massa patrimonial, que não retorna à propriedade originária exclusiva no fim da relação conjugal¹⁵⁵.

No dizer de San Tiago Dantas observa-se a característica primordial do regime, qual seja, “estabelecer entre os cônjuges uma comunicação dos bens e da parte passiva do patrimônio, e o que, daí por diante, qualquer um deles adquirir, adquire simultaneamente para si e para outro cônjuge, para a comunhão familiar.”¹⁵⁶ Antes da Lei do divórcio,¹⁵⁷ o regime matrimonial legal aos nubentes que não produziam sua própria opção em relação ao patrimônio era o regime da comunhão universal de bens. Sobre o assunto Lafayette busca explicar a escolha do legislador pátrio pelo modo de plena comunicabilidade dos bens do final do século XIX, perdurando até 1977 já no século XX. Lafayette leciona que:

*[...] em sua natureza e efeito a comunhão é por certo o regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal, e a comunhão de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destino dos cônjuges e contribui poderosamente para fortificá-la e consolidá-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro.*¹⁵⁸

A universalidade na comunhão de bens atendia à composição social da época, pois, havia uma realidade distinta da atual. As pessoas casavam-se mais cedo¹⁵⁹ e, quase sempre, adquiriam seu patrimônio, basicamente, durante o casamento. Perdurava a prevalência de

¹⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 647.

¹⁵⁶ DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, Ed: Forense, Rio de Janeiro, 1991, 2ª Ed. p. 272

¹⁵⁷ BRASIL. *Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 07 set 2011.

¹⁵⁸ LAFAYETTE. Direito de família. Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo código civil, estudos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003, p. 251-266.

¹⁵⁹ Segundo o Direito Canônico, no século XVIII, a idade para o casamento era fixada em 14 anos para o homem e 12 anos para a mulher. Com o Decreto nº 181, de 24.01.1890 (Lei do Matrimônio), que regulou o casamento civil no Brasil, exigia-se que os nubentes tivessem uma idade de 16 anos para o homem e de 14 para a mulher (art. 7º § 8º). No CC de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) entendia-se que a mulher com 16 anos, já estaria apta ao matrimônio, entretanto, o homem atingiria essa capacidade apenas aos 18 anos (art. 183, XII). Na prática, porém, o que ocorria no final do século XIX, pelo menos a partir do período republicano, é que os homens raramente casavam antes de atingir a maioridade, que era de 21 anos na época. O interessante é que para as mulheres ocorria exatamente ao contrário. As moças eram incentivadas a casar precocemente assim que atingiam 14 anos, pois, para as famílias de então era vergonhoso ver as filhas se tornarem adultas sem encontrar nenhum pretendente. In: NADER, Maria Beatriz. *Casamento no Brasil: do século XVI ao XIX. O Olhar da historiografia*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/planet/anpuhes/beatriz4.htm>>. Acesso em: 07 set 2011.

aquestos pelo entendimento de que a sociedade conjugal permeava-se na comunhão plena de vidas e de todos os bens presentes e futuros.

O regime persiste como regime volitivo na legislação em vigor. Nada impede, entretanto, que se excluam¹⁶⁰ ou incluam-se alguns bens, sem descaracterizar a intenção da universalidade da comunhão. Assim, poucas foram as modificações trazidas ao aludido regime nos artigos 1667 a 1671 do CC de 2002¹⁶¹, continua a comunicação dos bens de ambos os cônjuges, os havidos antes do casamento bem como os adquiridos durante a sua constância, e em caso de dívidas contraídas por qualquer um desses todo o patrimônio responderá para saná-las. A administração dos bens ocorre pelo casal¹⁶², pois, qualquer dos cônjuges tem a posse e a propriedade em comum, indivisa, moldando um patrimônio único de todos os bens, móveis ou imóveis, cuja alienação depende também de mútuo consentimento.

Na comunhão universal existe uma confusão entre a propriedade dos bens, excluídos da comunhão os bens ressalvados nas exceções legais¹⁶³. Essas exceções são defendidas pelo legislador para proteger o direito à propriedade, tais bens permanecem como patrimônio particular de cada um dos consortes, não pertencendo aos dois cônjuges e não possibilitando ingresso na sociedade conjugal.

Extinto o consórcio matrimonial com o fim do casamento é também findada a comunhão patrimonial, havendo então a partilha dos bens. Ao ser realizada a divisão de bens, de todo o patrimônio dos não mais casados, cessa a responsabilidade de cada um dos cônjuges em relação aos credores e devedores do outro, vez que cada um já está em posse plena da

¹⁶⁰ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: 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.

¹⁶¹ Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte. Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento. Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens. Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

¹⁶² Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. § 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido. § 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns. § 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

¹⁶³ Cf: art. 1667, 1668 e 1659. Todos do CC 2002

metade que é seu de direito arcará com sua responsabilidade pessoal em dissociação do patrimônio comum, ou do outro.

A lei do divórcio modificou o regime legal para a comunhão parcial de bens. Dois conjuntos de bens então se formam: os comuns do casal e o particular de cada um.

2.2.2. Comunhão Parcial

Com o advento da Lei do divórcio, o regime da comunhão parcial passou a ser o regime legal, em substituição ao regime de comunhão total. Até a atualidade, no silêncio dos nubentes e dos companheiros na união estável, quando volitivamente não acordam outro regime ou quando a lei não obriga a separação de bens, vigora a comunhão dos aquestos. Os bens adquiridos durante a sociedade conjugal se comunicam. Pontes de Miranda qualifica a comunhão parcial tal que:

O que pertencia ao cônjuge, por ocasião do casamento, dele continua a ser; igualmente, o que se sub-roga a tais bens. Porém, parte do que pertence ao segundo período também fica imune a comunicação: os bens que sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, ao cônjuge, por doação, ou sucessão. Outrossim, os que sub-rogarem a esses.¹⁶⁴

Arnoldo Wald explica que o regime da comunhão parcial é também denominado de comunhão de aquestos ou de bens adquiridos na constância da relação conjugal, segue ainda na alusão que “cada um dos cônjuges mantém como próprios os seus bens anteriores ao casamento, comunicando-se os adquiridos onerosamente na vigência da sociedade conjugal”.¹⁶⁵

Já Silvio Rodrigues é mais conciso: “trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro”.¹⁶⁶ Maria Helena Diniz, mais prolixa, reitera na definição o condão de regime legal a comunhão parcial.

O regime legal da comunhão de aquestos é, como vimos, o que advém da falta, ineficácia ou nulidade de pacto antenupcial, que determina o regime preferencial

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. VII 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.333

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. *O novo Direito de família*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11

¹⁶⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6.p. 202

dos nubentes, caso em que a lei intervém, fazendo prevalecer a sua vontade (CC, art. 1.640). Assim, o regime de comunhão parcial será um efeito legal do matrimônio.¹⁶⁷

O art. 50 da Lei do Divórcio modificou a redação do art. 258 do Código de 1916, determinando que “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.”¹⁶⁸ O Código vigente mantém o regime da comunhão parcial como regime legal de bens, assinalando o resguardo da propriedade exclusiva dos bens anteriores pertencentes a cada um dos cônjuges ao enlace e caracterizando aos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal à comunhão do casal, perfazendo os aquestos. Três massas patrimoniais existem neste regime.¹⁶⁹

O patrimônio exclusivo do marido e o patrimônio exclusivo da mulher constituem duas dessas massas. São os bens pessoais e particulares adquiridos antes do casamento e os subrogados no lugar deles bem como as determinações legais de bens particulares, como os bens herdados e os doados.

Os bens comuns ao casal, denominados aquestos, perfazem a massa comum, amealhada onerosamente após o início da sociedade conjugal por terem sido adquiridos na colaboração entre os partícipes, direta ou indiretamente, pois não importa a forma de colaboração. Assim determina o artigo 1658 do Código Civil: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.”

Contudo, como já assinalado anteriormente, existem bens que são incomunicáveis, mesmo que adquiridos durante a sociedade do casal, e desta forma, com o fim da sociedade conjugal pelo divórcio, estes bens não se comunicam, como prescrevem as exceções previstas no final do artigo 1658, elencadas nos artigos 1659 e 1661, todos do CC¹⁷⁰ vigente.

As determinações legais de bens particulares mantêm incomunicáveis os bens recebidos, mesmo após o início da sociedade conjugal, por herança ou doação e os

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º volume, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002 p. 152.

¹⁶⁸ BRASIL, *Lei Nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.

¹⁶⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.720.

¹⁷⁰ 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 subrogação 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. Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

subrogados em seu lugar, todavia os frutos destes bens, percebidos ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, comunicam-se, bem como os determinados no artigo 1660 do CC.¹⁷¹

Também não comunicam, de acordo com o citado artigo 1659, as obrigações dos cônjuges assumidas antes do casamento; as obrigações por atos ilícitos, mesmo que adquiridas após o casamento, salvo se o outro cônjuge obteve algum proveito; os bens de uso pessoal, por serem presumidamente adquiridos com recursos do próprio cônjuge, determinados pela doutrina como bens privados por destino.¹⁷²

A norma prescrita no inciso VI do artigo 1659 do Código vigente ainda determina a incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Contudo, a palavra provento está empregada de maneira inespecífica e genérica, significando os vencimentos, salários e remunerações de qualquer tipo.

A interpretação deste inciso deve levar em conta a incomunicabilidade do direito aos proventos ainda não recebidos, aqueles pendentes e ainda por receber, pois recebida a remuneração e utilizada em aquisição patrimonial móvel ou imóvel, esta ingressará ao patrimônio comum do casal.¹⁷³ Nesse sentido aponta Rolf Madaleno:

[...] enquanto proventos, estando em mãos do credor ou mesmo depositados em contas remuneradas, ou em aplicações financeiras, não deixam de ser proventos do trabalho e como tal devem ser interpretados como incomunicáveis quando da dissolução do casamento, embora se comunique todo o patrimônio

¹⁷¹ 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.

¹⁷² Rolf Madaleno aduz ser “O critério acolhido pelo legislador para atribuir caráter privativo a coisas de escasso valor econômico e que possuem uma vinculação com a pessoa de um dos cônjuges. O valor econômico prevalece sobre o caráter pessoal.” *In*: MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.722.

¹⁷³ Ementa: Apelação. Ação de sobrepartilha. Proventos de aposentadoria. Adquiridos e recebidos durante o casamento. Presunção de aplicação no próprio casamento. Descabimento. Verbas trabalhistas. Adquiridas durante o casamento, ainda que não recebidas. Cabimento. Preliminar Cabe ao magistrado solver a lide de forma fundamentada, não estando obrigado a ater-se apenas aos argumentos ventilados pela parte. Logo, não há que se falar em sentença extra-petita. Mérito Recursos originados de aposentadoria do INSS e de indenização trabalhista tendo como período aquisitivo à constância da união estável. As verbas trabalhistas adquiridas durante a constância da união estável passam a integrar o patrimônio do casal e, portanto, é cabível a ação de sobrepartilha referente a estes valores. Proventos de aposentadoria recebidos durante a constância do casamento presumem-se investidos no próprio casamento, seja na aquisição de bens, seja no pagamento de dívidas. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70018883579, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/09/2007 Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/.php>. Acesso em: 24 set 2011.

ventualmente adquiridos com tais recursos, eis que alterada sua espécie pela compra de bens com a referida renda¹⁷⁴.

Durante a sociedade conjugal pode haver bem registrado exclusivamente no nome e propriedade de um só dos partícipes. No regime da comunhão parcial tal fato pouco terá importância. Sendo o bem adquirido a título oneroso, pode ser adquirido por qualquer um dos consortes e ainda estar devidamente registrado em nome de apenas um deles, que mesmo assim irá pertencer a sociedade do casal, sendo então comunicável e comum¹⁷⁵. Esta é a premissa do regime.

Pela interpretação e hermenêutica da norma contida no inciso II do artigo 1660 do CC, são comunicáveis os bens adquiridos de forma eventual, até mesmo os prêmios de loterias¹⁷⁶ ou aqueles adquiridos por atividades culturais ou científicas. Os bens móveis, as alfaías que guarnecem o lar conjugal do casal, são presumidamente adquiridos na constância do casamento e devem ser partilhados em forma de meação, salvo haja prova inequívoca da aquisição desses móveis em data anterior ao consórcio conjugal.

Quanto à responsabilidade de cada consorte para com as dívidas são consideradas duas circunstâncias: o momento temporal em que foram adquiridas e sua finalidade. Caso as dívidas sejam feitas antes do consórcio ou tenha sido contraída em virtude de seu próprio bem, não responderá o patrimônio comum, serão particulares do devedor, responderá cada um por seu próprio débito.

Quando as dívidas são feitas depois do início da sociedade conjugal, contraídas sob a finalidade de atender à família ou para a administração do patrimônio comum, responderão os bens comuns, assim como os bens particulares do cônjuge que adquiriu o débito e também daquele que auferiu lucro.

Na comunhão parcial a administração dos bens cabe a qualquer dos consortes, desde que haja anuência do outro para que pratique atos de alienação. Já referente ao

¹⁷⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.725.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 736

¹⁷⁶ Prêmio de loteria obtido durante o casamento, mas mantido em segredo até a separação, tem que ser dividido. Em 2008, o STJ garantiu a uma mulher o direito a metade do prêmio lotérico obtido por seu então marido por considerar que o prêmio havia sido recebido três meses antes da separação, e não após, como afirmava o sortudo". FLORES, Mariana. Direitos dos cônjuges crescem na mesma medida da quantidade de Divórcios. *Correio Braziliense*. Brasília. 01 set 2009. Caderno Cidades DF. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/09/01/interna_cidadesdf,139121/index.shtml>. Acesso em: 07 set 2011.

patrimônio próprio, cabe ao proprietário sua administração, caso não estipulem em sentido contrário, mas mesmo em se tratando de bens particulares, quando imóveis, há necessidade da outorga e aquiescência do outro para atos de disposição¹⁷⁷.

Ocorrendo a morte de um dos partícipes é dissolvida a sociedade conjugal e os bens que eram da propriedade exclusiva do inumado são entregues aos seus herdeiros¹⁷⁸. No fim da sociedade conjugal pelo divórcio, anulação do casamento ou dissolução da união estável os bens que constituem patrimônio comum serão partilhados na proporção da metade para cada. Os bens incomunicáveis e particulares são entregues ao societário proprietário, não sendo meeiros destes bens.

Tomando o espaço ocupado pela letra morta do regime dotal¹⁷⁹, previsto no pretérito Código Civil 1916 nos artigos 278 a 288, e extirpado do ordenamento jurídico nacional por não coadunar com as atuais condições sociais, culturais, financeiras e econômicas, uma nova modalidade de regime apareceu na legislatura do Código Civil de 2002, o “regime da participação final nos aquestos”.

Muito próximo a comunhão parcial de bens quando do fim da sociedade conjugal o regime de participação final nos aquestos é novidade no arcabouço jurídico familiarista brasileiro.

Por ser considerado algo novo, inúmeras teorias e confusões ainda são presentes para a conceituação do regime neófito. Passar-se-á a conceituação do regime com as considerações pertinentes a elucidação do proposto.

¹⁷⁷ BRASIL STJ. *Enunciados do novo Código Civil da Iv Jornada de Direito Civil* No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição de sobre bens imóveis. Disponível em: http://www.ligiera.com.br/normas/enunciados_jornada_4_cjf.pdf. Acesso em: 07 set 2011.

¹⁷⁸ Observar-se-á que no regime da comunhão parcial o cônjuge sobrevivente é herdeiro em concorrência com os descendentes, contudo, apenas será herdeiro no tocante aos bens particulares do morto. A cota parte destinada ao cônjuge supérstite será determinada de acordo com a descendência do morto. Sendo o cônjuge sobrevivente ascendente de todos os descendentes do morto concorrerá por cabeça, não podendo ser sua cota parte inferior a ¼ do total do patrimônio particular. Inteligência do artigo 1832 do CC.

¹⁷⁹ Cf: Rolf Madaleno o regime dotal era previsto no CC 1916 nos artigos 278 a 288. Era classificado como regime matrimonial no qual determinado conjunto de bens da mulher era transferido ao marido, a fim de que este o administrasse e lhe utilizasse os frutos e rendimentos para a manutenção da família. O CC vigente não recepcionou o regime dotal, sobretudo por não mais encontrar condições sociais para continuar dotando os matrimônios do presente com figuras de um passado, especialmente, porque, de fato tal regime não ingressou nos costumes nacionais. In: MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011.p. 766

2.2.3. Participação Final nos Aquestos

A participação final nos aquestos é um novo regime de bens introduzido no ordenamento com o Código Civil de 2002. O regime é eletivo, dependendo de convenção entre as partes na forma da lei. A doutrina leciona que este regime é híbrido¹⁸⁰, pois, durante a sociedade conjugal segue os parâmetros da separação de bens e no término da sociedade conjugal vigoram os princípios da comunhão parcial. Predomina nesse regime que cada partícipe possui patrimônio próprio, sendo que, no caso de dissolução, apenas a metade dos bens adquiridos, a título oneroso ou eventual pelo casal durante a relação será de direito do outro. Nesse sentido leciona Rolf Madaleno:

Pelo regime da participação final nos aquestos, os cônjuges vivem sob verdadeira separação de bens, vale dizer, cada cônjuge tem a livre administração de seus próprios bens, enquanto durara a sociedade conjugal. A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação final nos aquestos só surge com o fato jurídico da *dissolução da sociedade conjugal*. Antes disso o casal vive sob o regime da separação de bens. Na constância da sociedade conjugal, tudo o que os cônjuges adquirirem integrará, respectivamente, a massa do patrimônio de cada um. No momento da dissolução da sociedade conjugal serão agrupados os bens adquiridos na Constancia da sociedade conjugal, a título oneroso, e divididos pela metade para cada um dos cônjuges¹⁸¹.

Em caminho divergente aduz Maria Helena Diniz¹⁸² que este regime, mesmo apresentando similitudes a separação de bens, não é idêntico na sua forma, pois, “neste novo regime há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio”. No tocante aos bens imóveis, o regime da participação final nos aquestos não se confunde com a separação de bens,

¹⁸⁰ Nesse sentido: PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 202; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004. p. 230; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Direito de Família*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2011. p.344; MORAES, Bianca Mota de. Comentário ao art. 1672 do Código Civil. In: Leite, Heloisa Maria Daltro (coord.) *O novo código civil do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 353. No sentido contrário, aduzindo que é regime distinto: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2002. p. 162; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.776.

¹⁸¹ MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges Direito de família. Novo Código Civil*. nº 6. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.171.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 6º volume, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002 p. 162

mormente pela necessidade da outorga conjugal, em caso de alienação, conforme artigos 1672 e 1673 do CC.¹⁸³

O mesmo acontece com as dívidas. O artigo 1.686 determina que “As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros”. Porém, quando contraída por apenas uma das partes apenas quem as fez será a responsável, salvo se revertida em proveito da família¹⁸⁴. Caso um pague a dívida pelo outro, em eventual dissolução, aquele terá direito a esta parte, corrigida. Vigora a “compensabilidade”, pois, a dívida de um contraente paga pelo outro será deduzida do monte partível¹⁸⁵, salvo, como já dito, se revertida em favor da família. Respondem pelas dívidas os bens comuns e ambos os cônjuges, quando podem ser responsabilizados em conjunto.

Neste regime ambos os contraentes podem administrar com exclusividade os bens que lhes forem de direito, podendo, até mesmo, ocorrer a alienação desses se forem móveis. E ainda, devido ao fato do patrimônio ser autônomo, pode o casal administrar os bens exclusivos de cada um da forma que julgar mais benéfica. Na escritura pública de pacto antenupcial ou na escritura pública de contrato de convivência, pode o casal estabelecer que cada um aliene livremente os bens imóveis, caso contrário dependerão de outorga do seu consorte para o ato.

Terminada a relação será assegurado a cada um a metade dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. Será apurado o patrimônio total de cada partícipe e deduzidos ou excluídos os bens que cada um já era proprietário antes do enlace, sendo que o saldo positivo remanescente será dividido em igual porção entre os ex-cônjuges. Já as doações feitas sem autorização do outro serão computadas no monte partível, bem como os frutos dos bens comuns e particulares integram o monte partível, todavia, deve-se levar em consideração o aumento patrimonial, pois, do contrário, não há que se falar em divisão¹⁸⁶.

¹⁸³ CC 2002: Art. 1.672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

¹⁸⁴ Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

¹⁸⁵ Art. 1.678. Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

¹⁸⁶ Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III - as dívidas relativas a esses bens.

O Código Civil coloca a salvo da partilha alguns bens. São eles: os bens anteriores ao casamento; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens. A respeito dos bens móveis ocorrem o mesmo que na comunhão parcial de bens, presunção *iuris tantum*. Salvo prova inequívoca em contrário são considerados adquiridos na constância da relação conjugal, devendo assim, haver a partilha na proporção da metade para cada *ex partícipe*.

O regime da participação final nos aquestos está sob observação da comunidade acadêmica brasileira. O Estatuto das Famílias fomenta sua supressão do corpo do texto por ser considerado regime inócuo, diverso da cultura brasileira e raramente adotado.¹⁸⁷ Verifica-se outro grande inconveniente na dissolução da relação, quase sempre há a necessidade de um contabilista para elucidar a partilha. A Alemanha, Costa Rica, França, Espanha dentre outros países já superaram esses problemas. Tais países utilizam há tempos o regime da participação final nos aquestos, com algumas semelhanças a forma adotada no ordenamento jurídico atual.¹⁸⁸

Isto posto, observados os regimes nos quais existe a comunhão em todo ou em parte do patrimônio dos contraentes, elucidar-se-á que a lei vigente não poderia deixar de recepcionar regime patrimonial com a qualidade de manter no resguardo da proteção total o patrimônio de cada um dos consortes. A lei coloca a salvo o patrimônio de cada, tentando de todas as formas manter as massas patrimoniais de cada um distinta da do outro. Observar-se-á o regime da separação de bens, visto no capítulo a seguir.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução. Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar. Art. 1.679. No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido. Art. 1.680. As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro. Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens. Art. 1.682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência. Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário. Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem. Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

¹⁸⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. ASSIS, Vivian Alves. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: A inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Coord. *Família e sucessões: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2009. p.339.

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.766-774.

2.2.4. Separação de Bens

O casamento e a união estável são as formas mais comuns de composição familiar no ordenamento jurídico brasileiro. Tais institutos unem as vidas e destinos de duas pessoas, porém, os efeitos patrimoniais das uniões só terão validade quando estipulados por meio de escritura pública de pacto antenupcial no casamento, e na união estável por declaratória de convivência, quando adotado regime de bens diverso do legal – comunhão parcial de bens, ou do imposto pela Lei – separação obrigatória de bens.

Para que cada um dos parceiros continue com a privativa disponibilidade daquilo que já lhe pertencia; que seja senhor exclusivo do patrimônio que vier a adquirir e das rendas produzidas por esses bens, deve estabelecer a forma patrimonial da separação de bens. Este regime ocorre por ação da vontade dos contraentes ou por determinação legal, casos em que o Estado tenta de forma protetiva assegurar o patrimônio de cada um deles como exclusivo. Na separação de bens cada partícipe conserva o domínio, a posse e a administração de seus bens, presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores a formação familiar.

A separação de bens estava descrita nos artigos 276 e 277 CC de 1916¹⁸⁹ de forma análoga em que é tratada no CC de 2002. A maior diferença consiste na assistência do cônjuge na disponibilidade dos bens imóveis. A doutrina relacionada ao regime, no Código de 1916, na visão de Arnaldo Wald colacionava que “cada um dos cônjuges administra livremente os seus bens, mantido os princípios gerais do Direito de Família referentes à outorga uxória e à assistência marital, cuja exigência independe do regime de bens vigente.”¹⁹⁰ Claramente uma forma de vincular o patrimônio, mesmo que particular, de um ao outro consorte. Já a norma contida no inciso I, do artigo 1647 do CC de 2002¹⁹¹ liberta a

¹⁸⁹ CC 16: Art.276.Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (arts. 235, I, 242, II, e 310). CC 16: Art.277. A mulher é obrigada a contribuir para as despesas do casal com os rendimentos de seus bens, na proporção de seu valor, relativamente ao dos marido, salvo estipulação em contrário no contrato antenupcial (arts. 256 e 312).

¹⁹⁰ WALD, Arnaldo. O novo Direito de família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.117

¹⁹¹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as

aquiescência do outro, expressamente no que diz respeito à disponibilidade dos bens imóveis.

A legislação vigente¹⁹² determina que estipulada a separação de bens, estes permanecem sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real, pois, decorre a liberdade de cada qual em cuidar e dispor de seu patrimônio, ou de assumir obrigação de natureza real ou contratual, como na fiança e no aval.

A conveniência deste regime é controvertida. A separação de bens pode ser considerada contrária a natureza do casamento, pois, duas pessoas livremente agregadas ao convívio diário, as alegrias, as tristezas, a manutenção da casa, a educação e sustento dos filhos não podem ter, no tocante aos bens, interesses distintos. Unir-se a outrem é dividir e compartilhar tudo, sobretudo os bens adquiridos na constância da relação com a contribuição comum, seja de forma direta, pelo rendimento dos pares, ou indireta, pela simples ajuda moral e emocional na aquisição patrimonial.

Em posição contrária, percebe-se que a separação de bens pode trazer harmonia a relação do casal privilegiando o *affectio maritalis*,¹⁹³ uma vez que não há confusão patrimonial, nem durante a relação conjugal, tampouco em seu rompimento. Apenas mantém-se unidos os casais interessados na relação de afeto e amor, independente do patrimônio. Pode ser considerado o único regime em harmonia com a exata natureza do casamento, que deve constituir no recíproco respeito de duas individualidades juridicamente iguais. Louis Bridel afirma que “a separação constitui o regime mais simples e mais prático, o regime dos tempos modernos e do futuro.”¹⁹⁴

Com a Emenda à Constituição nº 66 de 2010,¹⁹⁵ que facilita a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais

doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

¹⁹² Art. 1.687 do: Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

¹⁹³ Ânimo de serem marido e mulher.

¹⁹⁴ BRIDEL Louis, *Le Droit des Femmes et le Mariage*, p 77 e segs. apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004. p. 215

¹⁹⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 66, de 13 de Julho de 2010*. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09 set 2011.

de um ano ou de comprovação da separação de fato por mais de dois anos, a separação de bens encontrou mais simpatizantes.

Assim também encontra-se respaldo no dizer de Washington de Barros Monteiro “Hoje as pessoas que se casam, principalmente quando ambos exercem profissão fora do lar, querem que os afetos não se confundam com os bens materiais, até mesmo para que a harmonia seja fundada em bases reais, sem qualquer interesse de ordem patrimonial.”¹⁹⁶

É a forma de separar “o amor do valor”. A separação de bens, pela própria forma, seduz os contraentes a pensar que como o patrimônio está desassociado da relação amorosa a relação não será corrompida pela aquisição patrimonial. O que é de um é exclusivo dele, assim como o do outro.

2.2.4.1. Separação Voluntária

Quando a separação de bens é convencionalizada pelos contraentes por intermédio de escritura pública, seja por pacto antenupcial para o casamento ou por declaratória de convivência para a união estável, o regime tem-se por voluntário, que ainda subdivide-se em relativo ou absoluto. Desta forma, podem por intermédio das cláusulas da escritura pública, ajustar pormenorizadamente a extensão do regime, sendo cada partícipe, na forma absoluta, senhor exclusivo não só dos bens levados para o consórcio, como também dos adquiridos após o enlace. No caso da separação de bens voluntária na forma relativa, também chamada de separação de bens moderada, podem acordar a comunicação dos aquestos.

Washington de Barros Monteiro conceitua a separação voluntária em pura e limitada. Coteja que será “pura, quando absoluta e irrestrita, abrangendo todos os bens presentes e futuros, assim como os frutos e rendimentos, estendendo-se a tudo, indistintamente, o princípio da incomunicabilidade”, e que será “limitada quando circunscrita aos bens presentes, comunicando-se, todavia, os frutos e rendimentos, bem como os futuros, adquiridos

¹⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.p.216

na constância do casamento.”¹⁹⁷ Paulo Lôbo, além de descrever sobre o regime, aponta aspectos positivos e negativos do regime da separação de bens, classificando a separação voluntária como “ausência de regime matrimonial.”

Sob o plano psicológico, é o regime dos casais independentes, ou do cônjuge egoísta que tem o divórcio em perspectiva, sendo essa independência de tal monta que alguns autores chegam a dizer que a separação de bens não é propriamente um regime matrimonial; é mais propriamente a ausência de um regime matrimonial. De um ponto de vista prático, o regime da separação de bens apresenta incontestavelmente a vantagem de sua simplicidade, evitando as complicações e demoras de uma liquidação da comunhão ou do regime da participação final nos aquestos. A separação é igualmente aconselhável se a profissão de um dos cônjuges comporta riscos financeiros, pois seus credores não podem responsabilizar os bens comuns.¹⁹⁸

Rolf Madaleno contradiz e debate a hipótese de Paulo Lôbo de que a separação convencional é “ausência de regime matrimonial” exclusivamente por restar caracterizado a existência de patrimônios distintos. Assevera que há uma entidade familiar entre os partícipes, vez que, perduram as obrigações elencadas em quaisquer espécies de famílias. Observa-se *in verbis*:

Na essência não corresponde a verdade, porque tal afirmação só faria sentido se não formassem uma entidade familiar, já que não se pode conceber uma separação de bens absoluta quando os cônjuges são obrigatoriamente submetidos às normas acerca das responsabilidades que ambos têm de atenderem aos encargos e às necessidades econômicas geradas em qualquer espécie de família.¹⁹⁹

Na separação de bens voluntária a liberdade na escolha do regime matrimonial e a autonomia da vontade harmonizam-se. Coberto pela declaração de vontade o casal faz impedir que a união se estenda também ao campo patrimonial, ou restrinja-se exclusivamente a comunhão de vidas. Por intermédio da separação relativa as partes determinam a comunhão dos aquestos. Na forma absoluta apenas o afeto será comum. Blindam-se os bens pessoais, inclusive os adquiridos na constância da relação, formando duas massas patrimoniais, o patrimônio exclusivo do marido e o patrimônio exclusivo da mulher. Contudo, pode a lei endurecer em relação a autonomia da vontade quando determina compulsoriamente a separação de bens.

¹⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p.221.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil: comentado: Direito de Família*. Vol. XVI São Paulo: Atlas, 2003, p.341

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.792.

2.2.4.2. Separação Obrigatória

A liberdade na escolha do regime adotado em pacto ante ou pós nupcial configura um dos princípios atinentes aos regimes matrimoniais²⁰⁰. Esse princípio sopesa a autonomia da vontade quanto a forma em que a comunicação patrimonial, ativa e passiva, se dará durante a relação conjugal e, sobretudo ao final da relação, por intermédio do divórcio ou infortúnio da morte de um dos contraentes. Não há necessidade de escritura pública de convenção patrimonial por se tratar de regime imposto por lei. Arnoldo Wald²⁰¹ explana que “não existe liberdade plena de escolha do regime, pois a lei obriga, em certos casos, as partes a casar no regime de separação”.

A separação de bens obrigatória é também denominada separação compulsória ou separação legal. O escopo da imposição é proteger os bens na exclusividade patrimonial de cada cônjuge. A norma está contida no artigo 1.641 do CC 2002²⁰², onde estão determinadas as hipóteses em que o regime é taxativo, seja como forma de punição por infringência aos impedimentos numerados nas causas suspensivas²⁰³, ou por motivo de ordem pública, nos casos de enlace de quem depender de suprimento judicial e aos maiores de setenta anos.

As causas suspensivas, denominadas no CC de 1916 como impedimentos impedientes, são exclusivas ao casamento. A infringência desse impedimento não acarreta a nulidade, anulabilidade ou inexistência do negócio jurídico, somente ocasiona a imposição de sanção, como o regime de separação de bens. Paulo Lôbo observa que as causas suspensivas “têm finalidade inibitória, não proibitiva [...]. O casamento celebrado e registrado é plenamente válido e eficaz, com as restrições que a lei impõe.”²⁰⁴

²⁰⁰ Conforme exemplificado no capítulo “Regime de Bens”, três são os princípios: Variedade de regime de bens, liberdade dos pactos antenupciais e “imutabilidade” do regime adotado.

²⁰¹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.119

²⁰² Artigo 1.641 É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I-das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II-da pessoa maior de 60 (sessenta) anos; III-de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

²⁰³ Artigo 1523 CC. Art. 1.523. Não devem casar: I-o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II-a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III-o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV-o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 88

Os impedimentos suspensivos tentam evitar confusão patrimonial, seja pelo fim do casamento anterior sem a respectiva partilha de bens, tanto no divórcio como na morte; ou nas contas do tutelado ainda não prestadas pelo tutor. E ainda são previstos nos casos em que pode ocorrer *turbatio sanguinis* (confusão na paternidade), uma vez que a presunção de paternidade, *pater is est*, persiste no artigo 1597²⁰⁵ do Código Civil vigente.

A todos os que dependerem de suprimento judicial para casar a obrigatoriedade da separação de bens se estende O suprimento judicial se faz necessário quando os nubentes não completaram a idade núbil, que é dezesseis anos, contudo como a lei permite o casamento para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez²⁰⁶ necessário se faz a autorização. Incluem se nessa determinação os menores núbeis, entre dezesseis e dezoito anos, que tiveram a denegação dos pais ou representantes. Nesse caso pode-se provocar o Judiciário que solucionará o desacordo. Conforme Carlos Roberto. Gonçalves, “autorizado o casamento se impõe o regime de separação obrigatória.”²⁰⁷.

Outra imposição legal é o regime de separação obrigatória aos idosos. A norma estava prevista no artigo 258 do CC de 1916²⁰⁸, atingindo homens com sessenta anos e mulheres com cinqüenta. A regra foi mantida no CC de 2002, igualando-se a idade de ambos as partes para sessenta anos. A Lei nº 12.344²⁰⁹, de 9 de dezembro de 2010, modificou a idade de ambos as partes para setenta anos. Observar-se-á pormenorizadamente a obrigatoriedade do regime de separação em capítulo próprio.

²⁰⁵ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I-nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II-nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III-havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV-havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V-havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²⁰⁶ Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (16 anos), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.55-56

²⁰⁸ CC 1916. Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216); II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinqüenta) anos; III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

²⁰⁹ BRASIL. *Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 set 2011.

2.2.4.3. Súmula 377 do STF

O regime da separação de bens é polêmico. Inúmeras discussões sobre o tema são travadas pela doutrina desde o CC de 1916. Um dos principais pontos controvertidos é sobre a comunicabilidade dos aquestos. O regime que determina a separação de bens pode permitir que patrimônio adquirido na constância da relação conjugal seja comum ao casal?

Na separação voluntária qualificada como relativa, o artigo 259²¹⁰ do revogado Código Civil de 1916 abria a possibilidade da comunhão dos aquestos. Os nubentes que se casassem sob este regime deveriam estipular claramente sobre a incomunicabilidade ou comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente sob a vigência da relação conjugal. Caso não clausulassem expressamente sobre a disposição dos aquestos, aplicar-se-iam as regras do regime de comunhão parcial de bens, tornando-os comunicáveis e comuns. Washington de Barros Monteiro demonstra a forma interpretativa dicotômica dada ao artigo comentado:

De acordo com numerosos julgados, comuns seriam, nessa hipótese, os bens adquiridos na constância do casamento, por seu mutuo esforço. Mas existiam igualmente várias decisões, em que se sustentava a incomunicabilidade dos aquestos, por ter o legislador, no citado artigo 259, limitado a aplicação do texto apenas ao caso de *silêncio do contrato*. Num verdadeiro cipoal de interpretações, este mesmo artigo 259 do código Civil de 1916 chegava a ser utilizado como fundamento para que o patrimônio adquirido no curso do casamento se comunicasse entre os cônjuges, independentemente da prova do esforço.²¹¹

Reportando-se a indagação acima, verifica-se que na separação voluntária relativa, aquela em que não há cláusula de incomunicabilidade expressa, o entendimento mais acertado era o da comunicabilidade dos aquestos, mormente em razão da possibilidade de sociedade de fato²¹², ou comunhão de interesses existente entre os cônjuges, na reunião de esforços para aquisição patrimonial. Fruto da contraprestação pecuniária ou da economia de ambos os partícipes da relação conjugal, seria enriquecimento indevido a indivisibilidade do patrimônio. Entretanto inúmeras decisões admitiam a contribuição indireta como forma de prova para a divisão dos aquestos.

²¹⁰ CC 1916: Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

²¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 219.

²¹² BRASIL. STF *Súmula nº 380 de 03 de abril 1964* - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

A celeuma continuou e continua acirrada. *Ab ovo*, na forma interpretativa de que haveria e perdura a possibilidade de comunicação dos aquestos também na separação obrigatória. O Supremo Tribunal Federal procurou solucionar a discussão da comunicabilidade dos aquestos, editando a Súmula n. 377²¹³, “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” Observa-se certa flexibilidade ao regime de separação compulsória. A súmula é pungente em ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância da relação no regime de separação legal de bens, impedindo assim o enriquecimento ilícito de um dos consortes.

Ad extremum, com a vigência do CC de 2002 mantém-se a dúvida da aplicabilidade ou não da Súmula 377 no ordenamento jurídico nacional. Há posicionamento doutrinário divergente. Segundo Silmara Juny Chinelato, “se o teor do artigo 259 do CC de 1916 não foi repetido no novo Código, parece que a Súmula 377 já não tem razão de ser”.²¹⁴ Em sentido contrário, prevalecendo a vigência da súmula, tem-se o entendimento de que comunicam-se os aquestos para evitar-se o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges.²¹⁵ José Fernando Simão, entretanto, afirma que o enunciado discutido é que pode motivar o enriquecimento sem causa ao afirmar:

Com a devida vênia e homenagem especial aos amigos que pugnam pela não revogação da Súmula 377, entendo estar revogada a disposição. Isso porque, a Súmula 377 não evita o enriquecimento sem causa, mas contrariamente, gera o enriquecimento sem causa. Isso porque, em razão da Súmula a comunhão dos aquestos é considerada automática, independentemente da prova de esforço comum. Assim, se um senhor de 90 anos se casa com uma moça de 18 anos, pelo regime da separação obrigatória em razão da idade, e depois de casado adquire uma casa e um carro, os bens são considerados aquestos em decorrência da súmula e a jovem nubente terá direito automaticamente à meação. E por quê? Porque a súmula 377 não exige prova do esforço comum. Em conclusão, a Súmula deve ser entendida como revogada. Caso um dos cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens tenha efetivamente contribuído com a aquisição dos bens, fazendo a prova do esforço comum, terá direito à participação sobre eles. Afasta-se definitivamente a presunção contida na Súmula 377 e a separação obrigatória passa a ser considerada realmente absoluta.²¹⁶

²¹³ BRASIL. STF Súmula nº 377 de 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Regime de Separação Legal de Bens - Comunicação - Constância do Casamento. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

²¹⁴ CHINELATO, Silmara Juny. *In Comentários ao Código Civil*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 293.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 300 e 328; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 3.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 228-232; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011. p.530.

²¹⁶ SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista brasileira de direito de família e sucessões*. Ano 10, 03, abr/maio. 2008. p 56-74,

Com o respeito de praxe, resta esclarecer que o pensamento de José Fernando Simão está ultrapassado e demonstra clara visão preconceituosa em relação a uniões de pessoas de idades afastadas. A subrogação de bens particulares - adquiridos antes da relação conjugal – em novos bens durante o consórcio determina a exclusividade daqueles. Independer-se-á idade do adquirente, seja um senhor de 90 anos com a moça de 18 ou dois consortes de 18. Contudo se não provada a subrogação, o patrimônio deve ser partilhado. Não se pode olvidar que o que faz um senhor de 90 adquirir uma casa e um carro nessa idade é, com certeza, a presença jovial da moça de 18 que imprime ao senhor de 90 continuar aspirando às vicissitudes da vida cotidiana ativa.

3. OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS: PRIVAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE OU PROTEÇÃO AOS IDOSOS

A evolução histórica do regime patrimonial de bens é marcada por dois eventos legislativos considerados recentes, primeiro pela Lei do divórcio n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu a mudança do regime legal para comunhão parcial de bens ao invés da comunhão universal, e a segunda pela Constituição Federal de 1988 que igualou o direito entre o homem e a mulher nas entidades familiares. Contudo, os regimes de bens estão insculpidos na legislação brasileira desde muito antes desses eventos.

A legislação quanto à escolha do regime de bens por questão de idade é antiga. Há época do descobrimento do Brasil vigorava na Metrópole e nas Colônias a mesma legislação, as Ordenações do Reino. Em primeira partida as Ordenações Afonsinas, seguida das Ordenações Manuelinas e por fim, de importância maior por encontrar uma sociedade mais enraizada em terras brasileiras as Ordenações Filipinas de 1603. As Ordenações Filipinas mencionavam que o regime de bens deveria ser o da comunhão total, denominado de Carta de Ametade, comunicação legal ou ainda casamento segundo os costumes do Reino e afirmavam a liberdade de escolha dos nubentes²¹⁷, contudo, traziam indicativo à proibição da Carta de Ametade se a mulher quinquagenária se casar sem filhos²¹⁸. As Ordenações Filipinas, principalmente o Livro V, vigoraram durante todo o Brasil Império e parte do período republicano, sendo que as normas relativas ao Direito Civil só foram revogadas com o advento do Código Civil de 1916²¹⁹.

O Decreto 181 de 1890 instituiu o casamento civil no Brasil, laicizando a instituição do casamento. Em seus artigos 58 e 59²²⁰ estabeleceu a restrição à vontade dos nubentes

²¹⁷ MENDES, Cândido IV Livro das Ordenações Filipinas, título XLVI. *Como o marido e mulher são meeiros em seus bens. nota 3 ao T. 46 do Livro IV das Ordenações* - Edição do Senado Federal, 2004, p. 832.

²¹⁸ *Ibidem*, p.833.

²¹⁹ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Leis, História e histórias: Regime da Separação obrigatória, Lei 12.344/2010*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6434>. Acesso em: 23 set 2011.

²²⁰ BRASIL. *DECRETO N. 181 - de 24 de janeiro de 1890*. Promulga a lei sobre o casamento civil. Art. 58. Também não haverá comunhão de bens: § 1º Si a mulher for menor de 14 anos, ou maior de 50. § 2º Si o marido for menor de 16, ou maior de 60. § 3º Si os conjuges forem parentes dentro do 3º grau civil ou do 4º duplicado. § 4º Si o casamento for contrahido com infracção do § 11 ou do § 12 do art. 7º, ainda que neste caso tenha precedido licença, do presidente da Relação do respectivo districto. Art. 59. Em cada um dos

normatizando que não haveria comunhão de bens quando a mulher fosse cinquentenária e o homem sexagenário, instituindo o regime dotal, e não a separação de bens. Já o artigo 258 do revogado Código Civil de 1916 não repetiu a determinação do dote. Infligia a separação obrigatória para os homens sexagenários e as mulheres cinquentenárias. Projeto da Câmara dos Deputados, há época, pretendeu limitar o regime de bens apenas se os nubentes tivessem herdeiros necessários, mas a questão restou afastada e os termos do Decreto 181 foram estampados no Código Civil de 1916, com a modificação relativa ao regime de dotal para separação de bens.

A finalidade sociológica da norma já era explicada no início do século XX. Claramente afirmava-se que depois de avançada idade a pessoa fragiliza-se afetivamente, podendo na carência de afeto ser vítima fácil de golpistas. Apreende-se em Clóvis Beviláqua tal premissa:

Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe entreva a ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge²²¹

No mesmo sentido de que a carência afetiva causaria uma vulnerabilidade aos idosos, podendo levá-los a atos extremos e desarrazoados em favor de outrem interessado exclusivamente em se aproveitar do patrimônio do outro ambicioso. Corroborando a assertiva da teoria observada nos ditames, há época, observados por Clóvis Beviláqua, a doutrina de Pontes de Miranda acompanhou os motivos para a imposição do regime da separação de bens, explicando que:

O maior de sessenta anos e a maior de cinquenta anos podem casar. Nenhum impedimento existe. Todavia, para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação.²²²

Evidente a preocupação do legislador em evitar o casamento por interesse. A doutrina concordava com a determinação legal. Há época do CC 1916 a valorização do patrimônio instrumentava a legislação com normas extremas para a proteção do acervo patrimonial e

casos dos paragraphos do artigo antecedente, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes, e como taes garantidos na fórmula do direito civil.

²²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado. Edição histórica*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 2. p. 132.

²²² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. V.8. Campinas: Bookseller, 2000, p. 359.

garantia aos herdeiros. Desta forma consolidou-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens por razão de idade como sendo medida protetiva ao idoso que quisesse contrair casamento. O patrimônio estaria protegido no enlace conjugal, para que a relação não fosse motivada exclusivamente pelo interesse na fortuna do outro. A regra evitaria o popular golpe do baú protegendo os interesses do idoso mais abastado.

O CC de 2002 tratou o regime de separação obrigatória de bens de forma quase idêntica ao revogado CC 1916. Optou manter vigente a regra protetiva aos idosos acompanhando a imposição por questão de idade. Em atendimento a uma diretriz constitucional vedou qualquer tipo de discriminação em função do sexo, restando estampado no texto do inciso II do artigo 1641 a igualdade entre os cônjuges, estabelecendo a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos.

Em dezembro de 2010, com o advento da Lei 12.344,²²³ houve a alteração da idade como limite para a escolha do regime patrimonial. Alterou-se para setenta anos de idade, a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens. A determinação é clara e incisiva. Quando um dos nubentes tiver idade superior a setenta anos, o casal não poderá escolher o regime de bens que melhor atenda aos seus interesses. A única exceção a regra é quando o casal já está em união estável e pede a conversão em casamento, de acordo com o artigo 226 da CF de 1988.

3.1. A obrigatoriedade da separação de bens na união estável

As possibilidades de mais de uma sociedade conjugal durante a vida é uma realidade. Muitas relações que começaram quando as parte ainda não tinham maturidade suficiente para mantê-las chegam ao fim, dando lugar a outras e nem sempre essas relações começam em tenra idade. Muitas pessoas esperam a maturidade para se unirem a outra. Hodiernamente, a

²²³ BRASIL. *Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

qualidade e expectativa de vida das pessoas vêm aumentando, possibilitando essa busca em idade cada vez mais avançada.

A busca da felicidade pessoal é eterna. Não há idade predeterminada para a alegria de compartilhar um relacionamento. Cada vez mais os idosos procuram seus pares. Namoram, casam, unem-se estavelmente ou formam outro tipo de entidade familiar eudemonista.

As pessoas mais velhas também optam pelo instituto da união estável como forma de comprometimento conjugal. Esta situação não é privilégio exclusivo dos jovens. No entanto, a comunidade jurídica começou a observar que muitos problemas poderiam ocorrer, derivados de uma possível afronta a questão de proteção do patrimônio do idoso e da família anterior, mormente por ter o artigo 1725²²⁴ do CC de 2002 estabelecido para a união estável, como regra, o regime da comunhão parcial de bens, e como exceção qualquer outro regime a *mercê* do casal.

O legislador não tendo feito qualquer menção a imposição do regime obrigatório da separação de bens, visto entender que a união livre, por ser de caráter eudemonista, não carecia de tal premissa, acabou por privilegiar a autonomia da vontade patrimonial no instituto da união estável, em detrimento ao casamento, nos casos em que a separação de bens é compulsória. Mas a similitude basilar entre os institutos provocou na comunidade jurídica a observância de tal privilégio.

Percebe-se do estudo do teor das normas vigentes do casamento e da união estável que o legislador, sobre a presciência de possibilitar a conversão da união estável em casamento, acabou por reafirmar a distinção dos institutos, mesmo não havendo como negar a semelhança existente entre eles, mormente no senso comum do não operador do Direito. Os distintos, mas similares institutos entraram em choque quanto à eleição ou imposição do regime patrimonial pelo casal, principalmente pelos idosos.

Tal debate levou a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça a discutirem a obrigatoriedade do regime de separação de bens na união estável de pessoas idosas, de tal feita que existisse uma aplicação analógica do regime ao casamento, a fim de não se prestigiar um instituto em detrimento de outro. Aquiescendo com a obrigatoriedade da separação de bens na união estável Robson Gonçalves Dourado afirma que:

²²⁴ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

[...]o que não dá para admitir nesse debate, pelo menos no que se refere ao regime de bens [...]é um tratamento diferenciado entre o idoso que constitui casamento e o que constitui união estável, pois se entende que esta postura não se coaduna com o disposto no art. 4º, *caput* e § 1º, do Estatuto do Idoso, e, acima de tudo, porque esse tipo de discriminação entre o idoso casado e o idoso companheiro, em relação ao regime de bens, afronta ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º CF/88). O reforço deste posicionamento é dado pela própria Constituição, que é muito clara em situar a união estável como uma entidade familiar, na forma do art. 226, § 3º. Certamente existem diferenças entre ambos os institutos, [...]todavia não justificaria tratamento diferenciado para o problema ora posto²²⁵.

Concordando com a imposição à regra da separação de bens aos idosos em união estável, Caio Mário cita o evidente conflito de interpretação contido no artigo 1.725 do Código Civil vigente que determina que na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. *In verbis*:

[...] devem ser aplicadas aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação.²²⁶

Francisco José Cahali entende de forma contrária, explica que não se embaraçam os ditames dos regimes patrimoniais do casamento nas relações de união estável justamente por serem os institutos distintos por natureza legislativa, tendo cada instituto características distintas, não podendo a comunidade jurídica concordar com o senso comum da igualdade entre casamento e união estável. Considera que:

O regime patrimonial na união estável não se confunde com o regime de bens do casamento, envolvidos, cada qual, com suas características e peculiaridades, sendo, pois inadequado aproveitar-se uma regra de um para o outro. Aliás, quisesse o legislador, para esta finalidade, tratar com igualdade os dois institutos, bastaria fazer incidir, quanto ao regime patrimonial, as regras do regime de bens do casamento.²²⁷

Maria Berenice Dias acompanha o entendimento da não unificação das regras patrimoniais do casamento à união estável. Aduz não haver qualquer impedimento em relação patrimonial nas uniões informais, não se aplicando à união estável o regime da separação

²²⁵ DOURADO, Robson Gonçalves. *União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 23 set. 2011.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 583.

²²⁷ CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 120-121

obrigatória de bens previsto no CC; ainda que os conviventes estejam na idade determinada na regra da lei, seja porque a legislação própria prevê o regime condominial.

Defende sua opinião aduzindo ser presumido o esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na vigência do relacionamento, descabendo a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionantes. Acautela que mesmo que se entenda aplicável o regime da separação legal de bens na união estável, forçosa seria a aplicação da Súmula nº 377 do STF, que igualmente contempla a presunção do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na constância da união²²⁸. Ainda prescreve que:

[...] injustificável, diferenciado e desigualitário o tratamento dispensado ao casamento com relação à união estável. As limitações impostas à vontade dos noivos torna mais vantajosa a união informal. Diante da vedação à livre eleição do regime de bens, a solução mais lógica é simplesmente abandonar a idéia de sacramentar a união pelo casamento. Mas, como persiste o desejo de constituição de família, para afastar as restrições legais, o jeito é viver em união estável, pois não vigoram quaisquer impedimentos. Pelos precisos termos do art. 1.725 do CC, na união estável o regime é o da comunhão parcial, e não há maneira mais fácil de adotar o regime que melhor atende à realidade da vida e à vontade do par, afastando a intervenção estatal, do que escolher essa modalidade de convívio.²²⁹

Os Tribunais Pátrios, inclusive o STJ, debatem o alcance da imposição do regime de separação obrigatória à união estável por motivo de idade avançada. Em analogia ao regime matrimonial ventila-se a obrigatoriedade aos companheiros quando um, ou ambos estiverem na idade prescrita - mais de setenta anos, quando o início da união encontra-se na vigência da Lei 12.344 ou mais de sessenta anos quando o início da união ocorreu antes da vigência da citada legislação.

Os Tribunais vêm entendendo pela aplicação da referida restrição àquele que inicia a união estável na faixa etária determinada em lei, utilizando-se toda referência legal apregoada ao imposto regime, inclusive com as referidas exceções insculpidas nas súmulas 377 e 380 do STF.

A 8ª Câmara Cível do TJRS negou o direito de partilha dos bens à companheira de um homem que iniciou o relacionamento com mais de 60 anos de idade. A relação perdurou de 1991 a 2009, à época idade suficiente para o regime de separação de bens. O julgado

²²⁸ TJRS. Agravo de Instrumento Nº **70004179115**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 14/08/2002. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/.php. Acesso em: 24 set 2011.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice *Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar*. Disponível em: http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_art._1641_-inconstitucionais_limita%E7%F5es_ao_direito_de_amar.pdf. Acesso em: 23 set 2011.

considerou que quando do início do relacionamento o homem tinha 62 de idade e pela legislação vigente à época o regime deveria ser o de separação obrigatória de bens.

Em sua fundamentação, o relator afirmou que a lei reconhece nas pessoas desta idade a necessidade de proteção especial e diferenciada e que se aplicaria às uniões estáveis a regra de separação obrigatória de bens, sob pena de tratamento privilegiado dessa entidade familiar. O julgado ainda dispôs que por decorrência da interpretação restritiva da Súmula nº 377 do STF, exige-se para a partilha dos bens prova de contribuição, aos moldes de uma sociedade de fato. Conclui que entender em sentido diverso significa descaracterizar o próprio regime de separação de bens, e que a presunção de contribuição seria uma forma de burlar a regra, transformando esse regime em uma verdadeira comunhão parcial.²³⁰

O STJ caminha nessa linha. No RESP 1090722/SP o Ministro Relator Massami Yeda posicionou-se favorável à aplicação analógica do disposto no inciso II do art. 1.641 CC na união estável. O Ministro fundamentou sua decisão no art. 226 da Constituição Federal o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; e que a não observância da restrição do art. 1.641 poderia desestimular a formação de relacionamento na modalidade de casamento, resultando em privilégio do primeiro instituído em detrimento do segundo. Excluída a meação, o Ministro reconheceu o direito da companheira supérstite em participar da sucessão do companheiro falecido, relativamente a 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante o convívio, em concorrência com os outros parentes sucessíveis, conforme ordenamento jurídico nacional.²³¹

Observa-se que ao defender o casamento em relação a união estável, quando esta não absorvia a atenção protetiva do Estado no que tange ao regime obrigatório de separação de bens aos idosos, o STJ entendeu que descaracterizaria a obrigatoriedade da separação de bens aos idosos e seria uma forma de embaçar a regra. O que não se está observando é que a população brasileira está envelhecendo, a expectativa de vida está aumentando e não se justifica a proteção em demasia a atores idosos que, sequer ouvidos, tem a possibilidade de escolha patrimonial no enlace conjugal.

²³⁰ TJRS. Apelação Cível Nº 70043554161, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/08/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70043554161&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29.Secao%3Acrive1&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 set 2011.

²³¹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=915060&sReg=200802073502&sData=20100830&formato=HTML> Acesso em: 24 set 2011.

3.2. O aumento da expectativa de vida e a alteração legislativa para setenta anos

No início do Século XX a média da expectativa de vida do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade. Entre 1940 e 1990 essa expectativa aumentou de 41,5 para 67,7 anos de idade, uma média de mais de cinco anos por década. Os maiores ganhos de esperança de vida ocorreram entre as décadas de 1970 e 1980, quando a expectativa aumentou de 53,5 para 61,8 anos de idade.²³² Em 2009 a expectativa passou para 73 anos. Para 2050, estima-se que nossa expectativa de vida, ao nascer, será de 81,3 anos.²³³

O avanço da escolaridade, do sistema de saúde e das redes de saneamento básico foi fundamental para o aumento da esperança de vida do brasileiro. Os números no estudo da longevidade só crescem. Ao analisarem-se os maiores de 60 anos observa-se que o crescimento nesta faixa etária da população brasileira chegou a 21 milhões em 2009 e até 2050, 30% da população brasileira deverá ter mais de 60 anos.

Relacionando-se os idosos maiores de 65 anos de idade, a expectativa é a mesma. Em 2000 eram apenas 5%; em 2005 9,9%; em 2009 11,3%. A projeção para 2050 é de 18% de maiores de 65 anos de idade. Quando são consideradas pessoas idosas de 70 anos ou mais de idade observa-se que em 1999 a PNAD apontava para um total de 6,4 milhões de pessoas nessa faixa etária, eram 3,9% da população total, enquanto que em 2009 essa faixa etária atingiu efetivo de 9,7 milhões de pessoas, correspondendo a 5,1%.²³⁴

Segundo R. Veras o número de pessoas idosas no Brasil passou dos 2 milhões, em 1950, para 6 milhões em 1975 e, para 15,4 milhões, em 2002, significando um aumento de

²³² IBGE, Censos Demográficos. Indicadores sociais: uma análise da década de 1980/1990. Rio de Janeiro:IBGE, 1995.p33, quadro 4. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/notasindicadores.shtml>> Acesso em: 24 set 2011.

²³³ IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207> Acesso em: 24 set 2011.

²³⁴ IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira 2010 In: *Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica*, número 27. Rio de Janeiro: 2010. p.138-196

700%. Estima-se, ainda, para 2020, que esta população alcance os 32 milhões.²³⁵ Com todo esse arcabouço numérico provando que o envelhecimento da população é iminente ressalta-se que além de viver mais o brasileiro está vivendo melhor, mas ainda abaixo da condição social mundial. Segue alerta do IBGE

O IBGE vem alertando por meio dos indicadores sociais e demográficos, divulgados anualmente, que a estrutura etária do País está mudando e que o grupo de idosos é, hoje, um contingente populacional expressivo em termos absolutos e de crescente importância relativa no conjunto da sociedade brasileira, daí decorrendo uma série de novas exigências e demandas em termos de políticas públicas de saúde e inserção ativa dos idosos na vida social.²³⁶

A inserção ativa dos idosos na vida social deve acompanhar a longevidade que se observa nas pesquisas. A expectativa de vida média do brasileiro na década de 1910 variava entre 50 e 60 anos de idade, o que condicionou o legislador a estabelecer regras amparadas nesta variante. Este é um dos motivos para que nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos fosse observado o regime de separação obrigatória de bens, norma expressa no inciso II do Art. 258 do CC de 1916. A imposição legal objetivava a prevenção e redução de casamentos efetuados por interesse, realizados por supostos apaixonados com o único objetivo de se locupletar com o patrimônio de quem já poderia estar no fim da vida.

Na norma havia claramente uma finalidade sociológica com cunho protetivo e patrimonial. Há época, como o “fim da vida” girava em aproximadamente 50/60 anos de idade, acreditava-se que a pessoa fragiliza-se afetivamente, podendo na carência de afeto sucumbir em um impulso amoroso e ser vítima fácil de trapaceiros. A cátedra da norma era prevenir o casamento por mero interesse patrimonial. A doutrina corroborava com a regra compulsória. A valorização do patrimônio manejava os interesses e arranjos dos legisladores para que salvaguardasse a proteção do acervo patrimonial do “presumido moribundo” e as garantias dos quinhões dos pretensos herdeiros, principalmente os descendentes. Evitar-se-ia assim, o popular golpe do baú protegendo os interesses do idoso mais abastado.

Restando revogado o pretérito CC de 1916, o legislador introduziu as modificações já estampadas na Carta Política de 1988 no CC de 2002. Contudo, o CC vigente repetiu a norma.

²³⁵ VERAS, R. A novidade da agenda social contemporânea: a inclusão do cidadão de mais idade. *A Terceira idade*, v.14, n.28, p.6-29, 2003.

²³⁶ IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira 2010 In: *Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica*, número 27. Rio de Janeiro: 2010. p.196

Cingiu-se a igualar as idades de homens e mulheres, estipulando que quando maiores de 60 anos os nubentes deviam casar observando os ditames do regime obrigatório de separação de bens. Ao fazer uma comparação com a expectativa de vida da época há que se considerar que o CC vigente é fruto do Projeto de Lei n.º 634, de 1975, quando a expectativa de vida dos brasileiros era próxima dos sessenta anos. Mas a expectativa de vida aumentou e atualmente é de aproximadamente 73 anos de idade, *de per si* já é o primeiro motivo para repensar a regra contida na Lei.

Outro motivo é que nos dias atuais os sexagenários são ativos, trabalham, estudam e possuem arcabouço cultural imensurável. Possuem capacidade eleitoral ativa e elegibilidade, concorrendo sem óbice algum a mandatos eletivos.²³⁷ Quanto aos demais cargos, públicos ou não, grande parte da população considerada idosa está laborativamente ativa, participando da produção e desenvolvimento do País, colaborando com a movimentação da economia brasileira. Muitos idosos, até os já aposentados, são responsáveis pela manutenção de seus domicílios e de suas famílias. Pesquisa do instituto Somatório sobre a terceira idade quebrou vários estereótipos negativos em relação à população da terceira idade mostrando que essa faixa etária tem renda mensal total de R\$ 7,5 bilhões e responde por 15% dos rendimentos de todos os domicílios.²³⁸

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma **maior longevidade** na expectativa de vida dos brasileiros. Em 20 anos, saltou de 56,4 anos para 73 anos.

Os sexagenários estão cada vez mais atuantes no mercado de trabalho. Tais mudanças sociais impuseram a alteração do inciso II do Artigo 1.641 do CC de 2002. Com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade a Lei 12344/2010, modificou a faixa de idade limite para a livre escolha do regime de bens nas relações conjugais. Determina a lei que modificou o artigo do código que o regime obrigatório de separação de bens só é exigível para pessoa maior de 70 anos.

²³⁷ Tanto é assim, que o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva deixou o cargo após uma reeleição que disputou aos 65 anos de idade. A Presidente Dilma Rouseff que já contava com 62 anos de idade quando tomou posse. O Ministro Presidente do STF, Dr. Antônio Cezar Peluso, 69 anos de idade. O Presidente do Senado Federal José Sarney, 81 anos de idade.

²³⁸ BERTOLINO, Osvaldo. *Pesquisa: 3ª idade soma renda mensal de R\$ 7,5 bi no Brasil. Jornal O Dia, Rio de Janeiro, 13 abril 2010. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/blogs/outroladodanoticia/?p=28262>. Acesso em: 14 abril 2010.*

A *ratio legis* emana de um preconcebido receio político de que nas relações amorosas os idosos não estão aptos para discernir seus interesses materiais e resistir a paixões avassaladoras. Contudo, continua-se a discutir se a idade cronológica, por si só, é motivo para determinar a capacidade ou a incapacidade do nubente, ou convivente, eleger seu próprio regime patrimonial.

3.3. Da “*in*” capacidade civil e oligofrenia senil.

Em premissa definir-se-á o que é capacidade civil, e nesse contexto ostentam importância fundamental as definições de capacidade jurídica, capacidade de exercício e de incapacidade.

Friedrich Carl Von Savigny articula que “O direito (...) nos parece como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, a vontade do indivíduo reina, e reina com o consentimento de todos.”²³⁹ Sustenta ainda que “todo o direito é decorrência da liberdade moral inerente a cada homem” e que “(...) a idéia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito deve coincidir com a idéia de homem, e a identidade primitiva desses dois conceitos pode-se formular nos seguintes termos: cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito”.²⁴⁰

Capacidade jurídica ou capacidade de direito é a aptidão que a pessoa tem de gozar e exercer direitos. Desde o nascimento o homem adquire a personalidade civil, nessa seara enuncia Pontes de Miranda que “personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito –passivo - de deveres, obrigações, ações e exceções”. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo”²⁴¹ Desta forma é portador dessa capacidade jurídica, da capacidade de ter direitos, inatos, ou inerentes ao homem, não importando a idade, o estado de saúde, o sexo ou nacionalidade.

²³⁹ SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*. trad. Vittorio Scialoja. v.I. e v.II. Torino : UTET, 1888 .p.7

²⁴⁰ *Ibidem*, p.2

²⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. 1954, p. 155.

A chamada capacidade de exercício ou de fato, também entendida como capacidade de obrar é a aptidão para exercer direitos e assumir obrigações na ordem civil, pessoalmente, e de forma autônoma. É caracterizada: “a) Capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); a de praticar atos ilícitos em geral, isto é, a de praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absolutos (capacidade delitual)”²⁴² A capacidade de exercício ou de fato é adquirida na maioridade, ou seja, aos dezoito anos, ou na emancipação. Antagonicamente é considerada incapaz a pessoa que mesmo dotada da capacidade de direito é portadora de alguma deficiência que a impeça de agir por si mesma nos atos da atividade civil. É aquela que, por não ter discernimento ou não poder expressar sua vontade de forma duradoura, não pode exercer pessoalmente os atos da vida jurídica, só podendo fazê-lo com a assistência de outrem, ou por representação. destituir

A personalidade jurídica ou civil confere ao indivíduo uma capacidade de direito que não pode ser negada, sob pena de retirá-los os atributos da personalidade. A capacidade de direito é a aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações jurídicas e não se confunde com a capacidade de fato que é a "aptidão para a prática dos atos da vida civil, pois embora a pessoa tenha os seus direitos assegurados, nem sempre poderá exercê-los por si só, necessitando de um representante. A capacidade de direito é a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. todas as pessoas em princípio são capazes de direito.

A capacidade de direito é a mesma para todos os homens, regra insculpida pelo princípio de igualdade formal²⁴³, inscrita no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Todo ser humano, desde seu nascimento até sua morte, tem capacidade para ser titular de direitos, mas nem sempre tais direitos podem ser exercidos pelo próprio titular, pois depende do seu estado de saúde ou do seu suficiente desenvolvimento intelectual. A capacidade de fato está ligada à possibilidade de a pessoa possuir discernimento suficiente para poder agir pessoalmente na vida civil. Este discernimento varia em função da menoridade e saúde mental, entre outros fatores.

A capacidade de exercício ou de fato é a extensão concedida aos poderes de ação contidos na personalidade, restringida nas hipóteses legais dos casos indicados nos artigos 5º e

²⁴² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. 1954, p. 157.

²⁴³ Nascida com a Revolução Francesa e desenvolvida ao longo dos séculos XVIII e XIX, a igualdade formal consiste no brocardo *todos são iguais perante a lei*. Almeja submeter todas as pessoas ao império da lei e do direito, sem discriminação quanto a credos, raças, ideologias e características socioeconômicas.

6º do Código Civil de 1916²⁴⁴, e nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002²⁴⁵, onde se colocam as hipóteses de incapacidade, para as quais o legislador adotou o sistema protetivo que se opera através do poder familiar, da tutela e da curatela. José Serpa de Santa Maria afirma que o legislador “entendendo não ser o incapaz um precito²⁴⁶, não poderia ele ficar à margem do direito que, por esta razão, busca aqueles procedimentos para que, corrigida ou suprida seja toda e qualquer incapacidade”.²⁴⁷ Acrescenta ainda que:

Quanto ao incapaz, este será representado por alguém que irá suprir sua vontade ou a razão lúcida, conforme o gênero da incapacidade. Quanto ao absolutamente incapaz, a lei previu o instituto da representação propriamente dita, pela qual há uma substituição de vontades, em que o pai ou o tutor, considerados representantes legais, como os mais interessados, agem, decidem pelos seus representados, como se fora da vontade destes.²⁴⁸

A incapacidade pode ser suprida pela representação, pela tutela ou pela curatela. Na curatela, por intermédio de ação judicial de interdição, a pessoa será representada pelo curador. A razão legal da curatela reside na incapacidade do indivíduo para reger sua pessoa e seus bens. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, afirma que “o curador tem a incumbência de reger a pessoa do interdito, velar por ele e administrar-lhe os bens, destarte, pelo curatelado responderá o curador”.²⁴⁹

O tema da “in-capacidade” civil²⁵⁰ tem estreita relação com o da cidadania, assim, torna-se necessário pensar, na questão social da cidadania dos idosos. Marineide Wieczynski

²⁴⁴ CC 1916: Artigo 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Artigo 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

²⁴⁵ CC 2002: Artigo 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Artigo 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: 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. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

²⁴⁶ PRECITO: adj. e s. m. Réprobo; excomungado; condenado; maldito. (Do latim *praecisu*) FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro Globo*. 43 ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 493

²⁴⁷ SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos de Personalidade e Sistemática Civil Geral*. 1ª Ed. Julex, 1987, p. 122

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 122

²⁴⁹ SARMENTO Eduardo Sócrates Castanheira *A Interdição no Direito Brasileiro*. Ed. Forense, 1981, pg.20

²⁵⁰ "Toda pessoa é capaz de Direitos e deveres na ordem civil". Esta é a definição de personalidade trazida no Art. 1º do Novo Código Civil Brasileiro. Classicamente, define-se a personalidade civil como sendo a capacidade de gozo de Direitos, ou seja, a aptidão para ser titular e para gozar de Direitos e deveres que toda

preleciona tornar extremo “o cuidado para não banalizá-la, transformando-a em mero objeto de uso irregular nos âmbitos públicos e privados, sem uma real implementação da sua real significância em contextos sociais, políticos e econômicos.”²⁵¹

A incapacidade jurídica caracteriza-se pela inexistência dos requisitos indispensáveis à pessoa para o exercício de seus direitos, conforme a lei, ou seja, a aptidão para o exercício dos direitos determinados pela lei. Nessa seara o idoso não pode ter diminuída sua capacidade jurídica exclusivamente pela questão da idade avançada.

Torna-se necessário questionar se ao atingir sessenta anos de idade, limite que a legislação determina ser idoso, justifica-se qualquer restrição à prática de atos jurídicos, em geral. A incapacidade não é resultante da idade, e sim de fatores que impedem o livre arbítrio e o completo discernimento do ser humano. No entanto maiores de setenta anos sofrem constrangimentos²⁵² no que tange à escolha do regime patrimonial com base na idade, mesmo que tenham capacidade para serem elegíveis para cargos nos três poderes da República.

A incapacidade baseada meramente na idade é absurda presunção de que todo idoso perdeu a capacidade de decidir sobre sua vida. É conceituar todo idoso como oligofrênico senil. Assevera Maria Berenice Dias: “A limitação, além de odiosa, é inconstitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu

pessoa natural adquire no momento de seu nascimento com vida. Entretanto, a capacidade de gozo não se confunde com a capacidade de exercício, sendo esta a tão conhecida capacidade civil plena, qualidade que confere às pessoas naturais que a possuem à plena condição de exercício livre, pleno e pessoal de seus Direitos, bem como do cumprimento de seus deveres. Enquanto a personalidade é característica inerente a toda pessoa natural, a capacidade não, haja vista entendermos serem três os critérios norteadores da sua obtenção, quais sejam: critério biopsicológico, pelo qual se observa a idade e maturidade psicológica da pessoa, critério psicopatológico puro que leva em conta as condições e as situações psicológicas e patológicas das pessoas e critério objetivo excepcional que trata das diversas formas de aquisição da capacidade pela via da emancipação. In: ARAÚJO, Harilson da Silva. *Teoria geral do Direito civil simplificada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 11-26

²⁵¹ WIECZYNSKI, Marineide. *Envelhecendo com cidadania: Realidade ou utopia?* Santa Catarina, 2002. Disponível em: <http://www.portalsocial.ufsc.br/publicacao/envelhecimento.pdf> >. Acesso em: 27 de agosto de 2009.

²⁵² Nenhuma disposição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) contém indicação de tal imposição. Na esteira da Constituição da República Federativa do Brasil, o referido diploma legal, no artigo 10, determina que é obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, compreendendo esta a opinião e a expressão, sendo dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento constrangedor.

sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil”, afirma ainda que “com relação aos idosos, há uma presunção absoluta de senilidade”²⁵³.

Não há como estabelecer parâmetros para eleger uma idade como inicial para a senilidade e a incapacidade de escolha. Envelhecer é pessoal e faz parte do curso da vida. Por ser idoso o indivíduo não é senil! Alguns idosos podem precisar de assistência ao estar vulneráveis, mas nem todo envelhecimento se apresenta com a redução das aptidões mentais. Vulnerabilidade não é sinônimo de senilidade ou demência. Ao atingir sessenta anos a pessoa é considerada legalmente idosa e não demente, não podendo perder qualquer aspecto da capacidade civil. O alcance desta idade significa apenas uma mudança de fase da vida, cujo marco divisor foi estabelecido pelo Direito. É dever do Estado à proteção dos indivíduos vulneráveis, e o Direito funciona como instrumento de proteção do vulnerável expostos a percepção de perigos. Contudo, incide a lei brasileira que toda pessoa idosa é considerada vulnerável e essa atribuição descabida pode configurar uma ameaça à dignidade dela. A relevância jurídica da proteção total ao idoso como vulnerável exige algo além do requisito idade, como uma saúde debilitada.

Negar o poder de escolha ao idoso saudável simplesmente pelo fato cronológico denota o desrespeito ao seu direito à liberdade e o desconhecimento da sua autonomia perpetrada pela Constituição Federal. A proteção aos idosos é salutar quando voltada para assegurar sua dignidade, mas injustificadas disposições legais limitadoras de direitos devem ser repudiadas.

Atualmente, o entendimento de que o idoso, por si só, não é capaz de gerenciar sua vida frustra os direitos entalhados na Carta Política de 1988. As normas expressas de proteção aos idosos na Constituição Federal, no Estatuto do Idoso e na lei de Política Nacional do Idoso demonstram que o espírito de tais normas está intrinsecamente ligado à proteção e em uma forma de propiciar oportunidades. Resta claro que nenhuma brecha existe para a imposição de limitações. Alexandre de Moraes entende que:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e

²⁵³DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. Disponível em: <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao6/Amor%20n%C3%A3o%20tem%20idade%20-%20berenice.pdf>. Acesso em: 09 nov 2009.

social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana.²⁵⁴

O Estatuto do Idoso garante a todos com idade igual ou superior a sessenta anos especial proteção legal, a fim de se lhes assegurar todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Paloma Braga Araújo explica que:

O Estatuto do Idoso ao deferir especial proteção aos que se encontram na "melhor idade" busca dar efetividade ao princípio da isonomia -tratar desigualmente os desiguais- lembrando a todos - sociedade e Poder Público - que eles também fazem jus a uma vida digna, não devendo ser esquecidos à margem da inclusão social. O que o diploma visa a coibir é o preconceito que as pessoas mais idosas sofrem, sobretudo no acesso ao trabalho, ao lazer e à saúde. É por essa razão que a especial proteção se justifica e não por se imputar ao idoso qualquer tipo de incapacidade.²⁵⁵

Qualquer diminuição ou limitação aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana fere frontalmente preceitos constitucionais. Os idosos devem desfrutar sua plenitude constitucional como qualquer indivíduo, pois, todos os obstáculos que impeçam a prática dos direitos e garantias constitucionais devem ser repugnados.

Jurisprudência dos tribunais regionais e dos Tribunais Superiores, há tempos, decidem sobre o assunto, busca-se a justa partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, para evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes. O tema absorve o tempo laborativo de juízes, desembargadores e ministros que decidem, caso a caso, qual a melhor solução a ser aplicada.

3.4. Análise jurisprudencial

A imposição do regime de separação vem sendo amplamente analisado pelos tribunais regionais e superiores, ocupando o Poder Judiciário, inclusive, com questão já resolvida na Súmula 377 do STF²⁵⁶, aduzindo que a partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de

²⁵⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. edição. 2. São Paulo: Atlas, 2008. p. 848

²⁵⁵ SOUZA, Paloma Braga Araújo de. *Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9586>>. Acesso em: 26 out. 2011.

²⁵⁶ STF. *Súmula 377*: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro, buscando-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges.

Mesmo com a edição da referida Súmula a imposição da eficácia do regime de separação de bens continua determinante no Código Civil vigente, causando desconforto às pessoas casadas sob a égide da imposição, mormente os maiores de setenta anos, que desejam manter uma plena comunhão de vidas, tanto na esfera matrimonial quanto na patrimonial. Demonstrando tal fato observa-se decisão do STF em 1975:

CASAMENTO, REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS, COMUNHÃO DE AQUESTOS. Alemães casados pelo regime da separação de bens de acordo com a lei nacional de ambos, que se radicaram no Brasil após o casamento. Se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens, como dispõe o art. 259 do código civil. Não importa que o marido e a mulher sejam estrangeiros e hajam celebrado o casamento pelo regime da separação de bens, nos termos da lei nacional de ambos, porque, no pormenor da comunhão dos aquestos, o importante e decisivo é o esforço comum e construtivo desenvolvido pelo casal no domicílio em que ele construiu ou formou o patrimônio pelo trabalho constante e conjugado do marido e da mulher. Trata-se de uma realidade que o direito positivo se limita a homologar, tão difícil é sua negação. 2. Recurso extraordinário provido, nos termos do verbete 377 da súmula do STF.²⁵⁷

Claramente o STF absorve a súmula 377 para evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Comprovada a formação do patrimônio comum com a participação de ambos os consortes, seja pela contribuição direta, fomentada pela contraprestação pecuniária salarial, ou indireta, pela ajuda nos serviços domésticos, partilham-se os aquestos, como em uma comunhão parcial de bens.

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO DE BENS. AQUESTOS, SÚMULA 377, ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Civil, Família. RE 78811. Relator: Min. Antonio Neder. Guanabara GB Julgado: 29 de abril de 1975. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%2878811%20.NUME.%29&base=baseA cordaos>>. Acesso em: 05 nov 2011.

neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido.²⁵⁸

O julgado anterior mantém a mesma seara de raciocínio. Quarenta anos de enlace matrimonial comprovam, mais que justamente, a contribuição de ambos os cônjuges na formação do patrimônio comum. Não existe necessidade de comprovação de esforço de ambos na aquisição patrimonial. O lapso temporal do convívio que só foi posto fim com a morte de um dos cônjuges é mais do que suficiente para a partilha patrimonial equânime.

CASAMENTO – REGIME DE BENS. Comunhão universal. Mulher maior de 50 (cinquenta) anos. Possibilidade. Inteligência do art. 5º, I, da CF/88. Proibição contida no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil. Igualdade entre homem e mulher. Com o advento da norma ínsita no art. 5º, I, da CF/88, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio em regime de comunhão universal de bens.²⁵⁹

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é antiga, pertence a vigência do Código Civil de 1916, onde a preocupação com o patrimônio restava, sem dúvida, maior que a preocupação com a individualização da pessoa e a autonomia da vontade. Ostentava apenas a igualdade entre os sexos insculpida na Carta Política de 1988, determinando que a idade impositiva ao regime separatório devesse ser a mesma entre homens e mulheres, sem haver a distinção que malograva a lei.

REGIME DE BENS. Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258 do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelação provida.²⁶⁰

A Constituição Federal de 1988, insculpindo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, revelou ser a melhor advocacia para a não imposição do regime de separação de bens por questão meramente etária.

CASAMENTO – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES DA CORTE. 1.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª turma. Civil, Família. REsp 154896. Relator: Min Ministro Fernando Gonçalves Direito. Brasília, DF, Julgado: 20 de novembro de 2003. *STJ*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara. Cível. Civil, Família. Apelação Cível, n. 243.087-4/00. Relator: Lucas Sávio Gomes. Belo Horizonte, MG, 18 de setembro de 2002 In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 15, out./dez. 2002. p. 126

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Civil, Família. Apelação Cível nº 70002243046. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 11 de abril de 2001. *TJRS*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aqüestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido.²⁶¹

Nesse diapasão, outras decisões vieram baseadas nos precedentes existentes. Ora lastreadas pela Constituição Federal e os princípios fundamentais nela inscritos, ora pelo bom senso do julgador, ou ainda pela própria súmula 377.

PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte.²⁶²

No contínuo jurisprudencial o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito do STF, trazendo as divergências existentes nas turmas do STJ, acabou por reconhecer a possibilidade da comunhão de aqüestos. Firmou-se no STJ o entendimento que para a aplicação da súmula 377 bastaria comprovação da aquisição patrimonial na constância da relação, sem importar se a contribuição restaria da efetiva participação financeira de forma direta com o esforço comum, ou indireta. Maria Berenice Dias descreve a elucidação da Súmula:

A jurisprudência da Corte mostra que não há uniformidade na matéria. A Quarta Turma, com a relatoria do Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, decidiu que no regime de separação obrigatória (art. 258 do Código Civil), “comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum” (REsp 9.938/SP, DJ 03.08.1992). A Terceira Turma, porém, com a relatoria do Sr. Min. Eduardo Ribeiro, assentou que os aqüestos comunicam-se, “não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum” (REsp 1.615/GO, DJ 12.03.1990). Naquele precedente, destacou o Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira a divergência para concluir que a doutrina enfrenta a Súmula, acabando por acolher o entendimento menos radical que subordina a comunicação ao esforço comum, na linha do magistério de Washington de Barros Monteiro e de Sílvio Rodrigues, sendo essa a sua compreensão porque “se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico, repudia enriquecimento sem causa e dá sentido ao enunciado n° 377 da Súmula /STF”. Para a terceira Turma, porém, com a adesão dos Srs. Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter, a “interpretação exata da Súmula n° 377 é no sentido de que os aqüestos comunicam-se, no regime de separação legal, pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando que hajam resultado ou não do esforço comum.

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª turma. Civil, Família. REsp 208.640 – (1999/25259-4). Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, DJU: 28 de maio de 2001. *STJ*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Civil, Família. Apelação Cível n° 70007503766. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 17 de dezembro de 2003. *TJRS*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

Neste sentido, o voto do Ministro Moreira Alves, transcrito no acórdão é bastante elucidativo”²⁶³

No sentido de reconhecer a possibilidade de escolha do regime patrimonial aos idosos, respeitando-se assim o direito à liberdade e a autonomia da vontade inscritos no princípio basilar e fundamental da dignidade da pessoa humana, jurisprudências afirmam a incompatibilidade do inciso II, do artigo 1641, com a Carta Política de 1988 e consideram perfeitamente válida a doação entre cônjuges idosos. Nesse sentido tem-se o seguinte julgado:

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, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC).²⁶⁴

A discussão doutrinária provocou o STJ a analisar a norma do Artigo 1641 II do CC em Jornada Acadêmica, sem que até o momento haja entendimento uníssono e posicionamento da Corte. *In verbis*:

Maior de sessenta anos (CC 1641 II). Proposta de alteração legislativa. Jornada STJ 125: "Proposta: revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida, com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses." ²⁶⁵

Contudo, as decisões não são uníssonas a favor do afastamento da compulsoriedade do regime. Insistentemente decisões judiciais vêm mantendo como regra o cumprimento da lei civil. Entende-se nessas decisões que a norma que impõe a separação obrigatória de bens é taxativa e não permite interpretação extensiva, pois estabelece e descreve os casos em que a

²⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br>> Acesso em: 20 ago 2011.

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. Civil, Família. Apelação Cível, n. 007.512-4/2-00. Relator: Cezar Peluso. São Paulo, SP. Julgado: 18 de agosto de 1998 In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 1, abr./jun. 1998. p. 98-103

²⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

norma jurídica se aplicará. Sob esse enfoque, ilustra-se a posição do julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS DE TERCEIRO – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – REVOGAÇÃO DA SÚMULA 377, DO STF 1 No regime da separação obrigatória de bens inexistem possibilidade de comunicação dos bens adquiridos pelos cônjuges. 2 O atual Código Civil não permite a aplicação da súmula 377 do STF, eis inexistir no novo Código Civil as regras legais que permitiram a expedição da súmula pelo tribunal. 3 Fica mantido os embargos que afastaram os efeitos da penhora sobre o reboque eis se encontrar no nome exclusivo da esposa. Recurso não provido.²⁶⁶

Regina Beatriz Tavares da Silva concorda com a manutenção protetiva da norma. Afirma que a possibilidade de outro regime, distinto da separação de bens, poderia ser desastroso ao próprio cônjuge em uma dissolução *inter vivos* ou a prole dele em *causa mortis*, ainda aduz que: “esta cláusula visa salvar os maiores de 60 anos e suas famílias, principalmente, já que com certa idade o ser humano encontra mais carências afetivas, o traz riscos destes sujeitarem-se a um matrimônio com algum interesse financeiro”.²⁶⁷

No mesmo sentido, embora sem pronunciamento exposto a respeito da constitucionalidade da imposição do regime de separação de bens, a Ministra do Nancy Andrigui, do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o caráter protetivo da disposição, rechaçando a comunicação de bens, em simulação de contrato de compra e venda simulada sob forma de doação, reforçando a obrigatoriedade do regime separacionista. *In verbis*:

[...] DIREITO CIVIL. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEXAGENÁRIO. ART. 258, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL. DOAÇÃO DE IMÓVEL AO CÔNJUGE. VIOLAÇÃO DE NORMA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DISSIMULADO DE DOAÇÃO. VÍCIO SOCIAL. ART. 104 DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE DO DOADOR, SEXAGENÁRIO, EM VIRTUDE DE DISPOSIÇÃO LEGAL DE NATUREZA PROTETIVA. FALTA DE CAPACIDADE ATIVA PARA PROCEDER À DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE VALIDADE DO ATO JURÍDICO[...] Viola o art. 258, inciso II do Código Civil a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrendo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges. - Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Embargos de Terceiro Nº 71001606128 – Comarca de Cachoeira do Sul – Rel. Eduardo Kraemer – Data do acórdão – 24 de junho de 2008 In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 1, abr./jun. 1998. p. 104

²⁶⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Regime da separação de bens convencional e obrigatória*. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (coord.). *Questões Controvertidas: No Código Civil*, São Paulo: Método, 2004, p. 331-355

natureza protetiva de uma das partes, esta – que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa – tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade. - Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em consequência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário. O fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é o distanciamento, a burla, a contrariedade do regime do art. 258, II do Código Civil. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial .Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Waldemar Zveiter, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.²⁶⁸

O citado julgado encontra respaldo nas lições de Washington de Barros Monteiro, defensor incisivo, do regime de separação obrigatória de bens, por ressaltar o aspecto protetivo da norma. O referido autor esclarece que é usual a limitação à liberdade da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Direito de Família, de forma que no caso em análise busca-se resguardar os interesses do próprio idoso e de seus familiares oriundos do relacionamento anterior. Ressalta, ainda, que o regime de separação legal serve de mecanismo para impedir qualquer tipo de subterfúgio para burlar a lei, como doação feita por idoso à consorte, nas suas palavras:

Finalmente, cabe ajuntar ainda que os nubentes ficam irrestritamente sujeitos ao regime da separação, nos casos citados, independentemente de pacto antenupcial. Seus efeitos são incontornáveis mediante doações de um cônjuge ao outro [...] Se imposta por lei a separação, não se permite às partes iludir a proibição legal por meio dessas liberalidades (*donatio propter nuptias*), que anulam completamente o preceito, gerando verdadeira comunhão de fato [...]²⁶⁹

Ressalta-se que a questão ainda não está pacificada nos Tribunais, sejam regionais ou superiores. Em momentos decide-se pela partilha do patrimônio comum, independente da contribuição direta de ambos os consortes. Noutros decide-se pela observância da norma determinadora da separação de bens aos idosos. A tendência da jurisprudência, de acordo com o caráter menos patrimonialista do Código Civil de 2002 em relação ao extinto Código Civil de 1916, é autorizar a livre escolha do regime de bens as pessoas idosas. O caráter meramente

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª turma. Civil, Família. REsp 260462/PR – (2000/0051074-2). Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, Julgado em: 14 de abril de 2001. DJU: 11 de junho de 2001, p. 205.

²⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2, Direito de Família. 37ª. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 220.

protetivo dará lugar a vigência efetiva do princípio da liberdade insculpido na Constituição Federal de 1988.

A legislação infraconstitucional já acenou com tal possibilidade ao alterar a idade da imposição do regime de sessenta para setenta anos com o advento da Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Contudo, pode-se também aduzir que tal alteração legislativa apenas reforçou a determinação protetiva da norma por razão meramente etária.

A dicotomia na jurisprudência só terá fim quando o Supremo Tribunal Federal se posicionar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dão *mandamus* advindo do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil vigente.

CONCLUSÃO

A longevidade da população brasileira e o conseqüente envelhecimento vêm alavancando, cada vez mais, a produção de pesquisas sobre os idosos. No campo do Direito não é diferente. Temas de Direito Público e de Políticas Públicas relativos aos idosos estão, constantemente, sendo estudados, bem como o interesse das suas relações interpessoais. No Direito Civil, particularmente, na seara do Direito de Família, chama atenção à obrigatoriedade do regime de separação de bens imposta aos idosos, o que instiga a relevância da pesquisa, mormente, após o amplo rol de direitos e garantias fundamentais insculpido na Constituição Federal de 1988.

O compulsório regime, inscrito no artigo 258, parágrafo único, II do Código Civil de 1916, e mantido no inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002, edificado única e exclusivamente na questão da idade, instigou e continua a instigar a pesquisa sobre a violência, ou não, das garantias constitucionais, emergidas pelos direitos fundamentais e editadas no princípio da dignidade da pessoa humana, no que concerne à privação à liberdade, individualidade e a autonomia da vontade.

Analisou-se, no trabalho a imposição do regime patrimonial pela mera questão cronológica, a luz dos princípios constitucionais inerentes ao Direito de Família e o marco jurídico da proteção do idoso no Brasil.

Nessa seara protetiva, vislumbrou-se na doutrina a afirmativa de que o impedimento da livre escolha patrimonial é manifestado, principalmente, em razão de interesses sociais e éticos, buscando assegurar uma proteção patrimonial das pessoas idosas que tendo acumulado bens durante a vida possam ser prejudicadas por interesses de eventuais oportunistas. Observou-se que com a manutenção da regra, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador pretende impedir a livre escolha do regime de casamento baseado no possível e exclusivo interesse de pessoa mais jovem no patrimônio construído por outrem com idade mais avançada, na maior proteção ao idoso, na proteção do interesse patrimonial dos herdeiros e no fato de depois de determinada idade o patrimônio da pessoa mais idosa já estar formado, devendo ser excluído de qualquer comunhão de bens.

Contra a imposição do regime observou-se que parte da Doutrina afirma que o regime de bens é o complemento da vida a dois e um dos meios para a concretização dos sonhos, dos valores e da percepção de vida dos cônjuges ou dos companheiros, vez que, por meio dele, que se rege a aquisição, a administração e a disposição dos bens do casal para a manutenção patrimonial do núcleo familiar. Sustenta ainda que, a cultura jurídica brasileira mantém vigentes antigos paradigmas, estampados nas legislações pretéritas, arraigadas de conceitos patrimonialistas, de sobremaneira, a ponto de intervir na intimidade pessoal e na dignidade do ser, ao obrigar a separação de bens meramente por questão etária cronológica.

Além do objetivo principal de ampliar o conhecimento sobre a imposição do regime patrimonial da separação obrigatória pela mera questão cronológica, objetivou-se verificar se o Código Civil Brasileiro e a modificação etária da Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010, que alterou o limite etário da livre escolha do regime de bens pelos contraentes de sessenta para setenta anos, reforçam a determinação protetiva da norma ou atentam contra os direitos e garantias fundamentais, consagrando uma norma que contraria toda a estrutura de sustentação do Estado Democrático de Direito por razão da idade.

Verificou-se, como visto, que as medidas de proteção ao idoso, mesmo diante do contexto multilateral mais aberto e sensível às questões da “melhor idade” e da proteção dos Direitos Humanos, são quase na totalidade, legítimas e coerentes. A modificação legislativa, que alterou de sessenta para setenta a idade máxima para escolha do regime não modificou ou corrigiu o caráter normativo edificado na obrigatoriedade do regime de bens, pois limita a autonomia da vontade e cerceia a liberdade de escolha dos nubentes.

A recente modificação legislativa não teve o condão de alterar a privação à autonomia da vontade já existente na lei anterior. Não há negar-se que o legislador infraconstitucional laborou bem ao alterar o Código Civil e modificar a idade da imposição do regime de sessenta para setenta anos. Assim, igualou a imposição etária com a aposentadoria compulsória dos servidores públicos, contudo, pode-se também aduzir, que tal alteração legislativa apenas reforçou a determinação protetiva da norma por razão meramente etária.

No primeiro capítulo examinou-se o conceito de dignidade da pessoa humana, sua abrangência e delimitação, bem como o seu papel como núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais. De igual modo analisou-se com acuidade o princípio da liberdade, sua amplitude e o conceito de autonomia individual. Abordou-se o critério utilizado para a definição de idoso, a forma de proteção concedida a esses atores na Constituição de 1988, nas leis infraconstitucionais e nas políticas públicas de proteção, com a análise do papel do Estado na sua proteção.

Assim, da hermenêutica da norma contida no inciso II, do artigo 1641 do Código Civil verificou-se que a regra fere frontalmente a principiologia constitucional da liberdade individual e igualdade, fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

A intervenção do Estado com a imposição legal aos idosos mostrou-se atentatória à liberdade individual do maior de setenta anos, que é sujeito de direitos e de deveres como qualquer cidadão. A privação a autonomia da vontade acontece no direito civil às pessoas consideradas incapazes, que dependem de um curador para gerir sua vida. Demonstrou-se que o idoso não pode ser considerado senil somente por ter atingido certa idade e que a idade cronológica não é motivo suficiente para que determinados direitos lhes sejam podados, desconstruindo-se o discurso sobre este anacrônico paradigma.

As leis protetivas aos idosos, fomentadas pelo Estado como Políticas Públicas protetivas, não retiram a capacidade do idoso lúcido de gerenciar sua vontade. O Estatuto do Idoso protege a vulnerabilidade dos que se encontram em idade superior a sessenta anos, mas não lhes retira a capacidade decisória, nem tampouco os transformam em incapazes. A estabilidade do dispositivo de separação de bens obrigatório no Código Civil de 2002 demonstra um retrocesso na proteção dos idosos que é colocado no mesmo patamar do relativamente incapaz. O escopo do Estatuto do Idoso é o pleno cumprimento dos preceitos constitucionais protetores, apresentando o idoso como qualquer cidadão plenamente capaz e que deve ser respeitado como tal. O modelo protetivo dispensado aos idosos em relação ao regime patrimonial busca a proteção *incontesti*, sem, entretanto consultar aquele que tem o maior interesse no assunto, ou seja, o próprio idoso.

No segundo capítulo foram abordadas a constitucionalização do Direito de Família e as características patrimoniais dos enlaces pessoais, desta forma posicionando e elucidando a respeito dos regimes patrimoniais vigentes no direito familiarista. As formas

de constituição de família foram estudadas, independente se intrínsecas ou extrínsecas a Constituição de 1988. Os institutos do casamento e da união estável foram elencados juntamente com as famílias eudemonistas, observando-se que a busca da felicidade é uma constante na espécie humana, independente da idade. Privar a livre escolha do regime de bens é privar a autonomia da vontade do idoso e principalmente, negar-lhe a livre decisão sobre sua vida e seu patrimônio.

Na atualidade o direito de família deve primar pelo afeto e pela liberdade dos membros da entidade familiar. A formação da família existe para o desenvolvimento pessoal, em busca de anseio à felicidade. A Constituição Federal deve ser respeitada, principalmente quanto a caracterização da família como ente aberto e plural, independente das regras contidas na legislação infraconstitucional relativas ao casamento e a união estável. Recentes decisões dos tribunais superiores permitem a união legal de pessoas do mesmo sexo, outrora impensável pelo *codex* civilista.

A imposição atacada fere o princípio da impossibilidade de interferência da vida familiar, insculpido no artigo 1513 do CC, pois a liberdade de escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos não afronta os valores e os princípios constitucionais ou infraconstitucionais, a ordem pública, nem tampouco o patrimônio que pode ser deixado aos herdeiros do idoso, até porque, a herança é uma expectativa de direito e não uma certeza.

Ainda, na seara do segundo capítulo, foi estudada a Súmula número 377 do Supremo Tribunal Federal, que flexibiliza a partilha do patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum, mesmo que sob a égide do regime de separação obrigatória. A súmula é pungente em ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância da relação no regime de separação legal de bens, impedindo assim o enriquecimento ilícito de um dos consortes. Contudo, com a vigência do Código Civil de 2002, brotou a dúvida da aplicabilidade ou não da Súmula 377 no novo ordenamento civil brasileiro.

Em resposta à casuística da dúvida formada chegou-se a conclusão que a Súmula não resta revogada, derogada ou abrogada. A uma, posto que a subrogação dos bens adquiridos antes da relação conjugal em novos bens durante o consórcio, determina a exclusividade daqueles, e caso não provada a subrogação, o patrimônio deve ser partilhado. A duas, posto que a não divisão dos aquestos afronta a legislação, promovendo

o enriquecimento ilícito de um dos contraentes, independente da idade do adquirente do patrimônio.

O terceiro capítulo aprofundou a obrigatoriedade do regime de separação de bens, tanto no instituto do casamento, quanto no instituto da união estável, observando o aumento da expectativa de vida e a alteração legislativa da obrigatoriedade de sessenta para setenta anos, bem como se a obrigatoriedade do regime se apresenta como uma característica de “*in*” capacidade civil ou oligofrenia senil, com a privação à autonomia da vontade.

O arcabouço basilar do argumento para fundamentar a obrigatoriedade da separação de bens aos idosos é a proteção do patrimônio da pessoa maior de sessenta anos, velando o Estado pela proteção do idoso que pode estar fragilizado ao ponto de permitir um casamento com mero interesse financeiro. Evidenciou-se uma *ficção jurídica* de que toda pessoa idosa se encontra vulnerável e, portanto, suscetível à malícia do outro consorte. Ao vislumbrar-se o caráter contratual do casamento e da união estável tal fundamento cai por terra. Qualquer pessoa que identifique a possibilidade da união se formar meramente por interesse patrimonial pode se casar por um dos regimes previstos em lei que proteja seu patrimônio. A livre escolha deve pertencer ao casal, independente da idade. Ademais, o enlace que acontece por mero interesse financeiro não fere a ordem pública ou a sociedade. A história comprova que várias uniões aconteceram por esse motivo. Recompensa-se a juventude não aproveitada de um dos contraentes que está se casando com alguém idoso com o patrimônio deste, que pode ter a escolha de aceitar, ou não, a troca. Não se pode olvidar que o que faz uma pessoa de 90 anos de idade adquirir uma casa e um carro nessa idade é, com certeza, a presença jovial do companheiro de 18, que imprime ao idoso de 90 continuar aspirando às vicissitudes da vida cotidiana ativa, com uma expectativa de vida maior.

O aumento da expectativa de vida com a melhora da qualidade de como se vive experimentada nas últimas décadas justifica a livre possibilidade de escolha. As pessoas estão se unindo, em família, mais velhas. O mundo envelhece e não se podem estorvar direitos às pessoas por estarem velhas. Ter mais de cinquenta, sessenta, setenta ou cem anos não diminui a capacidade jurídica ou civil da pessoa.

A incapacidade jurídica é caracterizada pela inexistência dos requisitos indispensáveis à pessoa para o exercício de seus direitos, conforme a lei, ou seja, a aptidão

para o exercício dos direitos determinados pela lei. Nessa seara o idoso não pode ter diminuída sua capacidade exclusivamente pela questão da idade avançada. Não se justifica qualquer restrição à prática de atos jurídicos, em geral. A incapacidade não é resultante da idade, e sim de fatores que impedem o livre arbítrio e o completo discernimento do ser humano. A incapacidade baseada meramente na idade é presunção de que todo idoso perdeu a capacidade de decidir sobre sua vida e conceituar todo idoso como oligofrênico senil.

A jurisprudência dos tribunais regionais e dos Tribunais Superiores, há tempos, dedica-se sobre o assunto, buscando a justa partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum. O tema absorve o tempo dos juízes, desembargadores e ministros que decidem, caso a caso, qual a melhor solução a ser aplicada. A doutrina também se ocupa com o tema, ora avançando sobre a possibilidade de ser a norma contida no artigo de lei inconstitucional, ora defendendo a constitucionalidade.

Contudo, nas decisões que protegem a separação de bens às pessoas idosas demonstra-se configurada uma pseudoproteção, vez que não existe a oportunidade de pronunciamento do ator em questão, o próprio idoso sequer é ouvido. Nestas decisões presume-se que um dos nubentes, geralmente o não idoso, está de má-fé, afrontando o princípio da eticidade do Código Civil vigente. Interfere indevidamente na vida do casal violando o princípio civil da não interferência na formação da família.

Conclui-se que a obrigatoriedade do regime de separação de bens enquadra-se na seara protetiva aos idosos, contudo retirar o direito de escolha do idoso é o mesmo que retirar a sua capacidade civil, sendo evidente a afronta à adequada interpretação civil constitucional e ao princípio da autonomia da vontade, constituindo-se verdadeiro retrocesso social. Apesar de correta do ponto de vista técnico a obrigatoriedade do regime também afronta os princípios da eticidade e solidariedade do Código Civil, que atribui maior valor à pessoa humana do que ao seu patrimônio.

Deve-se interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código. O ser humano é gregário, sempre está buscando alguém com quem possa compartilhar a sua vida. Não cabe ao Direito limitar as relações que envolvam a afetividade e as decorrentes desse afeto, e sim, zelar pela valorização do ser humano que busca a felicidade.

REFERÊNCIAS

ALBERGÁRIA, Bruno. *Histórias do direito: Evolução das leis, fatos e pensamentos*. São Paulo: Atlas, 2011.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder Familiar nas Famílias Recompuestas e o Artigo 1636 do CC 2002*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=117>. Acesso em: 23 set 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 7ª Ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2001.

ARAÚJO, Harilson da Silva. *Teoria geral do Direito civil simplificada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

_____, União Estável. *Revista do Advogado: AASP*, São Paulo, n 58, março/2000.

BARROS, Sérgio Resende. *A ideologia do afeto*. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v.14, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, Nº 8 - Jun 2006.

BERTOLINO, Osvaldo. *Pesquisa: 3ª idade soma renda mensal de R\$ 7,5 bi no Brasil*. *Jornal O Dia*, Rio de Janeiro, 13 abril 2010. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/blogs/outroladodanoticia/?p=28262>>. Acesso em: 14 abril 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado*. v. 2. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

_____, *Direito de Família; Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 1920.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: familia*. v.1 Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

BRAGA, Pérola M. V. *Direitos dos idosos*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRANCA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto privato*. 6. ed.. Bologna: Editore S.p.A, 1975.

BRIDEL Louis, *Le Droit des Femmes et le Mariage*, p 77 e segs. apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, vol 2, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, SP. Cadernos Pólis, v. 2, Pólis. V. Título. VI. Série IV. Título. VI, 2001.

_____. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMIÑA, Fernández Francisco. Programas de actividade física para a 3ª idade. Instituto Nacional de Educação Física Galiza, Universidade da Corunha, Espanha. *Revista Portuguesa de Ciências do Desporto*, 2004, Publicação semestral da Faculdade de Ciências do Desporto e de Educação Física da Universidade do Porto. Vol. 4, Nº 2, Setembro 2004.

CARVALHO, Maria Joana. A actividade física e o sistema muscular esquelético no idoso. Faculdade de Ciências de Desporto e de Educação Física, Universidade do Porto, Portugal. *Revista Portuguesa de Ciências do Desporto*, 2004, Publicação semestral da Faculdade de Ciências do Desporto e de Educação Física da Universidade do Porto. Vol. 4, Nº 2, Setembro 2004.

CASTELO, Fernando Alcântara. *A constitucionalização do direito de família – A igualdade jurídica entre os filhos*. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/1CONSTI_Fam.pdf>. Acesso em: 06 jan 2012.

CECCONE, Jádina. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. In: ABREU FILHO, Hélio. *Comentários sobre o Estatuto do Idoso*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

CHINELATO. Silmara Juny. In *Comentários ao Código Civil*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

CIFUENTES, Rafael Llano. *Novo Direito Matrimonial Canônico: o matrimônio no Código de Direito Canônico de 1983: estudo comparado com a legislação brasileira*, Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1990.

CLUNE, William. *Law and public policy: Map of an area.*, apud SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. In SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cassio Scarpinella (orgs.), *Direito Processual Público. A Fazenda Pública em Juízo*, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.

FLORES, Mariana. Direitos dos cônjuges crescem na mesma medida da quantidade de Divórcios. *Correio Braziliense*. Brasília. 01 set 2009. Caderno Cidades DF. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/09/01/interna_cidadesdf,139121/index.shtml>. Acesso em: 07 set 2011.

COSTA, Demian Diniz da. *Famílias monoparentais, reconhecimento jurídico*. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2ª Ed: Forense, Rio de Janeiro, 1991.

DIAS, Maria Berenice Art. 1.641: *inconstitucionais limitações ao direito de amar*. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_art._1641_-_inconstitucionais_limita%EF5es_ao_direito_de_amar.pdf>. Acesso em: 23 set 2011.

_____, *Amor não tem idade*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br>> Acesso em: 20 ago 2011.

_____, *Manual de direitos das famílias*. 3.ed. São Paulo: RT, 2006.

DIGESTO, L. 23, Tit. II, apud MONTEIRO, Washington de Barros. Atual. Regina Beatriz Tavares da Silva. *Curso de Direito Civil*, v.2, São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*, Saraiva. v. 5. 23. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DORLAND: *Dicionário Médico*. 25. ed. São Paulo: Roca, 1997.

DOURADO, Robson Gonçalves. *União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em: 23 set. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. v.18. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvski. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: direito de família, casamento: art. 1511 a 1590*, v. XV. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIA JUNIOR, Alfredo. Atividades físicas para idosos em cinco municípios brasileiros: à guisa de diagnóstico. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Revista Portuguesa*

de *Ciências do Desporto*, 2004, Publicação semestral da Faculdade de Ciências do Desporto e de Educação Física da Universidade do Porto. Vol. 4, Nº 2, Setembro 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____, *A família da pós-modernidade: mais que fotografia, possibilidade de convivência*. Disponível em:

http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil_familia/artfamilia4.pdf. Acesso em: 23 set 2011.

FERNANDES, F.S. Gerontologia no Brasil: Expectativas. *A Terceira Idade*, São Paulo, v.1, n. 1, set 1988.

FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro Globo*. 43 ed. São Paulo: Globo, 1996.

FREEMAN, S. Introduction: John Rawls — An overview. In: S. Freeman (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. ASSIS, Vivian Alves. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: A inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Coord. *Família e sucessões: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Alguns Efeitos do Direito de Família na Atividade Empresarial*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=560>. Acesso em: 03 set 2011.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito de família de acordo com a lei número 12.133 de 17/12/2009*. 7ª Ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família* - N.º 1 - Editora Síntese. Abr.Mai.Jun/99.

IBGE. *Censos Demográficos. Indicadores sociais: uma análise da década de 1980/1990*. Rio de Janeiro: IBGE, 1995 .p33, quadro 4. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/notasindicadores.shtm>> Acesso em: 24 set 2011.

IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira 2010 In: *Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica*, número 27. Rio de Janeiro, 2010.

IBGE. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=207>

Acesso em: 24 set 2011.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. *A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas*. Disponível em:

<<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/NathalieItaborai.pdf>>.

Acesso em: 28 out 2011.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado, 6ªed., 1984.

KNAACK, Joana D. M. Imposição do regime da separação obrigatória de Bens no Casamento do maior de sessenta anos de idade . *IBDFAM*. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=283>>. Acesso em: 07 nov 2009.

KUHATHAS, Chandran; PHILIP. *Petit. Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Coimbra: Gradiva, 1995.

LAFAYETTE. Direito de família. Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Pontes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo código civil, estudos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003.

LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). *O Novo Código Civil – Do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002

LINS e SILVA, Paulo. *Da nulidade e da anulação do casamento*. Disponível em:

<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Lins_e_Silva/Nulidade.pdf>.

Acesso em: 12/08/2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil: comentado: Direito de Família*. Vol. XVI São Paulo: Atlas, 2003.

_____, *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 12, Jan-Fev-Mar/2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro; Forense, 2011

_____, *Do regime de bens entre os cônjuges Direito de família. Novo Código Civil*. nº 6. Rio de Janeiro; Forense, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Reflexões sobre a Liberdade*. In: *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.1, n.4, abr./jun, 2004.

MENDES, Cândido IV Livro das Ordenações Filipinas, título XLVI. *Como o marido e mulher são meeiros em seus bens. nota 3 ao T. 46 do Livro IV das Ordenações* - Edição do Senado Federal, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____, *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. V.8. Campinas: Bookseller, 2000.

_____, *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*, São Paulo: Saraiva, 3ªed., 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. edição. 2. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Bianca Mota de. Comentário ao art. 1672 do Código Civil. In: Leite, Heloisa Maria Daltro (coord.) *O novo código civil do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Maria Beatriz. *Casamento no Brasil: do século XVI ao XIX. O Olhar da historiografia*. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/planet/anpuhes/beatriz4.htm>>. Acesso em: 07 set 2011.

NÉRI, A. L. As políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa expressa no Estatuto do Idoso. *A Terceira Idade*, v.16, n.34, 2005.

NERI Marcelo Côrtes. SOARES Wagner L. *Políticas sociais, renda e saúde na terceira idade*. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_720.pdf>. Acesso em: 06 jan 2012.

_____. *A Nova Classe Média: O Lado Brilhante dos Pobres*. Rio de Janeiro: FGV/CPS, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 06 jan 2012.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 7 ed. São Paulo: GEN, 2011.

PENA JUNIOR, Moacir César. *Direito das pessoas e das família: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. v. 5. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. A Família: *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 2. ed. Atualizado por Vicente de Faria Coelho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos Idosos*. Curitiba: Juruá, 2007.

PÉREZ, M. A.; GALLEGO, E. M. A.; CELADA, YJ. R. (Coord). *Protección jurídica de los mayores*. Madrid: La Ley, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos P. correia: Lisboa: Presença, 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família. Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*, vol 6, 26^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos de Personalidade e Sistemática Civil Geral*. 1^a ed. Julex, 1987

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira *A Interdição no Direito Brasileiro*. Ed. Forense, 1981.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAVIGNY. *Sistema del diritto romano attuale*. trad. Vittorio Scialoja. v.I. e v.II. Torino : UTET, 1888

SCARAVONATTI, Fabiane Giongo Conzatti. *O direito ao transporte da pessoa idosa como princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise constitucional*. Santa Cruz do Sul, 2007.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Legislação do idoso. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/conselho/idoso/legislacao>>. Acesso em: 02 nov 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*, v. I, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000

SILVA, Ewerton Rodrigo Cardoso. *O casamento no Direito brasileiro*. UNIFRAN - Franca/SP. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14716309/O-casamento>>. Acesso: 30 ago 2011.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24º ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Regime da separação de bens convencional e obrigatória*. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (coord.). *Questões Controvertidas: No Código Civil*, São Paulo: Método, 2004.

SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Leis, História e histórias: Regime da Separação obrigatória, Lei 12.344/2010*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6434>>. Acesso em: 23 set 2011.

_____. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista brasileira de direito de família e sucessões*. Ano 10, 03, abr/maio 2008.

SIMÕES, Júlio Assis. Provedores e militantes: imagens de homens aposentados na família e na vida pública. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (org.). *Família e Envelhecimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004

SOUZA, Paloma Braga Araújo de. *Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9586>>. Acesso em: 26 out. 2011.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *Relações patrimoniais de Família: alguns questionamentos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=499>>. Acesso em: 14 ago2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *Políticas Públicas - O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. O Papel das Políticas Públicas © 2002 - AATR-BA, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

URT, Fernanda Grezzi. As inovações no regime de bens e a controvérsia do princípio da imutabilidade no direito intertemporal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3770/As-inovacoes-no-regime-de-bens-e-a>>

controversia-do-principio-da-imutabilidade-no-direito-intertemporal>. Acesso em: 03 ago 2011.

VARELA, Alfredo, *Direito Constitucional Brasileiro: Reforma das instituições Nacionais*, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, direito de Família*, 9ª ed. Atlas editora, São Paulo SP, 2009.

_____, *Direito Civil, Direito de Família*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2011

VERAS, R. A novidade da agenda social contemporânea: a inclusão do cidadão de mais idade. *A Terceira idade*, v.14, n.28, 2003.

VERZA, Severino Batista. *As Políticas Públicas de Educação no Município*. Ijuí ed. UNIJUÍ, 2000 .

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WALD, Arnaldo. *O novo Direito de família*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WIECZYNSKI, Marineide. Envelhecendo com cidadania: Realidade ou utopia? Santa Catarina, 2002. Disponível em:
<<http://www.portalsocial.ufsc.br/publicacao/envelhecimento.pdf>>. Acesso em: 27 de agosto de 2009.

ZIMERMAN, Guite I. *Velhice: aspectos biopsicossociais*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. *Decreto N. 181 - de 24 de janeiro de 1890*. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em:
<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=65368>>. Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 66, de 13 de Julho de 2010* Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 09 set 2011.

BRASIL. *Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. *Lei Nº 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de nov 2011.

BRASIL. *Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. *Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. *Lei Nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 07 set 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm)>.htm. Acesso em: 06 jan 2012.

BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal *Súmula 382 de 03 de abril 1964* DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964.

BRASIL. STF Supremo Tribunal Federal *Súmula nº 380 de 03 de abril 1964* - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964.

BRASIL. STF Supremo Tribunal Federal (Adpf 132/Rj E Adi 4.277/DF) - (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

BRASIL. STF Supremo Tribunal Federal *Súmula nº 377 de 03/04/1964* - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 set 2011.

BRASIL. STF Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. Civil, Família. RE 78811. Relator: Min. Antonio Neder. Guanabara GB Julgado: 29 de abril de 1975. *STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%2878811%20.NUME.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. STJ Superior Tribunal de Justiça. 3ª turma. Civil, Família. REsp 208.640 – (1999/25259-4). Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, DJU: 28 de maio de 2001. *STJ*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. STJ Superior Tribunal de Justiça. 3ª turma. Civil, Família. REsp 260462/PR – (2000/0051074-2). Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, Julgado em: 14 de abril de 2001. DJU: 11 de junho de 2001, p. 205.

BRASIL. STJ Superior Tribunal de Justiça. 4ª turma. Civil, Família. REsp 154896. Relator: Min Ministro Fernando Gonçalves Direito. Brasília, DF, Julgado: 20 de novembro de 2003. *STJ*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. STJ Superior Tribunal de Justiça. Ministro Hélio Quaglia Barbosa no REsp 868.404/SC. Brasília, DF, Julgado em: 14 de abril de 2001. DJU: 11 de junho de 2001

BRASIL. STJ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1090722/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 30/08/2010.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=915060&sReg=200802073502&sData=20100830&formato=HTML> Acesso em: 24 set 2011.

BRASIL. STJ. *Enunciados do novo Código Civil da Iv Jornada de Direito Civil* Disponível em: http://www.ligiera.com.br/normas/enunciados_jornada_4_cjf.pdf. Acesso em: 07 set 2011.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL - Família – Casamento. Recurso Especial, REsp 1183378. Requerentes: K. R. O. e L. P. Relator:Min. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma. Brasília, DF 25 de outubro de 2011. STJ, Brasília, 2001. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201000366638>> Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RESP 833.712; Proc. 2006/0070609-4; RS; Terceira Turma; Relª Min. Fátima Nancy Andrighi; Julg. 17/05/2007; DJU 04/06/2007.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. RESP. Nº: 557.365/RO. Relatora: Ministra Nancy Angrighi, 3ª turma, julgado em 07/04/2005, DJU 03/10/2005.

BRASIL. TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 3ª Câmara. Cível. Civil, Família. Apelação Cível, n. 243.087-4/00. Relator: Lucas Sávio Gomes. Belo Horizonte, MG, 18 de setembro de 2002 In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 15, out./dez. 2002.

BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70004179115, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 14/08/2002. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/.php>. Acesso em: 24 set 2011.

BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70018883579, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/09/2007 Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/.php>. Acesso em: 24 set 2011.

BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70043554161, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/08/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70043554161&tb=jurisnova&pesq=juris&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29.Secao%3Acivel&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 set 2011.

BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Civil, Família. Apelação Cível nº 70002243046. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 11 de abril de 2001. *TJRS*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Civil, Família. Apelação Cível nº 70007503766. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 17 de dezembro de 2003. *TJRS*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 05 nov 2011.

BRASIL. TJSP. Tribunal de Justiça São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. Civil, Família. Apelação Cível, n. 007.512-4/2-00. Relator: Cezar Peluso. São Paulo, SP. Julgado: 18 de agosto de 1998 *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n. 1, abr./jun. 1998.