

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Sílvia Aparecida de Oliveira

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO
DE BENS AOS CONTRAENTES MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE POR
PARTE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Belo Horizonte
2018

Sílvia Aparecida de Oliveira

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO
DE BENS AOS CONTRAENTES MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE POR
PARTE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Doutora em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Macedo Poli

Área de Concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48i Oliveira, Sílvia Aparecida de
A inconstitucionalidade da imposição do regime da separação de bens aos contraentes maiores de setenta anos de idade por parte do código civil brasileiro / Sílvia Aparecida de Oliveira. Belo Horizonte, 2018.
169 f.: il.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Casamento (Direito) - Aspectos jurídicos. 2. Regime de bens - Brasil. 3. Dignidade (Direito). 4. Divórcio - Legislação - Brasil. 5. Ação de inconstitucionalidade. 6. Idade - discriminação - Brasil. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.627.2

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Silvia Aparecida de Oliveira

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO
DE BENS AOS CONTRAENTES MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE POR
PARTE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direito Privado

Prof. Doutor Leonardo Macedo Poli - PUC Minas (Orientador)

Prof^a. Dr^a Sofia Miranda Rabelo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof^o. Dr^o Roberto Henrique Porto Nogueira – UFOP (Banca Examinadora)

Prof^o Dr^o Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a Walsir Edson Rodrigues Junior – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 17 de março de 2018

Dedico essa pesquisa aos casais que se unem pelo verdadeiro amor, independentemente de idade, etnia, sexo, ou qualquer outro elemento discriminador.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente, a Deus: fonte de luz e inspiração perenes. Agradeço, muito, ao meu marido, J3sus Nascimento, pela compreens3o das minhas aus3ncias durante horas e horas despendidas na pesquisa e confec33o da presente tese. Um obrigado especial ao meu orientador, Leonardo Poli, pelas valiosas e precisas orienta33es durante todo o curso.

“O que fazemos por amor sempre se consuma além do bem e do mal”, dizia Nietzsche. Eu não iria tão longe, já que o amor é o próprio bem. Mas além do dever e do proibido, sim, quase sempre, e tanto melhor! O dever é uma coerção (um “jugo”, diz Kant), o dever é uma tristeza, ao passo que o amor é uma espontaneidade alegre. “O que fazemos por coerção”, escreve Kant, “não fazemos por amor.” Isso se inverte: o que fazemos por amor não fazemos por coerção, nem, portanto, por dever. (...) O amor não se comanda, pois é o amor que comanda (André Comte-SPONVILLE, 2009, p. 241-242).

“O Direito é, pois, uma força imperiosa na sociedade, mas não a força original. O Direito só existe onde não há o amor, onde o homem é um lobo e não um cordeiro.” (CARNELUTTI, 2001, p. 20).

RESUMO

A presente tese investigará a constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens aos contraentes maiores de setenta anos de idade por parte do Código Civil Brasileiro. Inicialmente será abordado o histórico da família, bem como a inserção do Direito sobre a mesma, desde a Roma antiga, passando pela Índia, e sua influência hindu, pela China confucionista, pela Europa Medieval, até aportar nos dias atuais, ocasião em que novos conceitos, e novos olhares jurídicos, serão demonstrados. Da mesma forma, a pesquisa contemplará, sempre que possível, a visão psicanalista da família, tendo esta como base da sociedade e da formação dos indivíduos como sujeitos não apenas de direito, mas também de amor e afeto. Outrossim, a tese irá adentrar nas realidades legislativas pátrias no tocante ao casamento e união estável, elucidando a questão especialmente no que diz respeito aos posicionamentos das Constituições e dos Códigos Cíveis que já existiram, no Brasil, bem como dos diplomas vigentes. Logo após, serão colocadas em análise as espécies de regime de bens no direito pátrio, chegando na questão dos idosos em si, de forma especial no que tange às violações dos seus direitos cíveis. A tese não se furtou a estudar a reconstrução da regra geral pela jurisprudência nacional, observando atentamente os entendimentos dos tribunais superiores especialmente os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). De forma subsidiária, serão demonstrados os posicionamentos contemporâneos de algumas cortes estaduais, como no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) e do Distrito Federal (TJDF). O entendimento de diversos autores serão mencionados sempre que possível, objetivando enriquecer o trabalho com o melhor da doutrina pátria e internacional. Será explicitada a violação de vários princípios caros à pessoa humana por parte da norma civilista, qual seja: o artigo 1641, inciso II, do Código Civil. Por fim, demonstraremos a inconstitucionalidade material da imposição do regime da separação de bens aos septuagenários, e aos demais longevos. Esperamos, assim, de alguma forma, contribuir para o debate e para a garantia dos direitos dos idosos.

Palavras-chave: Casamento. Regime de Bens. Maiores de Setenta Anos. Dignidade da Pessoa Humana. Incapacidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This thesis will investigate the (in) constitutionality of the imposition of the regime of separation of assets to the contractors over seventy years of age by the Brazilian Civil Code. Initially, the history of the family will be discussed, as well as the insertion of the Law on it, from ancient Rome through India, and its Hindu influence, Confucian China through Medieval Europe, until today, when new concepts, and new legal views, will be demonstrated. In the same way, the research will contemplate, whenever possible, the psychoanalytic view of the family, having this as the basis of society and the formation of individuals as subjects not only in law, but also in love and affection. In addition, the thesis will enter into the country's legislative realities regarding marriage and stable union, elucidating the issue especially with regard to the positions of the Constitutions and Civil Codes that already existed in Brazil, as well as the current laws. Soon after, the species of regime of goods in the country law will be put in analysis, arriving at the question of the elderly in itself, in a special way with respect to the violations of their civil rights. The thesis did not fail to study the reconstruction of the general rule by national jurisprudence, observing carefully the understandings of the superior courts especially those judged by the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF). In a subsidiary way, the contemporary positions of some state courts, such as the Federal Court of the State of Minas Gerais (TJMG) and the Federal District (TJDF), will be demonstrated. The understanding of several authors will be mentioned whenever possible, aiming to enrich the work with the best of the country's and international doctrine. It will be made explicit the violation of several principles dear to the human person by the civilian norm, which is: article 1641, II, of the Civil Code. Finally, we will face the question of material unconstitutionality of the imposition of the regime of the separation of patrimony to the septuagenarians, and to the other long-lived. We hope, therefore, in some way, to contribute to the debate and the guarantee of the rights of the elderly.

Keywords: Marriage. Regime of Goods. Over seventy years. Dignity of human person. Inability. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DO SEPTUAGENÁRIO	15
2.1 Razões históricas	15
2.2 A regra moral: sistema familiar monista e a proteção do patrimônio Familiar	29
2.3 A realidade legislativa no Brasil: casamento e união estável	36
2.3.1 <i>As Constituições Brasileiras</i>	37
2.3.2 <i>Códigos Civis Brasileiros</i>	41
2.3.3 <i>Casamento</i>	43
2.3.3.1 <i>Conceito</i>	45
2.3.3.2 <i>Capacidade</i>	50
2.3.3.3 <i>Regime de bens</i>	53
2.3.3.3.1 Do Regime de Comunhão Parcial.....	56
2.3.3.3.2 Do Regime de Comunhão Universal.....	58
2.3.3.3.3 Do Regime de Separação de Bens.....	59
2.3.3.3.4 Do Regime de Participação Final nos Aquestos	63
2.3.3.3.5 Do Regime de bens no direito estrangeiro	64
2.3.3.3.6 O Estatuto das Famílias no direito brasileiro, e no direito comparado: breves ponderações.....	67
2.3.4 <i>A união estável</i>	75
2.3.5 <i>A violação do princípio da igualdade na separação obrigatória de bens do septuagenário no direito pátrio contemporâneo</i>	82
2.3.5.1 <i>A evolução dos direitos dos idosos na sociedade atual</i>	87
2.3.5.2 <i>A transgressão da Autonomia Privada e do Direito à Liberdade</i>	98
2.3.5.3 <i>A Violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	100
3 A RECONSTRUÇÃO DA REGRA LEGAL PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	103
3.1 <i>Súmulas: comunhão parcial</i>	106
3.2 <i>Súmulas: comunhão parcial presumida</i>	111

3.3 Crítica à reconstrução brasileira ou reconstrução “à brasileira”	113
4 LIBERDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS DOS SEPTUAGENÁRIOS: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS.....	122
4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	124
4.2 Princípio do pluralismo das entidades familiares	128
4.3 Princípio da solidariedade familiar	129
4.4 Princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos	132
4.5 O afeto como vínculo basilar do Direito de Família contemporâneo.....	133
5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AOS CONTRAENTES MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE POR PARTE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	145
6 CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS.....	160

1 INTRODUÇÃO

A família, por muitos entendida como a “base da sociedade”, tem origem indeterminada. Porém, sabe-se que a mesma é tão antiga quanto a humanidade, certamente surgida, ainda que primitivamente, com os primeiros humanos.

Nesse sentido, Schettini *et al.* (2016, p. 31) afirma que a família é um dos grupos sociais mais antigos que se conhece. Passou por diversas modificações na forma de constituição, função e composição ao longo dos anos.

Continua Schettini *et al.* (2016, p. 31) a lecionar que a família persistiu há séculos e hoje se apresenta sob diversas estruturas, sendo impossível o ordenamento prever todas as formas de entidades familiares possíveis.

Até no plano internacional a família encontra proteção da família, com previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que assegura às pessoas humanas o direito de constituir uma família (art. 16, parágrafo 1º) e, em seu artigo 16, parágrafo 3º prevê que *a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*

Outros instrumentos internacionais também conferem importância à família, tal como se vê na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), em seus artigos 11 e 17; Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979, através do seu artigo 10, h. Igualmente, a Convenção Internacional Sobre o Direito das Crianças de 1989, em seus artigos 5 e 16, aborda a questão da proteção familiar.

No plano interno, entendendo sua importância ímpar, a Constituição da República, em seu art. 226, a protege e, inclusive, menciona que a mesma *tem especial proteção do Estado.*

Para Leandro Karnal¹, a ideia tradicional de família composta por pai, mãe e filhos não é mais dominante no Brasil, lares formados mediante diversas composições familiares estão cada vez mais numerosos.

¹KARNAL, Leandro. **Família não é só pai, mãe e filhos**. Disponível em <<http://www.revista.pazes.com/familia-nao-e-so-pai-mae-e-filhos/>>. Acesso em: 03 out. 2017.

Ao psicanalista², a família se apresenta como uma ficção, uma construção mítica particular, tecida através de laços imaginários que mantêm unidos os seus integrantes, local onde se insere o sintoma familiar. (CARVALHO FILHO e CHAVES, 2014, p. 101)

Freud, ao construir sua acepção de família através do complexo de Édipo, conduz a um enfoque simbólico desses constructos. Melaine Klein privilegia o imaginário, ao utilizar dos seus conceitos de *phantasia* e *imago*³. Lacan, nos primeiros momentos, relaciona a acepção de família ao Imaginário no Estádio do

² Nas palavras de Célia Regina Nilander de Sousa (*in A Lei e o Desejo – Interlocução entre o Direito e a Psicanálise*), o movimento psicanalítico foi iniciado por Freud, em finais do século XIX. Apesar de Freud ter sido médico neurologista, sua contribuição à moderna psiquiatria é negável, podemos dizer que Freud foi o descobridor do inconsciente humano. Disponível em: <<https://celianilander.jusbrasil.com.br/artigos/158303043/a-lei-e-o-desejo-interlocucao-entre-o-direito-e-a-psicanalise>>, Acesso em: 07 dez. 2017.

³ A problemática da *phantasia* inconsciente é um conceito nodal da teoria kleiniana, por meio do qual podemos unificar seus múltiplos aspectos teóricos e práticos. A grafia *phantasia* sugere a conotação psicanalítica do termo, mas, principalmente, a evolução de seu sentido na obra de Klein. Definida como expressão psíquica das pulsões, a função estruturante da *phantasia* estende-se a toda a vida psíquica. Mesmo reduzida à sua dimensão inconsciente, concerne a tudo o que pertence à vida pulsional e a todas as pulsões; ainda, mantém relação com os objetos e se insere na cultura. A *phantasia* possui uma objetividade própria, uma realidade psíquica incontestável (KLEIN, 1921/1970). Portanto, a *phantasia* situa-se na interação de uma realidade interna e de uma experiência efetiva, porém, reduzida, de início, da realidade externa. Constituindo a linguagem fundamental dos impulsos instintuais, está sujeita, como tal, ao princípio de prazer, ao processo primário, regente de todas as produções do inconsciente. Quanto ao imaginário kleiniano, esse é constituído por um conjunto de objetos internos, cuja representação denomina imago. Assim, cada imago é constituída pela *phantasia* inconsciente, à qual se acoplam as demais representações afins com o impulso a ela ligado. Esse conjunto de representações, cujo núcleo é a *phantasia* inconsciente primeira, é designado objeto interno. Para Klein, os inúmeros objetos internos se relacionam e se influenciam mutuamente, constituindo um mundo interno próprio a que se chama de Imaginário. Deste modo, o imaginário kleiniano obedece às leis do inconsciente, que se estrutura como *phantasias*. Tais conceitos, imago e imaginário, são necessários à tarefa de sistematizar os conceitos de complexo de Édipo e de família, na teoria kleiniana. Klein organiza suas ideias, presentes em artigos anteriores, no texto *Algumas conclusões teóricas sobre a vida emocional do bebê* (KLEIN, 1931/1982). Seu retorno ao conceito freudiano de pulsão de morte (até então, abandonado pelos autores pós-freudianos), visa afirmar que o conflito pulsional (libido vs. pulsão de morte), se encontra no cerne das tendências hostis presentes na vivência edípica e, portanto, na origem da agressividade humana e da angústia, vivenciada não como angústia de castração, mas como angústia de morte. A angústia é a reação imediata da pulsão de vida à ação destruidora da pulsão de morte. Divergindo de Freud, Klein afirma que a angústia humana mais fundamental não é o medo de castração, mas o medo de sua própria destruição (KLEIN, 1928/1970). Ao contrário de Freud, a autora tem acesso primeiro ao complexo de Édipo da menina, observado na análise de Rita, o que lhe permite descrever três longas etapas da vida edípica. Klein acentua o início do Édipo no desmame e, principalmente, afirma que os fenômenos típicos e definidos do complexo são apenas o resultado de uma evolução que se estende por anos. A consequência do pensamento kleiniano do Édipo arcaico é a revisão total da teoria freudiana da sexualidade feminina, a nova interpretação da inveja do pênis e a introdução de um complexo de feminilidade do menino semelhante ao complexo de masculinidade na menina. Mediante tais mudanças, também as relações objetais, formadoras da família, foram necessariamente reinterpretadas. (CARVALHO FILHO e CHAVES, 2014, p.106, grifo nosso)

Espelho e, na estrutura simbólica da linguagem, ao simbólico. Mas, posteriormente, utilizando a topologia dos nós borromeanos em uma nova leitura dos Nomes-do-Pai, destaca o real como uma nova formalização da família. (CARVALHO FILHO e CHAVES, 2014, p. 101-102)

A sociedade evolui, e o conceito de família idem. Nesse interim, percebemos o amadurecimento, ou envelhecimento populacional. Assim sendo, várias famílias são compostas por idosos incluindo, septuagenários, octogenários etc.

Tendo como mira proteger o patrimônio dos septuagenários quando do seu matrimônio, o Código Civil determina que o casamento dos mesmos deve ser celebrado sob o regime de separação de bens. A mencionada imposição normativa é objeto de críticas por grande parte da doutrina, face à sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais, especialmente com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Na realidade, o legislador partiu do discutível pressuposto de que a pessoa idosa não é capaz de reger-se, impondo, normativamente, sua vulnerabilidade por ocasião da imposição do regime de separação de bens na ocasião de seu casamento.

É nesse contexto que se insere esse trabalho, objetivando analisar e discutir a questão da separação obrigatória dos bens do septuagenário, demonstrando que isso afronta diretamente sua liberdade de escolha, e o reduz à quase incapacidade civil no tocante ao gerenciamento dos seus bens quando do matrimônio.

Insta salientar que a metodologia utilizada envolverá a pesquisa teórica bibliográfica e pesquisa documental. Assim sendo, serão analisadas as mais destacadas doutrinas que cingem o tema em epígrafe, fazendo-se apontamentos, menções e comparações, sempre que necessário.

Da mesma forma, será feita pesquisa jurisprudencial, a qual investigará os principais posicionamentos dos tribunais pátrios a respeito do tema, levando-se em conta especialmente os julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF. O objetivo, aí, será a compreensão das diversas formas de interpretação da norma civilista que prevê a separação legal para os maiores de 70 (setenta) anos de idade.

Para isso, analisaremos a questão da separação obrigatória dos bens dos maiores de setenta anos de idade, indo de suas razões históricas, passando por

percepções quanto à legislação interna, e comparada, bem como por análises do tema em questão, demonstrando a violação de princípios basilares do direito pátrio, como vem a ser o da igualdade, e da dignidade da pessoa humana.

De modo ordenado, a presente pesquisa partiu da separação obrigatória de bens do septuagenário, indo de suas razões históricas, analisando o assunto nas diversas Constituições pátrias que já vigoraram, bem como nos Códigos Civis brasileiros de alhures, bem como no atual. Não frustramos a pesquisar a questão do casamento em si, incluindo conceito, capacidade, e seus regimes de bens, fundamentais para o nosso trabalho. Foram tratados, também, a questão da evolução dos direitos dos idosos, a autonomia privada e a violação da dignidade da pessoa humana.

Em seguinte, foram expostas súmulas essenciais à questão do septuagenário, envolvendo as principais cortes pátrias, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a pesquisa enfrentou princípios basilares no tocante ao casamento dos septuagenários, da solidariedade familiar, ao princípio da proteção integral dos idosos.

Em derradeiro, o estudo em tela exporá os principais posicionamentos quanto à questão dos septuagenários no tocante à jurisprudência das principais cortes do país, chegando, ao final, questionando a (falta de) liberdade de escolha do regime de bens por parte dos septuagenários, o que se mostra completamente incongruente com o pensamento da sociedade contemporânea, irradiada por ideias e ideais de liberdade, igualdade e respeito efetivo à dignidade da pessoa humana.

2 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS DO SEPTUAGENÁRIO

2.1 Razões históricas

A ideia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua ideia de família, dependendo do momento histórico vivenciado. (FIUZA, 2014, p. 1153)

Uma das principais formas de constituição familiar é, justamente, o casamento. Quanto ao mesmo, trata-se de uma entidade familiar, com proteção e *status* constitucional (art. 226 da CF). (SOBRAL, 2015, p. 290).

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 31):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Continua Gonçalves (2008, p. 31) a dizer que:

O *pater familias* exercia sua autoridade sobre todos os descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional.

Lecionam Caio Mário da Silva Pereira, e Arnaldo Wald, citados por Gonçalves (2008, p. 31):

Com o tempo, a severidade das regras foi atenuada, conhecendo os romanos o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação de patrimônio independente por os filhos. Com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares).

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. (...) Podemos dizer

que a família brasileira, como é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. (GUIMARÃES, 2008, p. 32)

Nesse sentido, Siqueira⁴ assim se manifesta:

Na Idade Média, o conceito de família passa pela forte determinação e influência da Igreja. Com o Cristianismo sendo reconhecido como religião oficial de praticamente todos os povos ditos civilizados, o culto familiar deslocou-se para as capelas, deixando o *pater* de ser o seu sacerdote. A família perde parte de suas funções, eis que o culto não é mais celebrado pelo patriarca, como ocorria em tempos passados. Nos primórdios da Igreja Católica, esta não se opunha diretamente a outras formas de constituição da família que não o casamento. Entretanto, durante a Idade Média, a Igreja impôs a forma pública de celebração, criando o dogma do matrimônio/sacramento. O Cristianismo, então representado com exclusividade pela Igreja de Roma, reconheceu na família uma entidade religiosa, transformando o casamento, para os católicos, num sacramento. A família foi convertida em célula-mãe da Igreja, hierarquizada e organizada a partir da figura masculina. Não obstante a nítida mudança de posição da Igreja aponta-se que "Santo Agostinho admitia o batismo da concubina, desde que esta se obrigasse a não deixar o companheiro. Santo Hipólito negaria a contração de matrimônio a quem o solicitasse para abandonar a concubina, salvo se por ela fosse traído primeiro". Na Idade Média surge também a ideia de que a família deve ser garantia de amparo aos seus membros doentes, inválidos e impossibilitados de prover o próprio sustento, ideia que hoje se confunde com o dever de prover alimentos. O conceito de assistência aos incapacitados é essencial neste período histórico, eis que as famílias produziam todos os bens necessários à sobrevivência, tais como alimentos, peças do vestuário e armas. A assistência implicava também no dever familiar de ajuda moral e psicológica aos membros. Num momento histórico em que os nobres fechavam-se em seus feudos, vivendo da exploração de camponeses que dependiam de suas terras para a sobrevivência, onde o Estado era apenas a representação de um homem – o Senhor Feudal –, a família era a única garantia de assistência recíproca entre seus membros. Muito atrelada à religião, a procriação era, na Idade Média, considerada essencial para a constituição de uma família, eis que se interpretava literalmente o preceito bíblico: "Crescei e multiplicai-vos. Ide e enchei a terra." Assim, a família, surgida necessariamente com o casamento, enquanto instituição legítima deveria reproduzir-se, sendo considerado um casal sem filhos inferior aos demais. O sexo dentro do casamento tinha apenas duas finalidades: a satisfação do desejo masculino – a mulher era considerada incapaz de sentir prazer –, e a geração de filhos, razão pela qual as famílias eram muito numerosas.

Mesmo na Índia, atualmente com uma população superior a 1 bilhão de habitantes, o instituto *família* há muito é considerado essencial para a sociedade, e cuidado pelo denominado direito hindu.

Nas palavras de Antonio Augusto Machado de Campos Neto (2009, p. 71):

⁴ SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17628/o-conceito-de-familia-ao-longo-da-historia-e-a-obrigacao-alimentar>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

Há aproximadamente 3,5 mil anos, as comunidades radicadas na região do Vale do Indo – atual Norte da Índia – começaram a organizar um dos sistemas religiosos mais antigos de que se tem notícia na História da Humanidade: o Hinduísmo. No decorrer de muitos séculos, suas crenças foram transmitidas, oralmente, de geração em geração, culminando em transcrições nos Vedas, cujo conteúdo é a compilação de hinos e preces considerada como o primeiro livro sagrado da História da Religião. Essa literatura sagrada é composta de quatro volumes de textos em versos que explica, por sua vez, a unidade e a variedade das múltiplas correntes do Hinduísmo. Por meio de seus ensinamentos mais importantes, o conjunto de livros é sagrado para mais de 1 bilhão de adeptos que seguem seitas diferenciadas entre si, a ponto de serem monoteístas, politeístas ou panteístas e, mesmo assim, integrarem a mesma Religião. A primeira versão em papel dos Vedas provavelmente tenha sido no século II a.C., quando o povo hindu desenvolveu um sistema de escrita. Segundo lendas e historiadores, eles teriam sido organizados por Vyasa, um sábio que seria a encarnação de Vishnu, deus que, em todos os ciclos de criação e destruição do Universo, tem a função de elaborar as escrituras em número de quatro livros, cujo intuito é o de garantir que os cânticos se propaguem e se eternizem. Vyasa seria responsável por outros textos sagrados do Hinduísmo como o Mahabharata que foi ditado por ele ao lorde Ganesha, o deus com cabeça de elefante, o qual teria transmitido as palavras para o papel. Historiadores indianos e especialistas em História da Índia contam que são estimados que os quatro Vedas – RigVeda, YajurVeda, SamaVeda e AtharvaVeda – teriam sido compilados entre 1490 e 900 a.C.; todavia, qual seja a sua origem é nos textos védicos que estão os principais conceitos e símbolos do Hinduísmo como, também, os deuses, as lendas e os ensinamentos que lhe dão forma e unidade à Religião. O Direito hindu é o Direito tradicional da Índia, o qual é aplicado pelos e aos adeptos do Hinduísmo em determinadas situações, enfatizando o Direito de Família e coexistente com o Direito indiano.

Mencionando a influência dos diversos deuses no direito indiano, inclusive sobre a questão da família, Campos Neto (2009, p. 76-77) assim explica:

Se fôssemos enumerar o elenco, teríamos de ter muito espaço, além do que não é o escopo da matéria, porque o Hinduísmo¹ possui uma diversidade robusta com figuras, cujas imagens estão nos milhares de templos de toda a Índia, onde são reverenciados e reconhecidos. Essa variedade, com certeza, é totalmente confusa para os não-hindus, mas aos adeptos do Hinduísmo em absoluto, mesmo porque desde cedo aprendem tudo sobre deuses e deusas. As crianças reconhecem, minuciosamente, cada estátua ou pintura, quais são os seus atributos especiais como, por exemplo, a cabeça de elefante de Ganesha ou a pele azul de Vishnu. (...)

Dos deuses o que mais desperta curiosidade aos não hindus, enfatizando turistas, é Ganesha, o deus com cabeça de elefante. Ele é o filho de Shiva e Parvati e sua popularidade é acentuada entre os hindus, que oram a esse deus da sorte a lhes pedir para que elimine empecilhos e/ou obstáculos que possam se defrontar, especialmente antes de novos empreendimentos, tais como casamentos, mudança de casa, exames para universidades ou admissão profissional.

As Leis de Manu são escritas em 300 d.C. e são *Smriti* com instruções sobre deveres morais e sociais, tais como ensinamentos sobre a conduta das diferentes classes sociais. Manu é considerado o primeiro homem com perfil de excelente legislador. (CAMPOS NETO, 2009, p. 81)

Noutro vértice, as Leis de Manu instituem a questão das castas:

O conceito de casta, em termos gerais, marca diferenças entre indivíduos indianos, seja por Religião, matrimônio, território em comunidade, ocupação ou, ainda, nascimento. O termo *casta* - na Índia - se refere às classes hereditárias ou fechadas, nas quais a sociedade era dividida. Cumpre salientar que, teoricamente, as classes originárias da Índia eram quatro, a saber: a dos Brâmanes ou sacerdotes; Chatrias ou guerreiros; Vaisias ou lavradores e Sudras ou trabalhadores. (CAMPOS NETO, 2009, p. 82)

Evidentemente o sistema de castas encontrou diversas críticas, incluindo de Mahatma Gandhi assim se pronunciou ser a mesma (implementação das castas) contrária à alma do indianismo que um homem atribua a si mesmo uma classe mais alta, ou designe a outros uma mais baixa. Todo mundo nasceu para servir à Criação de Deus, o Brâmane, por sua sabedoria, o Chatria, por sua força protetora, o Vaisia, por sua habilidade comercial e o Sudra, por seu trabalho corporal. (*apud* CAMPOS NETO, p. 83-84)

Ensina o citado autor (2009, p. 87), a respeito do direito de família aplicado na Índia atualmente:

O Direito costumeiro é cediço em institutos jurídicos, a saber: casamento, adoção, sucessão com ou sem testamentos, capacidade de pessoas físicas e instituições ligadas à Religião. O Direito Civil foi inserido em projeto de código, datado de 1941 e, assim, nesta sua fase de independência, o Governo indiano procurou criar, unificar e codificar as suas próprias leis. E em hipótese alguma abandonando, nessa recomposição jurídica, as tradições seculares que, indubitavelmente, mereceram toda a atenção dos juristas do seu país. Premissa final: o Direito hindu é o Direito tradicional da Índia, sendo aplicado pelos e aos adeptos do Hinduísmo, especificamente em determinadas situações como, por exemplo, o Direito de Família e coexiste com o Direito do Estado, o Direito indiano. Deve-se distinguir hindu de indiano para maior compreensão, porque os habitantes da Índia são os indianos e, dentre eles - os que adotam ou são adeptos do Hinduísmo -, os hindus. Cumpre salientar que Direito hindu e Direito indiano não são sinônimos: o primeiro é o Direito que somente se aplica às comunidades hindus e o Direito indiano é o Direito do Estado da Índia, ou seja, o qual é aplicado a todos os habitantes não importando qual seja a sua Religião.

Na China antiga, por sua vez, a influência confucionista foi incisiva, e influenciava todo o direito chinês (ainda que seus territórios digladiassem entre si). A China com sua história milenar apresenta dois momentos críticos na formação de suas normas e princípios jurídicos. André Herrera Patrocínio⁵ assim se manifesta:

A primeira fase, que engloba aproximadamente 24 séculos da história chinesa é influenciada fortemente pela corrente filosófica do Confucionismo. Esta corrente filosófica compreende preceitos religiosos, educacionais e morais. Com uma ênfase generalizante e abstrata os princípios de Confúcio buscam a harmonia no convívio social. E foi com grande força que a população chinesa aderiu a esta educação, denominada *Li*, que define as regras da convivência e da decência. Um destes conceitos é a honra do homem chinês, que considera humilhante o julgamento das questões sociais, preferindo o consenso e a conciliação entre as partes. Vale ressaltar o caráter patriarcal da sociedade, que até hoje deixa muitas questões familiares responsabilidade do chefe mais velho da família. As famílias são agrupadas em clãs, que buscam resolver suas questões internas sem utilizar-se dos meios legais. (...) Em 19 de outubro de 1949, houve a vitória de Mao-Tsé-Tung e do Partido Comunista, transformando a China em República Popular Chinesa. Diferente dos países da União Soviética e das outras Repúblicas populares da Europa repudia-se o princípio de legalidade, aderindo ao dogma marxista-leninista. Acreditavam na preeminência à formação moral e à educação cívica dos cidadãos sobre a coerção. (...) Porém, a China teve muitas dificuldades para instalar o princípio de legalidade. Não havia juristas suficientemente seguros, dada a falta de tradição dessa prática; os órgãos têm dificuldade de discernir o que fazer na ausência de leis em determinados casos; muitos ataques são dirigidos ao princípio de legalidade.

Herrera Patrocínio⁶ arremata, explicando sobre o direito chinês contemporâneo, de forma especial no tocante ao casamento:

O princípio de legalidade continua e é cada vez mais repudiado: o trabalho de codificação é abandonado, as diretivas do partido substituem-se à Lei, e os tribunais veem-se com atividade restringida (...). A maior validade é a do princípio de *Conciliação*, tendo o Direito uma função apenas subordinada. Mao-Tsé-Tung pregava que o direito não era para todos, pois era uma ditadura, e somente bom para os bárbaros (na época, os contrarrevolucionários). Assim, os cidadãos não deveriam sofrer dessa ditadura que ele exerce, poupando-lhes da degradação e da vergonha de serem pronunciados criminalmente. Acreditavam na educação e persuasão no lugar de sanções: se um cidadão cometeu a falta,

⁵ PATROCÍNIO, Herrera. **História do casamento na Índia e China**. Disponível: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/188561767/historia-do-direito-na-india-e-china>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁶ PATROCÍNIO, Herrera. **História do casamento na Índia e China**. Disponível: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/188561767/historia-do-direito-na-india-e-china>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

certamente não tinha consciência do que fez, devendo ser, portanto, sujeito a uma obra de educação e persuasão, em vez de uma condenação indigna. Hoje em dia prevalece o nível pré-judiciário nas discussões dos delitos, raramente chegando ao nível de processos. Procura-se levar os cidadãos a reconhecerem seus erros e a corrigirem-se. Os processos intervêm apenas contra os chamados “inimigos do povo”: os incorrigíveis e depravados. Usam o direito como última solução: apenas se todos os outros métodos estiverem falhando, pois não se deve aplicar sanções àqueles que, apesar das faltas, continuam sendo bons cidadãos. Até 1978 havia poucas leis, além de uma ausência de jurisprudência e doutrina, pois poucos acórdãos do Supremo Tribunal tinham sido publicados e a noção de precedentes obrigatórios era desconhecida. A partir desse ano, com a criação de uma nova Constituição, o movimento legislativo toma novo rumo: foram votadas uma lei eleitoral, uma lei orgânica dos tribunais, uma lei que regulamentava os investimentos de capitais chineses e estrangeiros e uma lei sobre o casamento; os códigos penal e de processo penal são adotados porque os dirigentes atuais sentiram a necessidade de tranquilidade dos chineses, e pensaram que a existência de textos normativos poderia ser um obstáculo às injustiças. Com o código penal, pretenderam combater a crescente criminalidade, pois um conjunto de regras poderia ter um efeito dissuasivo. Apesar de tudo, as mentalidades continuam hostis à rigidez das leis, o que torna difícil o princípio de legalidade assumir na China o papel que tem nos países ocidentais.

Mesmo no Oriente, casamento não é o mesmo que família. No Ocidente, idem. Confirmando tal pensamento, a melhor doutrina pátria.

Família e casamento são instituições distintas. Se no passado a família se alicerçava no casamento, hoje a realidade apronta, quiçá, para outro norte. (...) Família é família, e, baseada ou não no casamento, merece a mesma proteção legal. (FIUZA, 2014, p. 1165)

Tratando da família, o mestre da Psicanálise⁷, Sigmund Freud, trata a mesma sempre relacionada com a questão do complexo de Édipo⁸:

Freud introduz na teoria psicanalítica a noção de complexo de Édipo através da literatura, a releitura do mito de Sófocles, e, também, o personagem de Shakespeare, Hamlet, e de Dostoiévski, os irmãos Karamazov. Esses três heróis, Édipo (inconsciente), Hamlet (culpa do desejo) e irmãos Karamazov (morte do pai real), são transferidos por Freud para o psiquismo individual

⁷ Importante ressaltar aqui a diferença entre a psicologia e psicanálise, a primeira é uma ciência nova, possui menos de 60 anos de existência, focaliza curas concentrando-se no “agora”, no comportamento, nas opressões e as dificuldades de adaptação do indivíduo às normas e padrões sociais, enquanto a segunda como já mencionado foi criada por Freud no século XIX e estuda o inconsciente humano a fim de curar transtornos, traumas, neuroses, fobias e até mesmo doenças psíquicas ou físicas. Disponível em: <<https://celianilander.jusbrasil.com.br/artigos/158303043/a-lei-e-o-desejo-interlocucao-entre-o-direito-e-a-psicanalise>>, Acesso em: 07 dez. 2017.

⁸ Nos textos freudianos que versam sobre a família primeva, Moisés e o Monoteísmo (FREUD, 1939/1976) e, principalmente, em Totem e Tabu (FREUD, 1912-1913/1976), encontra-se as relações entre a horda primitiva, a civilização e a religião. Essa família primeva, anterior à edípica, caracteriza-se pela ausência da lei e pelo império de um pai não submetido à mesma, devorador e incestuoso. A relação entre a família primeva, o clã totêmico e o complexo de Édipo, núcleo da família moderna e conceito estruturante da mesma na teoria psicanalítica, será promovida por Freud

através do complexo de Édipo. Dessa forma, a família é introduzida no cerne de uma nova ordem – a ordem simbólica (CARVALHO FILHO, 2008, 2010).

Ainda que distintos, o casamento é, certamente, uma das formas mais tradicionais de formação das famílias.

Aquela família nuclear (centrada no casamento), heterossexual, monógoma (um só núcleo familiar formado por um único casamento) e patriarcal (onde a figura do *pater família* dominava), que estava encarregada de cumprir um papel público e privado importante, já não mais prevalece. (CÂNDIDO, 2010, p. 23)

Conforme Jackeline Fraga Pessanha⁹:

(...) através da interpretação constitucional, por meio de princípios constitucionais implícitos e explícitos, encontram-se outras entidades familiares, como as famílias socioafetivas, homoafetivas, entre outras, que são ancoradas em laços de afeto, com a finalidade de realização pessoal e familiar, Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 35) descreve que “a jurisprudência tem consagrado o entendimento de que os tipos familiares mencionados no art. 226 da Constituição da República constituem um rol aberto”. Isso porque, a família como meio social abraçado pelos laços de afeto, organizado por regras de culturalmente elaboradas e positivadas pela sociedade, formam modelos de comportamento que são constantemente modificados. No mesmo sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2011, p. 147) ensina que “Assim, tem-se a consagração implícita do princípio da pluralidade das entidades familiares pelo caput do art. 226 da CF/1988, o que significa que o rol de famílias exposto nos seus parágrafos é meramente exemplificativo e não taxativo – donde o não reconhecimento de status jurídico-familiar das uniões homoafetivas é inconstitucional por afronta ao caput do art. 226 da CF/1988, na medida em que a união homoafetiva preenche os requisitos matérias de formação familiar (afetividade, estabilidade e convivência pública, contínua e duradoura, (...), ou seja, o amor que vise a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura), razão pela qual a união homoafetiva é uma família constitucionalmente protegida e não pode, portanto, deixar de ser reconhecida pelo Poder Judiciário e, portanto, pelo STF”.

Nas palavras de João Batista de Oliveira Cândido (2010, p. 19-21) *in* Teixeira e Ribeiro (Orgs.), Manual de Direito das Famílias e das Sucessões:

O casamento no século XXI tem agora novos contornos no plano social e isto influencia e coloca em dúvida a realidade normativa. O matrimônio já não contém a exclusividade da forma única de constituição legítima da família, e com isso cresce a necessidade de uma reflexão sobre a legislação que o regula, mas, muito mais do que isto, segue a necessidade

⁹ PESSANHA, Jackeline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

de uma reflexão sobre os fundamentos doutrinários na busca de uma perspectiva de tratamento mais contemporâneo. (...)

Nessa nova família, impera a preocupação com a felicidade de seus membros, sobrepondo-se, assim, àquela ideia do passado, de que a instituição haveria de prevalecer sobre todos os interesses individuais de transpessoal, preocupada tão só com a proteção da sua própria estrutura, isto é, só da instituição família.

Agora, a família não é mais transpessoal, ao contrário, ela é eudemonística¹⁰. Portanto, o direito, acompanhando a evolução cultural, aponta para uma norma que se preocupa muito mais com a felicidade de seus membros e, sobretudo, com a possibilidade de sua realização, centrada sempre no princípio da dignidade da pessoa humana.

O afeto passou a ser um dos objetivos principais da família. Esta começa a ser mais pluralista, democrática e voltada à obtenção de contornos de felicidade, ainda que nem sempre alcançáveis.

Na análise de Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 19)¹¹:

Sem dúvida, hoje a família é núcleo descentralizado, igualitário, democrático e, não necessariamente, heterossexual. Trata-se de entidade de afeto e entreajuda, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988. (...) Ora, elegendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, de forma revolucionária, a *lex fundamentallis* alargou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os membros e descendentes, sejam estes fruto do casamento ou não. Deste modo, a entidade familiar deve, efetivamente, promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Comungando tal entendimento, interessante citação de Leonardo Macedo Poli e Fernanda São José em *O afeto e sua visão romancista no Direito de Família*, sp:

¹⁰ O *eudemonismo* liga-nos à doutrina que acredita ser a busca da felicidade (na vida) a principal causa dos valores morais, considerando positivos os atos que levam o indivíduo à felicidade. Ela baseia-se na procura pela felicidade, ou por uma vida feliz, e leva em consideração tanto o aspecto particular quanto o global. Da mesma forma, o eudemonismo entende como benéficas todas as circunstâncias ou ações que encaminham o indivíduo à felicidade. Podemos entender o mesmo como um sistema de moral que tem por fim a felicidade humana: o epicurismo, por exemplo, é um exemplo de filosofia eudemonista. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eudemonismo/>>, Acesso em: 06 dez. 2017, com adaptações). João Baptista Villela aponta que o termo é usado pela socióloga Andre é Michel, para o modelo que prevalece na cultura atual, esclarecendo aquele professor o seu significado, ou seja, que cada pessoa procura na família a sua própria realização, isto é, seu próprio bem-estar (VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71-72)

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito à família**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:04fj4pYxU-YJ:www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02 dez. 2017.

A família é espaço de aptidão para o desenvolvimento do valor existencial de cada um de seus membros. Nesses termos, a família deve ser conceituada não pela sua fonte, pela sua origem, mas pelo que ela representa, possibilita e viabiliza para seus entes. Daí a doutrina contemporânea propor a verificação de três elementos imprescindíveis para a sua constituição. Estar-se-ia diante de um filtro distintivo entre as relações afetivas familiares e não-familiares.¹² Vê-se:

O primeiro é a *afetividade* enquanto elemento para a sua constituição, ou seja, enquanto vínculo afetivo relacional; já a *estabilidade*,¹³ parte da premissa de que a união não precisa ser eterna, longa e muito menos vitalícia, mas não pode ser fugaz, deve ser sólida o bastante para se propor durar por um decurso de tempo. É a intenção de se perenizar, de permanecer, de manter-se unido a outrem é o *animus manendi*. E, por fim, a *ostensibilidade*¹⁴, isso quer dizer que a relação deve ser pública. Entretanto,

¹² (...) É possível conhecer do recurso especial para o fim de reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar na hipótese em que tanto a sentença quanto o acórdão do Tribunal *a quo* evidenciaram haver convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Isso porque, estando esses elementos suficientemente evidenciados nos autos, não é necessário qualquer reexame de prova para se concluir pela existência da união estável, não incidindo, no caso, o óbice da Súmula 7 deste STJ. É possível o reconhecimento da união estável homoafetiva ainda que um dos conviventes não tenha contribuído ou compartilhado esforços para a construção do patrimônio comum e ainda que não haja coabitação ininterrupta, quando o casal forma um núcleo familiar, marcado pelo afeto e cuidado recíprocos. Isso porque, assim como nas relações estáveis heteroafetivas, o esforço comum é presumido e a coabitação não é requisito essencial à configuração da união estável, nos termos da CF, do artigo 1º da Lei 9.278/1996 e da jurisprudência do STJ. Basta a existência da afetividade, estabilidade e ostensibilidade da relação, ou seja, a convivência, entre duas pessoas, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, para o reconhecimento da união como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. (REsp 1381609/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira turma, julgado em 17/12/2013, DJe 13/02/2014).

¹³ União estável. Lapso temporal. Convivência de pouco mais de um ano. Relação não duradoura. Efeitos. O decurso de tempo não é requisito substancial para reconhecimento da união estável. Entretanto, ao protegê-la, quis o constituinte sinalizar que deve ser duradoura, e não timbrada pela instabilidade. Assim, outros requisitos devem ser levados em conta para caracterizá-la, além de um tempo razoável, que indique não se tratar de aventura ou mera experiência, desprovidas da firma intenção de manter afeto constante. A relação curta, episódica, inferior até ao prazo que a lei estabelece para o divórcio derivado da separação de fato, não induz união estável a ser protegida, mas ligação que encontra respaldo apenas no direito obrigacional. Apelações improvidas. (Apelação Cível Nº 599134202, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/08/1999).

¹⁴ União estável. Situação putativa. *Affectio maritalis*. Notoriedade e publicidade do relacionamento. Boa-fé da companheira. Prova documental e testemunhal. Partilha de bens. Prova. Alimentos. filha menor. Adequação do quantum. Redução. Descabimento. 1. Tendo o relacionamento entretido entre os litigantes assemelhando-se a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a *affectio maritalis*. 2. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o réu, mas que ele mantinha união estável concomitante com outra mulher em outra cidade, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que ela não sabia do relacionamento paralelo do varão com a outra mulher. 3. Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso com a autora na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. (...) 5. Salvo prova em contrário, presume-se que os móveis que guarneciam a residência que mantinha com a autora tenham sido adquiridos na constância da união estável. Inteligência do art. 1662 do CCB. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, mas dentro da capacidade econômica do genitor e sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. O encargo de prover o sustento da prole comum é de ambos os genitores, devendo

esta publicidade deve ser relativizada, ou seja, a ostensibilidade não precisa ser dita, mas, tão somente, vista por aqueles que convivem em seu meio social. Portanto, presentes estas três características pode-se reconhecer uma entidade familiar.

A questão patrimonial, obviamente, não deixou de ser importante. No entanto, o amor, o afeto e a busca da felicidade por parte dos entes familiares tornaram-se nucleares no seio da família. Aquilo que era secundário tornou-se primário, fundamental. Nesse norte, Farias (2004, p. 42):

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.

Essa mudança sensível do pensamento, a partir da concepção da família como instituição afetiva e acolhedora, torna a mesma como base para o desenvolvimento do indivíduo e não apenas como entidade meramente patrimonialista.

O patrimônio pode ser entendido como conjunto de bens de alguém a que se pode atribuir valor econômico, compreendendo a propriedade, direitos reais, pessoais e obrigacionais, ativos e passivos. (GUIMARÃES, 2007, p. 435)

O seu reconhecimento é antigo, remontando ao Direito Romano, ainda que de forma indireta e embrionária. (POLI, 2008, p. 35)

E, para regular e disciplinar, o casamento, há que se definir o regime patrimonial do mesmo.

Quanto aos regimes de bens, podemos considerá-los como o conjunto de princípios que regula a situação patrimonial do casal, sendo previsto pelo direito pátrio, quatro regimes de bens entre os cônjuges: o regime da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens, o da separação de bens e o da participação final nos aquestos.

cada um concorrer na medida da própria disponibilidade (...). (Apelação Cível Nº 70059170282, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 07/05/2014).

A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime por que se pautará o casamento. (FIUZA, 2014, p. 1181)

No entanto, levando-se em conta o Código Civil contemporâneo, vemos que o regime que pauta as uniões dos septuagenários possui contornos próprios.

Para uma breve síntese histórica das reservas conferidas aos septuagenários no tocante ao regime de bens, deram-se ainda nas Ordenações Filipinas, no ano de 1769, em seu Livro IV, título 105¹⁵, previam que a mulher com mais de 50 anos, ao se casar, tendo filhos ou outros descendentes, não poderia alienar, a qualquer título, mais de um terço dos bens que possuísse, posto que tal parcela de seu patrimônio não se comunicava com o do marido. Tal limitação abrangia apenas as mulheres maiores de 50 anos.

Este preceito foi consolidado no art. 161 da Consolidação de Teixeira de Freitas, aprovada em 1858: “As viúvas, que se casam de cinquenta ou mais anos, tendo filhos ou outros descendentes sucessíveis, não podem alienar por título algum, em sua vida ou por sua morte, as duas partes dos bens, que tinham ao casar.” (GONÇALVES, 2008, p.183). De tal modo, em análise do próprio artigo, Teixeira de Freitas explanou que os bens não se comunicavam por casamento.

Em seguida, o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, em seu artigo 58, §§ 1º e 2º¹⁶, atribuía à mulher maior de 50 anos e ao homem maior de 60, ao se casarem, a incomunicabilidade de bens com a obrigatoriedade da adoção do regime dotal.

Assim sendo, a imposição do regime de separação de bens aos idosos nasceu no Código Civil de 1916. Vejamos:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.
Parágrafo único: É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:
(...)
II – do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos (...)

¹⁵ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Título CV: das mulheres viúvas que casam de cinquenta anos tendo filhos. LIVRO 4, Tit. 104: Dos que escusam de ser tutores (Conc.) Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p1011.htm>>. Acesso em: 30 Set. 2016.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publica-caoriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2016.

Vale ressaltar que nessa época a lei ainda fazia diferença entre homens e mulheres, de sorte que o aludido artigo expunha que o regime de separação de bens seria obrigatório no casamento de homens maiores de 60 (sessenta) anos, ou no de mulheres maiores de 50 (cinquenta) anos de idade.

Posteriormente, em 1964, foi editada a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que prescreveu sobre a comunicação dos aquestos no regime de separação de bens, interpretação essa que se associava com o disposto no art. 259 do Código Civil de 1916. Compôs a referida Súmula a primeira manifestação jurisprudencial expressiva propensa a relativizar os efeitos da separação obrigatória de bens.

No entanto, a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, designada Lei do Divórcio, permitiu-se, na disposição transitória contida em seu art. 45, a exceção da obrigatoriedade da separação de bens para os nubentes que comprovassem comunhão de vida existente desde antes de 28 de julho de 1977, que tenha durado por pelo menos 10 anos sem interrupção ou da qual tenha advindo filhos (BRASIL, 1977). Preenchidos tais requisitos, podiam os nubentes eleger livremente o regime de bens que melhor lhes aproovessem, afastando-se a aplicação do art. 258 do Código Civil de 1916. Porém esta exceção foi transitória.

Todavia, após a promulgação da Constituição da República de 1988, o limite etário de 50 (cinquenta) anos de idade para as mulheres deixou de ser aplicado nos tribunais devido ao que preceitua os seus art. 3º, IV e art. 5º *caput*. Observemos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...)

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. (BRASIL, 1988)

Isso posto, foi igualado para o sexo feminino o patamar de idade utilizado para os homens, de 60 (sessenta) anos, em nome do princípio da igualdade.

Malgradadas as diversas críticas à imposição da separação de bens para os idosos, quando da promulgação do Código Civil de 2002, manteve no art. 1641, II¹⁷ a restrição contida no diploma anterior, tão apenas promovendo a alteração de suprimir a distinção do critério etário entre homem e mulher.

Neste diapasão, posteriormente, foi publicada a Lei nº 12.344/10, alterando o art. 1641, II do Código Civil Brasileiro, mas apenas no sentido de modificar o limite etário estabelecido de 60 (sessenta), para 70 (setenta) anos de idade, contexto que se mantém em vigor.

É notório que tal imposição da lei é evitar o intitulado “golpe do baú”, em que cidadãos de má-fé se uniriam com idosos, somente com fito de virem a ser favorecidos com a morte do cônjuge idoso, tanto na condição de meeiro (a), quanto na condição de herdeiro (a).

Deste modo, como esse “golpe” se tornou presente na sociedade brasileira, legítimo, porquanto, que o Legislativo agisse na tentativa de restringir, ou impedir, sua ocorrência.

A questão que se coloca, porém, é saber se impor aos nubentes idosos o regime de separação obrigatória de bens é realmente o mais acertado ou se tem sido hábil a alcançar seu intento.

A principal reflexão a ser feita é no que tange às eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. De forma genérica, pode-se expor que a eficácia vertical dos direitos fundamentais confere que eles sejam ressaltados e considerados nas relações encadeadas entre o Estado e os particulares; ao passo que a eficácia horizontal é concernente às relações interpessoais.

Nessa acepção, no que diz respeito à atuação do Legislativo, a eficácia horizontal deve ser observada pelo Legislativo quando da criação de leis, de maneira que necessita conter em pensamento que a norma a ser criada dê aplicabilidade aos princípios fundamentais nas relações entre os particulares. Enquanto a eficácia vertical processa no momento subsequente, na edição das leis, ocasião em que se institui uma relação entre o Estado, criador da norma e o particular, que precisará atuar de acordo com a lei promulgada. Faz-se

¹⁷ Art. 1641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento: (...) II – da pessoa maior de sessenta anos (BRASIL, 2002).

extremamente necessário que a atuação do Legislativo pautar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito através do art. 1º, III, da nossa Lei Maior: “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”, e, ainda, consagrado pela doutrina como princípio supra legal:

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, têm a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida. Pertinente à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. (...)

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. (MADALENO, 2013, p. 45-46).

Não é o que se constata, todavia, no art. 1.641, II, do CC, oportunidade em que o legislador não observou que, ao impor o regime de separação de bens ao septuagenário, irrestritamente, acabou por presumir sua incapacidade de administrar seu patrimônio, bem como de distinguir a índole dos cidadãos que se relacionam, infringindo a dignidade dos idosos.

Deste modo, claramente se manifesta a violação à dignidade da pessoa humana dos septuagenários ante a imposição da obrigatoriedade do regime de separação de bens caso venham a contrair núpcias, vez que o único critério adotado foi o etário, manifestando, assim, o preconceito do legislador, e porque, não da norma.

Mormente, a sociedade convive com um quadro em que a expectativa de vida cresce cada vez mais, isto posto os idosos têm se tornado uma parcela significativa e crescente da população. Não raro, os septuagenários estão em absoluta atividade física, intelectual, profissional, acadêmica, amorosa e afetiva. A partir dessa premissa, não há justificativa da intervenção do Estado na vida dos referidos longevos.

2.2 A regra moral: sistema familiar monista e a proteção do patrimônio familiar

Quanto aos chamados direitos patrimoniais, Leonardo Macedo Poli (2008, p. 35), é exato ao dizer que:

Diferentemente do que ocorreu com o direito moral de autor que só obteve reconhecimento formal em meados do século XIX, o reconhecimento do direito patrimonial é anterior, remontando ao Direito Romano, ainda que de forma indireta e embrionária. Segundo Dock, nas Instituições de Justiniano já se podia identificar proteção patrimonial para a obra literária.

Continua POLI (2008, p. 35) a ensinar que os direitos patrimoniais de autor são assegurados no art. 5º, inciso XXVII, da Constituição da República que garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

De fato, a referida menção constitucional nos diz que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Quanto à transmissibilidade dos mesmos, Poli (2008, p. 39) diz que, diferentemente dos direitos morais, os direitos patrimoniais são transmissíveis por atos *inter vivos* ou *causa mortis*.

Portanto, conclui o doutrinador dizendo que os direitos patrimoniais atribuem a seu titular uma faculdade de disposição, em sentido objetivo¹⁸. (POLI, 2008, p. 39)

Avançando um pouco, é perceptível que problemática paridade entre o direito e os valores morais tradicionais é assunto constante na história da filosofia jurídica. A rigor, desde a filosofia grega até o fim da Idade Média, é indiscutível a relação de conexão do direito em relação à eticidade da comunidade. Todo o legado da filosofia moral e jurídica da antiguidade e da idade média recorre aos valores éticos da comunidade para abonar a legitimidade do direito.

Deste modo, tal tradição abraça um conceito forte de virtude, indispensável para se estabelecer a distinção entre os bons cidadãos da *polis*, mensageiros do caráter moral imperativo para sustentar a existência pacífica e gloriosa da vida

¹⁸ POLI, Leonardo Macedo (2008, p. 39), citando Salvatore PULIATTI, *in: Diritto civile – saggi*. Milão: Giuffrè, 1951. p. 7, explica que a faculdade de disposição pode ser vista sob dois aspectos: um subjetivo e outro objetivo. Subjetivamente se confunde com a capacidade jurídica de seu titular e objetivamente como uma característica intrínseca ao próprio direito.

social, enquanto os maus cidadãos, não virtuosos, cuja simples existência é maléfica à vida coletiva.

Assim, quando esse “caráter moral” é comparado ao casamento tem-se por analogia o casamento do septuagenário com uma pessoa mais jovem como “maus cidadãos”, os não virtuosos; e as demais espécies de casamento como dos “bons cidadãos”, portadores da virtude.

Essa é a mensagem da *república platônica*: a vida coletiva deve ter como escopo educar todos os cidadãos para ser conforme as virtudes - temperança, coragem e sabedoria - imprescindíveis para preencher o valor moral supremo da cidade: a realização da ideia de bem. Quase toda a filosofia do direito e da moral até a idade moderna reflete o ideal de que a papel do direito é garantir a representação da vida social a partir da sustentação dos pressupostos axiológicos tradicionalmente implantados em uma ordem sólida de valores formada de acordo com a história. Assim, Luhmann ensina que:

Para a antiga tradição europeia da filosofia social e da filosofia do direito era evidente que o homem encontrava sua liberdade e sua virtude, sua sorte e seu direito enquanto parte viva da sociedade também viva. A sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social. Era exatamente por consistir de homens que ela apresentava seu humanismo evidente e abrangente, e sua pretensão moral. Nesse contexto, o ambiente da sociedade, sem se considerar a natureza não humana, só podia constituir-se de outras sociedades – ou seja, de corpos sociais formados por outros homens. Consequentemente, os limites da sociedade eram concebidos como limites da descendência ou dos limites territoriais que agrupavam os homens nas categorias de pertencentes ou não pertencentes (LUHMANN, 1983, p. 169).

Nessa premissa, o direito deve refletir os valores éticos partilhados pela comunidade política, incluindo como função a mediação dos conflitos sociais a partir dos valores emanados da ética compartilhada por toda a comunidade política. É preciso garantir a constância dos laços orgânicos de sustentação da vida comunitária, a partir do compartilhamento dos valores basilares de todos os membros do corpo social. Para garantir a unidade social, torna-se cogente o uso da coerção para evitar a probabilidade de desaprovação daqueles que, por qualquer razão, deixam de partilhar os valores da vida ética de sua comunidade. Nesse norte,

Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca. (HABERMAS, 2003, p. 141).

O mestre alemão, Jürgen Habermas, continua dizendo:

Para manter essa unidade, impunha-se a necessidade de limitar as escolhas morais dos indivíduos. Ao direito cabia proibir a adesão a valores morais distintos daqueles sustentados pela comunidade, afirmando-se a harmonia dos valores supremos de uma determinada coletividade. Nesse contexto, identificava-se a fusão entre a facticidade das tradições e valores culturalmente consolidados na vida social e a validade das aspirações morais dos integrantes da comunidade. O Direito manifesta, mais do que saber, manifesta a ação, e é desta maneira que se trata um sistema que regula as ações, e que intervém nas ações, que delibera a pauta das ações e que conduz a coercibilidade (facticidade) no cumprimento de determinadas ações. (HABERMAS, 2003, p.141).

Nesse prisma o procedimentalismo habermasiano propicia segurança jurídica aos direitos fundamentais: individuais e coletivos, dado que, devidamente legitimado institui um campo seguro para a garantia de participação no debater encomendando autonomia ao cidadão que participa da constituição do direito e da lei quanto a sua coercibilidade - facticidade, e, participando dessa constituição, conseqüentemente fica efetivada sua aceitabilidade - validade normativa, proporcionando segurança jurídica à manutenção da cidadania.

Ainda nesse liame, quando o procedimentalismo supramencionado era transportado para o direito de família, esta era tutelada muito mais sob o seu aspecto externo, isto é, a família não era tratada como célula da sociedade, mas sim do Estado (DIAS, 2006, p. 27), não admitindo espaço para o exercício da liberdade dos seus integrantes e com isso limitava as escolhas morais dos indivíduos.

A partir desse contexto é necessário por em ênfase alguns pressupostos da teoria axiológica, a partir de uma perspectiva meta ética, isto é, arrazoar os elementos lógicos do discurso axiológico. Desse ponto de vista, uma primeira ponderação a ser colocada é: do ponto de vista moral, não existe somente um único valor. Têm vários valores e, mais ainda, múltiplos valores que podem entrar em conflito. E isso pode ser visto claramente na injunção da separação de bens dos

septuagenários, onde a eles não existe a escolha. Para eles, conforme a regra civilista, o Estado é quem decide.

Contudo, não se pode olvidar que, além da expectativa de vida ter aumentado a pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade está, em regra, plena de vida e vigor.

Ademais, com o estilo de vida atual, em razão da melhoria dos índices de saneamento básico em todo o país, e levando em conta o avanço da ciência, em especial da farmacologia, da química e da medicina¹⁹, os septuagenários encontram-se, comumente, em plena capacidade física, intelectual e emocional, não havendo, portanto, porque se falar em qualquer intervenção estatal no tocante ao regime matrimonial dos mesmos.

Retornando às questões morais, o filósofo húngaro-americano, John Kekes, que fugiu do Leste Europeu em razão da repressão nazista e, posteriormente, da coibição comunista, assim se posiciona:

Para tanto existem dois meios distintos de lidar com o fato da Pluralidade dos valores morais. Num primeiro momento temos o monismo, que ostenta como pressuposto que, apesar de existir diversos valores, há um único valor que é predominante em associação aos demais. Uma teoria ética monista pode lidar com o conflito de valores de três maneiras distintas: determinar um *summum bonum* - bom, admitir a fungibilidade dos valores ou adotar um método canônico de ordenação dos valores. (KEKES, 1993, sp).

Continua John Kekes a dizer que:

A primeira variante da ética monista ostenta a existência de um prioritário em relação a todos os outros valores, cujo fundamental protótipo é a ética platônica, que acolhe o bem como o valor principal da moralidade humana. Tal valor avoca a função de ordenar todos os outros valores de forma a obter uma ordem coerente em que o conflito axiológico se torne exclusivamente uma mera exterioridade. O monismo, nesse prisma, é incapaz de distinguir que tenha, de fato, um conflito de valores: se há um *summum bonum* que funda toda a moralidade, o fato de alguém crer que

¹⁹ De acordo com Maria Heloisa Fialho Cauduro, *et al.* (2011, p. 10), *in* “Condições de Vida e de Saúde dos Idosos de Manaus e Porto Alegre”, os resultados do censo populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2000 chamam atenção para o crescimento do percentual de idosos na população brasileira que ocorreu nas últimas décadas. O fato é que avanços nas áreas da medicina e do saneamento básico propiciaram a redução da taxa de mortalidade e o aumento da expectativa de vida dos indivíduos. As estatísticas oficiais apontam para o crescimento da proporção de idosos na população brasileira de 8,8% no ano de 1998 para 11,1% em 2008. Além disso, a taxa média de fecundidade, que em 2007 era de 1,95 filhos por mulher, passou para 1,89 em 2008 (IBGE, 2009). Então, o que se verifica é uma trajetória ascendente de uma população que envelhece a passos largos. Em 2008, o Brasil tinha 21 milhões de pessoas com 60 anos ou mais, superando a população idosa de vários países europeus, como a França, a Inglaterra e a Itália (IBGE, 2009).

um valor está em conflito com outro não assenta dúvida a composição dos valores. (KEKES, 1993, sp)

Ainda de acordo com o filósofo húngaro-americano:

A percepção do conflito provém de uma inaptidão intelectual do agente moral, que não distingue o nexos do sistema ordenado dos valores morais e se ilude pela aparência de conflito entre um valor e outro. A deficiência basilar dessa perspectiva deriva da necessidade da adoção de uma teoria metafísica da moral, ao julgar que há uma ordem objetiva de valores autônoma, acreditando ser “descoberta” pela razão humana. (KEKES, 1993, sp).

Por isso é que o Estado somente distinguia como família a entidade derivada do casamento e, como resultado, as relações espúrias, adulterinas ou concubinárias eram totalmente desconhecidas pelo ordenamento jurídico. Ademais, os filhos havidos fora do casamento eram objeto de infundado preconceito, não lhes sendo reconhecido nenhum direito. Aliás, com o intuito de tutelar integralmente a entidade do casamento, exclusivo legitimador da família, o Estado impedia a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio e cominava, ao cônjuge culpado pela separação judicial, descabidas punições, como por exemplo, a perda do nome de casado, do direito aos alimentos e da guarda judicial dos filhos, dentre outros.

A existência de regras cogentes no âmbito do direito de família era grande, sendo raras as hipóteses de concessão do exercício da autonomia privada pelos componentes da família. Tal fato se dava devido à questão patrimonial, a exemplo da liberdade de estipulação do regime matrimonial de bens, o que robustecia a relação da autonomia privada com a autonomia da vontade. Nesse sentido:

(...) a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional, proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares (...). (RODRIGUES, 2000, p.11)

O dissenso e a crítica à tradição eram proibidos, já que as instituições da vida social resguardavam a validade dos valores tradicionais por meio da coerção jurídico-moral. (HABERMAS, 2003, sp)

Para (CARVALHO, 2010, p.15) “o monismo funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências” a quaisquer outros valores, o que permite que o poder público e a lei sejam distantes da realidade social.

Nesse mesmo sentido, John Kekes se manifesta:

Enquanto a segunda variante do monismo abriga a fungibilidade entre os múltiplos valores. Conforme esta versão, os valores não são conflitantes entre si, porque os valores podem ser dispostos a partir da tradução de cada valor de acordo com uma unidade comum. De tal modo pode traduzir o valor econômico de um bem monetariamente, com escopo de promover a troca, igualmente pode-se reconhecer a relevância de certo valor moral a partir do número de unidades morais que ele contempla. Todavia, o número de unidades municia uma medida comum de apreciação do conflito axiológico que, não passa de mera aparência também. (KEKES, 1993, sp)

Continua ele asseverando:

Já a última variante monista aposta na efetividade de um princípio canônico capaz de colocar em ordem os valores de modo a torná-los ajustados uns com os outros. Por sua vez, essa forma de monismo crê na existência. Caso haja conflito, os valores melhor qualificados no ranking instituído pelo princípio meta-axiológico tomam a qualidade de prioridade em relação aos princípios com classificação inferior. Essa probabilidade de enfoque acerca do conflito axiológico leva a duas oportunidades, ou seja, admite que cada valor tem uma particularidade intrínseca a si que o coloca em um necessário degrau do ranking, ou, a disposição de cada valor no ranking emana de determinada escala objetiva de valores. (KEKES, 1993, sp)

Ato contínuo, toda a questão referente ao monismo tem sofrido alterações a partir do advento da Constituição Federal de 1988, vez que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua acepção somente patrimonial, típica do era do Estado Liberal, incidindo igualmente nas relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas suportadas no âmbito do Direito de Família.

E ainda porque o novo contorno da família projetada pela Constituição da República consentiu que ela se tornasse uma entidade legitimamente democrática, na qual a inquietação maior é com a felicidade pessoal dos seus componentes, com

a efetivação dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual a família deixa de ser uma instituição estatal, ganhando contornos de entidade social, o que possibilita o uso da autonomia privada na sua essência. Ensina Pereira que:

Sem dúvida, até o advento da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil eram centrados na propriedade e no contrato. Porém, com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez que com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares (...).

A partir do momento em que a família se desinstitucionaliza para o Direito – ou seja, que ela não mais se faz relevante enquanto instituição –, e que a dignidade humana passa a ser o foco da ordem jurídica, passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição (...). (PEREIRA, 2006, p. 154-182)

De mais a mais, corrobora Tartuce, sobre a aplicação da autonomia privada nas relações familiares:

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente. (TARTUCE, 2008, p. 45)

Nesse passo Rolf Madaleno, explicando esse fato na esfera matrimonial, apregoa que “Enfim, tudo permite concluir pelo crescimento da liberdade de ação dos cônjuges, considerados individualmente como pessoas, conquanto não se descurem dos fundamentos basilares do seu núcleo familiar (...)”. (MADALENO, 2008, p. 63).

Não há que se olvidar que esse entendimento é válido para toda e qualquer forma de entidade familiar, inclusive para as famílias constituídas através da incongruente “imposição” do regime de bens dos septuagenários.

2.3 A realidade legislativa no Brasil: casamento e união estável

Em apertada síntese, insta diferenciar, ainda que inicialmente, os dois institutos, conforme o nosso ordenamento pátrio.

Barros e Aguirre (2010, p. 331), mencionam que:

O casamento estabelece comunhão de vida plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Acrescentam eles ainda o seguinte:

Em nosso ordenamento o casamento é civil e gratuita a sua celebração. Quando de sua habilitação o registro e a primeira certidão serão isentos de selos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei. (BARROS; AGUIRRE, 2010, p. 331)

Nas lições de Guimarães (2007, p. 542), união estável “é a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de constituição de família, com aparência de casamento.”

A união estável é reconhecida pela própria Constituição Federal, que assim se manifesta a respeito:

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. (BRASIL, 2017) (regulada pela Lei 9.278 de 1996)

Como a sociedade evolui constantemente, hodiernamente não se fala apenas entre união apenas entre homem e mulher, mas, também, entre casais do mesmo sexo. Mais à frente veremos tal questão, incluindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, bem como do Supremo Tribunal Federal – STF, que desde 2011, já pacificou tal questão. Em recente decisão²⁰, o Supremo Tribunal

²⁰ O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu, em 10 de maio de 2017, julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos

Federal concluiu, em plenário, inclusive, que união estável e casamento são, inclusive, iguais para herança, incluindo homoafetivos.

2.3.1 Constituições Brasileiras

A Constituição Brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I, período do Brasil Império, e destacada por elencar quatro Poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador (que se sobrepunha aos demais, e cabia ao monarca), não trouxe nada a respeito das relações familiares.

Posteriormente, em 1890, através do Decreto 181, criou-se o casamento civil, afastando da união religiosa todo valor jurídico, com inclusão de prisão e multa para quem realizasse o procedimento religioso antes do legal. Já no ano 1891, a segunda

com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado nesta quarta-feira (10), os ministros declararam inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. O RE 878694 trata de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 aborda sucessão em uma relação homoafetiva. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual. No julgamento de hoje, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694, que também proferiu o primeiro voto divergente no RE 646721, relatado pelo ministro Marco Aurélio. Barroso sustentou que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões “convencionais”, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos. Após a Constituição de 1988, argumentou, foram editadas duas normas, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996, que equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável. O Código Civil entrou em vigor em 2003, alterando o quadro. Isso porque, segundo o ministro, o código foi fruto de um debate realizado nos anos 1970 e 1980, anterior a várias questões que se colocaram na sociedade posteriormente. “Portanto, o Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família”, afirma.

“Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, completou. O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso. No caso do RE 646721, o relator, ministro Marco Aurélio, ficou vencido ao negar provimento ao recurso. Segundo seu entendimento, a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Seu voto foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski. Já na continuação do julgamento do RE 878694, o ministro Marco Aurélio apresentou voto-vista acompanhando a divergência aberta pelo ministro Dias Toffoli na sessão do último dia 30 março. Na ocasião, Toffoli negou provimento ao RE ao entender que o legislador não extrapolou os limites constitucionais ao incluir o companheiro na repartição da herança em situação diferenciada, e tampouco vê na medida um retrocesso em termos de proteção social. O ministro Lewandowski também votou nesse sentido na sessão de hoje. Para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese, válida para ambos os processos: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.” (fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>, Acesso em: 11 nov. 2017)

Constituição do Brasil, sendo a primeira Republicana do nosso País, inspirada no direito norte-americano²¹, reconheceu somente o casamento civil como entidade familiar, vez que tinha como aspiração separar o Estado do controle da Igreja.

Por consequência, apesar do formalismo da legislação, procurou-se impor o casamento civil a toda a população, elevando o casamento religioso como forma de concubinato. Entretanto, o costume suplantou a imposição legal, uma vez que, por tradição, as uniões prosseguiram no religioso, em virtude da negação ao casamento legal como padrão cogente e único.

A Constituição de 1934, por sua vez, consagrou um capítulo somente para a família, e a alusão à proteção especial do Estado foi mantida nas Constituições subsequentes.

Por seu turno, a Constituição Brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, apelidada de *Constituição Polaca*, por ser praticamente uma cópia da Carta Polonesa²², instituiu o casamento religioso com efeitos civis, norma que se conservou na Constituição de 1946, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial.

Em 1967, a nossa Lei Maior, tratou o casamento como sendo seu tema principal. O mesmo era indissolúvel e, se celebrado no religioso, poderia emanar efeitos civis. Por conseguinte, em 1973, o art. 57 e parágrafos da lei n. 6.015/73, alterada pela redação dada pela lei n. 6.216/75, consentiu a concubina utilizar o nome do companheiro, se convivessem em comum por, no mínimo, cinco anos, ou se tivessem filhos dessa união.

Todas as Constituições anteriores, exceto a de 1967, declararam que a família, formada através da união civil, era indissolúvel e recebia proteção estatal, o que ocasionou duas espécies de família: a legítima, assegurada na lei e baseada no casamento civil, com ampla guarida legal e estatal; e a ilegítima, cunhada à margem da lei e sem nenhuma prerrogativa ou proteção.

²¹ A Constituição do Brasil, de 1891 inspirou-se no direito estadunidense, tanto que alterou o nome do país para Estados Unidos do Brasil, tudo com inspiração do jurista Ruy Barbosa, profundo admirador do direito norte-americano.

²² Em 1937, Getúlio Vargas concretizou um golpe de Estado que iniciaria um período de ditadura de oito anos, que se estendeu até 1945: o Estado Novo. Curiosamente, essa ditadura estava prevista na Constituição, que legitimava os poderes absolutos do ditador, enquanto direitos humanos eram recorrentemente violados pelo aparelho repressor do Estado – a Polícia Especial. A Constituição de 1937, que recebeu apelido de *Polaca*, por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, era autoritária e concedia ao governo poderes praticamente ilimitados. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/constituicao-de-1937-a-polaca/>>. Acesso em: 11 dez. 2017)

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um novo modelo familiar, e, como resultado, desmantela o velho modelo de família estabelecido único e exclusivamente no casamento, que apresentava como fim a preservação do patrimônio do casal que, de acordo com Farias (2006, p. 9) incidia “[...] a custa da felicidade pessoal dos membros da família – a proteção da estrutura familiar se confundia com a tutela do próprio patrimônio”.

A nova interpretação do “direito das famílias”, amparada nos artigos 226 a 230 da nossa Constituição Cidadã, originou enormes mudanças sociológicas, culturais e econômicas a entidade familiar, assim como nos princípios deles decorrentes.

Em relação ao art. 226 da CF, que diz que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, assim se manifesta o Supremo Tribunal Federal:

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. (...) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar”

como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", (...). Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. [ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, *DJE* de 14-10-2011.] RE 687.432 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 18-9-2012, 1ª T, *DJEm* de 2-10-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>, Acesso em: 28 março 2017, grifo nosso).

Por tal razão, a família, atualmente, é considerada em seu sentido amplo, compreendendo tanto a união pelo casamento, como as demais entidades familiares:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, características do direito de família de corte liberal, não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada na nova Constituição (...). (LÔBO, 1989, p.71).

Vale ressaltar que as Constituições pátrias, anteriores à de 1988, regulavam, principalmente as questões alusivas à organização política do Estado, o que possibilitava uma dicotomia entre direito público e privado, e este último trazia como fundamento o Código Civil de 1916, repleto de princípios liberais patrimonialistas.

O Código supracitado era o normatizador do ordenamento jurídico da vida privada nacional. Daí com o advento da Constituição Federal de 1988 essa realidade foi alterada, vez que ela que passou a ser o cerne delineador de todo o sistema.

2.3.2 Códigos Civis Brasileiros

Por um período bem extenso, no Brasil, as uniões de fato tiveram predomínio, pois se apresentava de forma mais acentuada e com maior liberdade. Existia uma hegemonia da força cultural e do costume local sobre a influência do clero.

O Estado²³, por sua vez, não combatia tal situação porque era ausente e omissivo. A Igreja, em equivalência, formalmente condenava, mas não era capaz de controlar a desordem social que imperava. Assim, o Estado e Igreja eram quase uma instituição só, tanto que a praticamente a Igreja²⁴ é que registrava os nomes e batismos dos que aqui nasciam, até mais que o próprio Estado. Depois, houve uma divisão e o ente estatal começou produzir legislações para tratar da matéria.

Por conseguinte, o Código Civil de 1916 fora publicado, ainda sob a vigência da Constituição de 1891. Aquele regulava a família, que era constituída exclusivamente pelo matrimônio. Considerava-se família aquela formada no direito napoleônico: hierarquizada e matrimonializada.

²³ Para BARROSO (2011, p. 52), “pode-se definir Estado como sendo um agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sobre um governo independente.” Outra parcela da doutrina ainda acrescenta objetivo em comum, como elemento fundamental do Estado, como é o caso de SALVETTI NETO (1982, p. 42). REZEK (2010, p. 165), por sua vez, ainda acrescenta que, “sobre o território assim entendido, o Estado soberano tem jurisdição geral e exclusiva”. Importante lembrar que nação difere-se de Estado, por ser aquele um vínculo natural, existente entre os componentes de um determinado agrupamento humano. Desta forma, é perfeitamente possível que haja mais de uma nação em um Estado. Um Estado pode ter várias nações dentro de si, como no caso da Suíça, por exemplo, que possui um território exíguo e, comporta três idiomas oficiais.

²⁴ Registros Paroquiais da Igreja Católica informam possuem registros de batismo, casamento e óbito para as paróquias em todos os estados da Bahia, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Paraná, Paraíba, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Sergipe e São Paulo entre 1835-2012. Cada tipo de registro está ligado em registros separados. A maioria dos registros segue o mesmo formato, em anos anteriores, no entanto, os registros foram escritos em forma de narrativa e, posteriormente, nos registros formatados. Alguns dos registros mais antigos pode parecer ter algum dano físico, por isso alguns dados podem ter sido perdidos ou pode ser muito difícil de ler. No entanto, no geral, eles estão em boas condições para extrair informações genealógicas. Os registros da Igreja Católica começaram no Brasil com a chegada dos ministros de Portugal. Párocos realizavam os sacramentos do batismo e casamentos e outros santos sacramentos na paróquia sob sua jurisdição. Todos os registros originais paroquiais foram mantidos no arquivo paroquial e uma cópia duplicada foi enviado ao arquivo diocesano. Esses registros são uma fonte confiável para fazer a pesquisa genealógica em todo o Brasil. Os registros das paróquias da Igreja Católica são uma excelente fonte para a pesquisa genealógica no Brasil. Estes também podem ser os únicos registros disponíveis antes da implementação do registro civil em cerca de 1888. Disponível em: <[https://familysearch.org/wiki/pt/Brasil_-_Registros_Paroquiais_da_Igreja_Cat%C3%B3lica_\(Registros_Hist%C3%B3ricos_do_FamilySearch\)](https://familysearch.org/wiki/pt/Brasil_-_Registros_Paroquiais_da_Igreja_Cat%C3%B3lica_(Registros_Hist%C3%B3ricos_do_FamilySearch))>. Acesso em: 1 maio 2017.

Nesse seguimento, a família precisaria ser alicerçada na procriação, na formação de mão-de-obra, na obtenção e na comunicação de patrimônio; fonte de aprendizado individual, evidenciando a prioridade pelos valores tradicionais. Não havia o significado do instituto da família, mas sua legitimidade era condicionada ao casamento civil, sem qualquer alusão ao casamento religioso, como aduzia o artigo 229, do referido código: “Criado a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes deles nascidos ou concebidos”.

De tal modo, sob a ótica do Código Civil de 1916, o primeiro efeito jurídico do casamento era o de legitimar a família. Trazia ele, em seu bojo, uma precária e discriminatória visão do núcleo familiar, limitando a sua formação pelo meio da união matrimonial.

Não existia separação e tão pouco o divórcio. Qualquer relação duradoura entre homem e mulher, caso não tivesse sido constituída pelo vínculo formal alcançava total discriminação. Tinha diferenciação entre homem e mulher, e, filhos.

Havia a imagem do varão, que era o marido, o chefe da sociedade conjugal e a ele era adjudicada a obrigação de sustento da família, enquanto a esposa era tão-somente a sua colaboradora. Nas hipóteses de anulação do matrimônio, o supramencionado Código, no artigo 219, IV, trazia a permissão para a anulação do vínculo matrimonial se constatasse que a mulher não era virgem como se imaginava, reforçando a forte influência canonista sobre este.

Posteriormente, surgiu a Lei n. 4121 de 27 de agosto de 1962, intitulada *Estatuto da Mulher Casada*, que trouxera uma das mais expressivas alterações legislativas, haja vista que se instituiu à mulher casada a plena capacidade, concedendo-lhe o direito aos bens reservados, que a asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu labor. A partir daí, introduziu-se uma intenção legislativa de tratamento entre os cônjuges, mas, ainda eram sustentadas muitas prerrogativas em favor do cônjuge varão, em consequência da organização patriarcal familiar.

Embora o advento dessa lei assegurasse alguns direitos às mulheres, tais direitos eram apenas reservados às mulheres casadas segundo estabelecia a forma, já as demais não gozavam de tais privilégios.

Vários anos se passaram e somente em junho de 1977, sucedeu a Emenda Constitucional nº 9, a qual instituiu o divórcio, que aboliu com a ideia da sacralização da instituição familiar no ordenamento jurídico pátrio. Culminando posteriormente, na regulamentação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Ato contínuo adveio diversos regulamentos trazendo a tona uma sequência evolucionária legislativa pelo desmembramento dos novos parâmetros constitucionais que depois foram consagrados pela Constituição da República de 1988, garantindo vários direitos através das leis especiais que foram editadas subsequentemente.

Passado um longo período, duas ou mais décadas, após muitos entraves e discussões, no ano de 2001 foi aprovado o novo Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que está em vigor desde 11 de janeiro de 2003 que, por sua vez, incorporou inúmeras contribuições geradas pela Constituição de 1988, e pelas leis esparsas.

O Código Civil de 2002 confirma o que já havia sido instituído pela mencionada Lei do Divórcio e a atual Constituição, onde o casamento deixa de ser indissolúvel e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da secularização, da solidariedade, do afeto e da privacidade, deram maior autonomia e liberdade para os cônjuges romperem à sociedade conjugal.

2.3.3 Casamento

Nas lições de César Fiuza (2014, p. 1.165), família e casamento são instituições distintas. Se no passado a família se alicerçava no casamento, hoje a realidade aponta, quiçá, para outro norte.

Continua o doutrinador a dizer que família é família, e, baseada ou não no casamento, merece a mesma proteção legal. Citando Pontes de Miranda, o doutrinador menciona que:

Lato sensu, família é a reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes. *Stricto sensu*, família é a reunião de pais, mãe e filhos, ou apenas de um dos pais com seus filhos. (FIUZA, 2014, p. 1.168)

César Fiuza (2014, p. 1.168), logo após, adverte que, mesmo não havendo filhos, a união de duas pessoas forma uma família, principalmente se levarmos em conta o Direito das Sucessões, dentre outros fatores psíquicos e socioeconômicos.

Por seu turno, Maria Berenice Dias (2015, p. 146) atenta-nos para o fato de que o livro do Código Civil que trata do direito das famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Continua ela a dizer que:

Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Não identifica sequer o sexo dos nubentes. Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorram da dissolução do vínculo conjugal. (...) Mas quem melhor define a família é a Lei Maria da Penha (L. 11.340/06: relação íntima de afeto (LMP 5º. III). Bom seria que essa definição servisse também para definir o casamento. (DIAS, 2015, p. 146-147)

Afirma, ainda, Maria Berenice Dias (2015, p. 147) que a exacerbada sacralização do casamento faz parecer que seja essa a única forma de constituir a família. Mas é a família, e não o casamento, que a Constituição chama de base da sociedade, merecedora da especial atenção do Estado²⁵.

Conclui Dias (2015, p. 147) dizendo que, nas palavras de Gustavo Tependino, a família é nitidamente instrumental: comunidade intermediária, com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel, a um só tempo dever e justificativa axiológica.

Só em caráter secundário toda a gama de deveres dos cônjuges é atribuída à sociedade. A participação do Estado é invocada de forma supletiva ou residual (CF 227 e 230): É dever da família, da sociedade e do Estado. (DIAS, 2015, p. 147)

Quanto à sua natureza jurídica, prevalece a concepção de que casamento é um contrato especial de direito de família, apesar de que alguns o considerem uma instituição social. De toda forma, a questão é um tanto quanto discutida pela doutrina. Consoante Maria Berenice Dias (2015, p. 149):

²⁵ Para COELHO JÚNIOR, Fernando Gonçalves (2009, p. 1) os Estados são os principais sujeitos da Sociedade Internacional, pois constituem sujeitos originários de Direito Internacional. Eles são criadores e destinatários das normas (...). Não se confunde com o conceito de *nação*, que é um conjunto de pessoas unidas por um laço em comum: mesmos costumes, tradições, mesma etnia, língua, religião etc. não há, neste caso, uma autoridade estabelecida.

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. O primeiro questionamento que surge é se o casamento – considerado o ato mais solene do direito brasileiro – é um instituto de direito público ou de direito privado. Mas as dúvidas não terminam aí. As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejam o surgimento de três correntes: (a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e (c) a eclética vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo.

Criticando a polêmica ligada à natureza jurídica do casamento, Dias (2015, p. 149) conclui que a discussão, ainda que tradicional, se revela estéril e inútil. As pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos “efeitos do casamento”, que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges.

2.3.3.1 Conceito

Casamento pode ser conceituado como o vínculo jurídico entre duas pessoas naturais que se unem material, e espiritualmente, para constituírem uma família.

O Código Civil nos diz que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511).

O casamento compõe figura própria à família. Segundo Maria Berenice Dias (2006, p.38) “é mais ou menos intuitivo identificar família com a noção de casamento, ou seja, pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio”. Assim, a família e o casamento foram às únicas entidades cunhadas pelo ser humano que aguentaram, de maneira contínua e indefectível, o curso inabalável da humanidade.

No direito romano o alicerce da família natural era o casamento, que era fixado como “a convivência do homem e da mulher com a intenção de ser esposo e esposa, de ter filhos e construir uma sociedade íntima e perpetua” (FRANCISCI, *apud* LEITE, 1991, p. 57).

Já o casamento no Brasil colonial caracterizou-se pelas influências lusitanas, uma vez que fomos colonizados por Portugal, veja:

Portugal adotava as formalidades do casamento romano cristão e introduziu, nos costumes brasileiros, as mesmas solenidades. (...) durante

séculos a igreja dominou os direitos sobre a instituição do casamento (...) a cerimônia do casamento era eminentemente religiosa e obedecia as disposições do Concílio de Trento e também a Constituição do Arcebispo da Bahia, que continuaram a produzir efeitos até mesmo com o advento da proclamação da independência do Brasil. (PEDRONI, 2005, p. 30).

No Brasil imperial, o casamento continuou sendo totalmente influenciado pelas forças da igreja conforme observa Cahali (2005, p. 38):

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob a influência direta e incisiva da igreja, em matéria de casamento. (...) O casamento na sua origem, formação e constituição sobrepairava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da igreja e apenas lhes marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal. No Brasil Império o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se com o Decreto n. 1.444 de 11/09/1861 (com seu regulamento 3.069 de 17/04/1863), que regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião.

No decorrer de toda a era imperial procurou-se secularizar o casamento, porém apenas com o início da República que o aludido instituto perdeu o caráter confessional e deixou de ser gerido pelas regras do direito canônico. Contudo, é válido ressaltar que não foi a religião que instituiu a família, esta é o produto da evolução humana, todavia foi a Igreja que lhe atribuiu as regras, contornos legais e a forma jurídica. É sabido que a influência da Igreja foi enorme em matéria familiar, especialmente quando se versa sobre casamento.

Nesse diapasão, os fatores econômicos e sociais dos séculos XV e XVI criaram situações para a abertura da Reforma religiosa e a extraordinária aceleração de sua propagação. As consequências desta consistiram na separação definitiva do mundo espiritual, as conjecturas do Estado e da igreja, o civil do eclesiástico, que por sua vez determinou a normatização do casamento pelas leis do Estado e contraído perante a autoridade que o representa, surgindo, assim, o casamento civil.

No Brasil eram reverenciadas as regras do Concílio de Trento no período da Colônia e do Império, entretanto com o advento da Independência do Brasil, tornou-se imprescindível uma legislação própria. (LEITE, 1991, p. 370). Tal fato se deu através do Decreto nº 181, de autoria de Ruy Barbosa, e promulgado no dia 24 de janeiro de 1890, na qual se materializara a noção *semi-laica*, instituindo que só o casamento civil continha valor.

Tal decreto ocasionou efervescência entre os católicos, sobretudo nos meios rurais, pois em face do regulamento, o casamento religioso, apenas, passou a acarretar concubinato. Conforme preceitua Leite (1991, p. 370), “O casamento, que era um sacramento, passa a ser encarado como um contrato, que depende do Estado, sendo reconhecido a ele o poder para legislar sobre o casamento”.

Enquanto em 1890 o governo provisório, através do Decreto n. 521, determinou a soberania do casamento civil, dispondo que a solenidade civil sempre antecederesse aos rituais religiosos vindas de qualquer culto. Tais disposições foram derogadas pela Constituição de 1891, que acolhia "Nenhum culto ou Igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança, com o governo da União ou dos Estados".

Com o advento da Constituição de 1934, foi ratificado o casamento civil e a gratuidade de sua celebração, admitindo que o casamento religioso gerasse os mesmos efeitos que o civil, desde que diante de ministro de alguma confissão religiosa, cujo rito, forma e habilitação dos contraentes não contestassem a ordem pública ou os bons costumes; sendo ressaltados os impedimentos e o processo da oposição e fosse inscrito no Registro Civil. A Carta de 1937 (a famigerada “Constituição Polaca”, como explicado em momento anterior, por ser praticamente igual à Lei Maior da Polônia) não acolheu essa norma. Ela ateve-se a ordenar a indissolubilidade do casamento, assentando a família sob a proteção do Estado.

Em 1946, a Constituição pátria conheceu efeitos civis ao casamento religioso, devidamente inscrito no registro público, a requerimento do casal, através de prévia habilitação ante a autoridade competente. Ficando a cargo da Lei nº 1.110 de 1950, a regulamentação do reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, definindo a respeito da habilitação prévia e posterior dos nubentes, ambas cabíveis para o registro do casamento religioso. Vale lembrar que hoje tal matéria continua praticamente inalterada.

A Constituição de 1967, e a Emenda à Constituição nº 1, de 1969, conservaram o preceito. Enquanto a Constituição Federal de 1988 limitou-se a definir os efeitos civis do casamento religioso, nos termos da lei, repetindo ser civil e gratuita a sua celebração.

Ainda com todo apelo religioso em ser instituída a relação conjugal por interposição do matrimônio ou do casamento religioso com efeito civil, ou até mesmo, pela segurança jurídica do casamento civil, diversos são os casais que procuram nas livres uniões uma maneira deformarem suas famílias, principalmente depois do *status* constitucional protetivo trazido no artigo 226 § 3º da nossa Constituição: “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”.

No mesmo sentido, Deocleciano Torrieri Guimarães discorre o seguinte sobre o conceito do casamento: “matrimônio; união entre homem e mulher, lícita e permanente.” (GUIMARÃES, 2007, p.153)

Corroborando o conceito acima, Cristiano Sobral continua afirmando que “casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família. Trata-se de uma entidade familiar com proteção e *status* constitucional (art. 226 da CF).” (SOBRAL, 2015, p. 290)

Ademais, o próprio Código Civil em vigor versa o seguinte: Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (BRASIL, 2017)

O referido instituto vem se alterando conforme a mentalidade social, o que traz dificuldades à doutrina para trazer-lhe uma precisa conceituação. Nessa toada, para César Fiuza (20014, p. 1.166), casamento é a união estável e formal entre duas pessoas naturais, com objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo família.

Sobre o casamento, continua o exímio civilista a lecionar que o mesmo é estável, diferenciando-se de simples namoro ou noivado, situações que não vinculam o casal. É formal, com rito de celebração prescrito em lei, diferenciando-se da união estável, que é união livre, embora também receba tratamento legal. (FIUZA, 20014, p. 1.166)

Para Maria Berenice Dias, o casamento é: “o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina, a relação matrimonial. O sentido da

relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou de comunhão de afetos". (DIAS, 2009, p.141)

Todavia, sabemos todos que a sociedade não é estática, não é imóvel. Ao contrário, é de um dinamismo pulsante! As relações humanas são múltiplas, e o mesmo ocorre com as formas de amor.

Atualmente, no Brasil, a união estável já é aceita para os casais homoafetivos, e mesmo o casamento entre eles já é tratado com ampla normalidade, visando para garantir a segurança jurídica dos mesmos, e levando-se em conta a dignidade da pessoa humana, conforme exposto alhures^{26 27}.

Destarte, em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, por unanimidade, a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar.²⁸

Da mesma forma, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou Resolução que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento em razão de divergências de interpretação sobre o tema até aquele momento. Nesse interim,

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 612/2011 estabelece que a lei seja alterada para estabelecer como família "a união estável entre duas pessoas". Atualmente, o Código Civil reconhece como casamento a união estável apenas entre o homem e a mulher, "configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".²⁹

²⁶ O Supremo Tribunal Federal - STF já enfrentou tal questão, também, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 132-RJ, e pela ADI n. 4.277-DF, ambas em maio de 2011, ocasião em que admitiu a possibilidade do casamento homoafetivo, enaltecendo-se o pluralismo como valor sócio-político-cultural em nosso ordenamento.

²⁷ Na Justificativa do PLS - 470/2013, o Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, ao julgar a ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição Federal garantiu aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres da união estável, entendida como sinônimo de família. A histórica decisão, ao atribuir efeitos pessoais e familiares às relações entre pessoas do mesmo sexo, referendou a jurisprudência que, há uma década, vinha preenchendo o vazio da legislação infraconstitucional. Fonte: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>, acesso em: 02 set. 2017.

²⁸ Outrossim, da mesma forma, em 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal e Justiça decidiu pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os fundamentos estão no REsp 1.183.378 / RS.

²⁹ Fonte: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/03/08/internas_polbraeco,579242/ccj-aprova-projeto-de-lei-que-reconhece-casamento-homoafetivo.shtml>. Acesso em: 02 maio 2017.

“Talvez por isso a conceituação de casamento seja tema sujeito a diversos elementos, não possuindo universalidade na sua disciplinação.” (JEMOLO, 1954, sp). Fatores sociais e religiosos, épocas e regiões diferentes semearam terrenos férteis a revelar, ao longo da história, as premissas diversas que orientaram sociólogos, religiosos e juristas na tentativa de formular uma definição universal de família conjugal.

Os elementos caracterizadores do casamento diferem nos planos histórico e regional, ora incidindo sobre a forma, ora sobre o conteúdo, sobre a capacidade ou a autonomia de vontade, refletindo por vezes concepções puramente morais ou filosóficas, e, em outras disciplinações, exclusivamente jurídica. Assim, os conceitos trazem elementos como a diversidade de sexo, a formalidade da celebração, a geração de prole e os deveres paternos para com ela, o auxílio mútuo, a natureza do ato constitutivo, o consentimento dos nubentes, a legitimação da satisfação sexual, ou elevam o casamento à categoria de instrumento de salvação espiritual.

Não existe um significado que possa atender a todos os regimes jurídicos, pois a evolução histórica e social do casamento gerou novos subsídios que transformaram e transformam o teor e a composição conjugal.

2.3.3.2 Capacidade

Capacidade pode ser definida como aptidão que tem uma pessoa para exercer seus direitos, como sujeito ativo ou passivo, ou de contrair, por si, ou por outrem, obrigações. Nesse sentido, a capacidade de direito é inerente ao ser humano, embora às vezes seu titular esteja impedido de exercer seus direitos em virtude de restrições físicas, mentais e incapacidades que a lei elenca. (GUIMARÃES, 2007, p. 144)

Ligada, então, à ideia de personalidade está a capacidade. Capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações. (FIUZA, 2014, p. 157)

Essa aptidão pode ser mero potencial ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de Direito, também conhecida de capacidade jurídica, legal ou

civil. Se for poder efetivo, teremos a capacidade de fato, também chamada de capacidade geral ou plena. (FIUZA, 2014, p. 157)

César Fiuza (2014, p. 157-158) diferencia *capacidade de Direito* e *capacidade de fato*:

Capacidade de Direito é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil. Assim como todo bloco de mármore tem em si o potencial para se tornar estátua, da mesma forma toda pessoa tem o potencial para exercer a vida civil. Mas que seria exercer atos da vida civil? Seria celebrar contratos, casar-se, agir em juízo, votar, ser votado, enfim, praticar todos os atos do dia a dia em geral. Concluindo, podemos dizer que o recém-nascido possui a capacidade de Direito, e também o deficiente mental, ou pessoa esclerosada. Todos, sem exceção, a possuímos.

Bem, se todos possuímos capacidade de Direito, isso não quer dizer que todos possamos, de fato, exercer atos da vida civil. É evidente que o recém-nascido, o deficiente mental ou a pessoa esclerosada não podem. Desse modo, vemos que, além da capacidade de Direito, ou seja, desse mero potencial, é necessário para o exercício da vida civil poder efetivo, real, que nos é dado pela capacidade de fato.

Podemos dizer, portanto, que capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacidade para a prática plena de atos da vida civil.

Em relação à capacidade de fato, podemos classificar as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

O Código Civil é claro ao afirmar, em seu art. 1º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Posteriormente, o referido diploma civil, em seu art. 3º, dita que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. Tal critério não foi dado em 2002, quando do surgimento do Código Civil, mas teve sua redação dada pela Lei no. 13.146, de 2015.

Com essa alteração, ficou determinado no art. 4º do CC, que são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos.

A capacidade dos indígenas, por seu turno, será regulada por legislação especial.

Perceba-se que os idosos não estão elencados como incapazes, sendo uma incoerência o cerceamento de qualquer de seus atos de vontade. De certa forma, impor determinado regime de casamento aos septuagenários é, praticamente,

considerá-los verdadeiros pródigos, independentemente de sua condição física, mental ou emocional.

No Brasil, a maioridade inicia-se aos 18 anos de idade, de acordo com o art. 5º do Código Civil, onde se lê que: a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Assim, a partir de então, os indivíduos podem casar-se.

No entanto, a partir dos 16 anos, também já é permitido casar-se (CC, art. 1.517). Dessa maneira, essa idade é denominada *idade núbil*, ou seja, idade a partir da qual a pessoa pode contrair matrimônio. Vejamos:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.
Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Por sua vez, o art. 1.631 estabelece o seguinte:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurando a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

É importante alertar para a diferença entre a incapacidade, e o impedimento: a incapacidade está ligada à inaptidão da pessoa para casar-se com qualquer outra. Isso ocorre, por exemplo, com os absolutamente incapazes (arts. 1.517 a 1.520 do CC). O impedimento, por sua vez, vincula-se à falta de legitimação, como no caso que envolva parentesco, e algumas situações de ascendência e descendências, por exemplo. *In casu*, os impedidos são capazes, porém não possuem legitimidade para casar com os parentes próximos, dentre outras situações, nos termos do art. 1.521 do Código Civil, senão vejamos:

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 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.

Acerca dos impedimentos matrimoniais, César Fiuza (2014, p. 1.172) os mesmos são causas que tornam o casamento impossível para ambos ou um só dos noivos.

O autor divide os impedimentos em duas categorias, senão vejamos:

A primeira categoria congrega os chamados impedimentos dirimentes. Por que dirimentes? Porque impedem a realização do casamento e, se por acaso ele ocorrer, torna-o inválido, pondo-lhe fim. Os impedimentos dirimentes podem ser públicos ou privados

A segunda categoria é a dos impedimentos meramente impedientes. Impedientes porque impedem a realização do casamento; mas se ele por acaso ocorrer, será válido, sofrendo sanção indireta (...).

O Código Civil denomina estes impedimentos impedientes de causas suspensivas do casamento, uma vez que apenas suspendem a capacidade nupcial. Cessado o impedimento, o casal poderá convolar núpcias normalmente. (FIUZA, 2014, p. 1.172)

2.3.3.3 Regime de bens

Os efeitos produzidos pela união matrimonial são numerosos e complexos. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 419), eles irradiam-se os seus múltiplos efeitos e consequências no ambiente social, especialmente nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, e entre estes e seus filhos, gerando direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas.

Ainda de acordo com Gonçalves (2010, p. 420), regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2015, p. 298),

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento. Ou seja, não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial. Quando não há imposição legal do regime da separação, abstendo-se os noivos de eleger um regime de bens, o Estado faz a opção pelo regime da comunhão parcial. Se os nubentes não escolhem, há uma “escolha” da lei pelo regime legal. A

mesma postura supletiva ocorre na união estável. Se nada deliberam os conviventes via contrato escrito, o regime é o da comunhão parcial (CC, 1.725)

Aos noivos basta pronunciar o “sim” na solenidade do matrimônio. Essa afirmativa, além de significar mútua aceitação do casal, faz incidir um sem-número de regras. A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial durante sua vigência e, principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou morte de um dos consortes.

Segundo Orlando Gomes (1968, p. 161), regime patrimonial de bens é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges.

O regime de bens é o conjunto de regras que os noivos devem escolher antes da celebração do casamento, para definir juridicamente como os bens do casal serão administrados durante o casamento.³⁰

Abordando os aspectos gerais dos regimes de bens, Wânia Triginelli (2010, p. 348) assim se manifesta:

O casamento traz em princípio uma comunidade de vida na sociedade conjugal. O objetivo dos bens materiais é a satisfação das necessidades do casal e dos filhos. Contudo, é indispensável um ordenamento que regule as relações patrimoniais.

No sistema jurídico brasileiro, os cônjuges optam por um dos vários sistemas, ou uma conjunção dos diversos sistemas, como acontece quando os nubentes separam um ou mais bens que irão se comunicar, apesar de estabelecerem que serão regidos pelo regime de separação absoluta de bens. A opção por um sistema ou a inserção da relação patrimonial no regime legal, tem-se o que são denominados regimes de bens, que representam um verdadeiro estatuto do patrimônio das pessoas casadas.

Nesse estatuto disciplinam-se a propriedade, a administração, o uso e a disponibilidade dos bens; a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e de que forma serão partilhados tais bens quando da dissolução da sociedade conjugal.

No Brasil, possuímos quatro regimes de bens no casamento, quais sejam: o regime da comunhão parcial de bens, o regime da comunhão universal, o regime da separação de bens, e o regime da comunhão final dos aquestos. Este, inclusive, não era mencionado no Código Civil de 1916. O referido *codex* incluía, na sua época, o regime dotal, que se inseria no contexto da separação de bens, não foi recepcionado pelo Código Civil de 2002.

³⁰ REGIME de bens. Disponível em: <<https://www.casamentocivil.com.br/regime-de-bens/o-que-e-regime-de-bens>>. Acesso em: 19 set. 2017.

Quanto à eleição do regime a ser adotado pelo casal, Fiuza (2014, p. 1.181) nos diz, com precisão, que:

A regra é a livre escolha pelos nubentes por que se pautará o casamento. Todavia, na falta de estipulação de sua parte, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, para que possam os noivos escolher regime diverso da comunhão parcial, ou seja, qualquer um dos outros três, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial. O pacto antenupcial é acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos quatro regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. Será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal de bens, da separação de bens e da participação final nos aquestos. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no Registro Imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí a ter validade contra terceiros.

Em relação à alteração do regime de bens, continua Fiuza (2014, p. 1.181) a explicar com acuidade:

A escolha do regime de bens era imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que visasse alterá-lo, subordinando-o a condição ou a termo. No sistema do Código atual, é possível a mudança do regime de bens, desde que cumpridas algumas exigências: a alteração deverá ser autorizada pelo Juiz, mediante pedido de ambos os cônjuges, e que fiquem explicitados os motivos para tanto. As razões invocadas pelos cônjuges devem ser razoáveis e não podem prejudicar direitos de terceiros. Entendo continuar sendo impossível que o regime de bens seja subordinado a termo ou a condição no pacto antenupcial. Em outras palavras, continua sendo inválida a cláusula do pacto pré-nupcial que previr a alteração do regime de bens após o decurso de certo prazo ou após o implemento de certa condição.

Nesse norte, na lição de Gonçalves (2010, p. 422):

O Código Civil de 1916 estabelecia a irrevogabilidade ou inalterabilidade do regime de bens entre os cônjuges, que devia perdurar assim enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Antes da celebração poderiam os nubentes modificar o pacto antenupcial, para alterar o regime de bens. Celebrado, porém, o casamento, ele tornava-se *imutável*. Mesmo nos casos de reconciliação de casais separados judicialmente, o restabelecimento da sociedade conjugal dá-se, até hoje, no mesmo regime de bens em que havia esta sido restabelecida. Se o casal se divorciar, poderá casar-se novamente, sob regime diverso do anterior. No sistema do Código de 1916 a imutabilidade do regime de bens era, portanto, absoluta. A única exceção constava da Lei de Introdução ao Código Civil³¹, que estabeleceu em favor do estrangeiro casado, a quem

³¹ A Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, Decreto-Lei 4657, de 1942, foi renomeada, passando-se a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. A nova (e adequada) redação foi dada pela Lei 12.376, de 2010.

ficou facultado, com a anuência do outro cônjuge, no ato de se naturalizar brasileiro³², optar pelo regime da comunhão parcial, que é o regime legal entre nós, respeitados os direitos de terceiros (LICC, art. 7º., § 5º). (...) O Código Civil de 2002, destarte, inovou, substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime pelo da mutabilidade motivada, ou justificada. A inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais (...).

Em síntese, no antigo *Codex*, a mutabilidade do regime optado inicialmente pelo casal era imutável. Todavia, hodiernamente, com o advento do Código Civil de 2002, isso é perfeitamente possível, desde que atendidas as exigências legais.

2.3.3.3.1 Do regime de comunhão parcial

A comunhão parcial de bens compreende, em princípio, três patrimônios distintos: um só de um dos cônjuges, outro só do outro cônjuge, e um terceiro de ambos. (FIUZA, 2014, p. 1.182).

Continua o mestre civilista:

Pode-se dizer, em síntese, que o patrimônio particular de cada um dos cônjuges se constitui daqueles bens havidos pelo esforço individual. Exemplo seriam as heranças e doações. Do patrimônio comum fazem parte todos os bens havidos pelo esforço comum do casal, bem como as heranças e doações destinadas aos dois.

Pelo sistema do Código, a interpretação deve ser a de que se presumem fruto do esforço comum os bens adquiridos, a título oneroso, durante o casamento, assim como se presumem fruto do esforço individual os bens adquiridos antes do casamento. (*idem*, p. 1.182)

Comungando tal raciocínio, Triginelli (2010, p. 350), assim se manifesta:

O regime da comunhão parcial de bens é considerado o regime oficial ou legal. Presume-se adotado na ausência de pacto antenupcial. É também o regime de bens que advém da ineficácia ou nulidade do pacto antenupcial.

Através de tal regime, tem-se que os bens adquiridos na constância do casamento consideram-se comuns por serem o resultado, ou o fruto da colaboração que se forma entre os cônjuges.

(...) O referido regime de bens é o regime de maior incidência, pois a maioria dos casamentos é celebrada sem o pacto que visa eleger outro

³² A LINDB assim se manifesta: Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (...) § 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.

regime. Além do que, com a adoção deste regime, realiza-se a distribuição do patrimônio, respeitando o espírito e a finalidade própria do casamento: os bens adquiridos na constância do casamento consideram-se comuns por serem o resultado, ou os frutos da colaboração e ligação que se forma entre marido e mulher, contribuindo para a preservação e valorização das relações familiares, como núcleo de experiências e vivências afetivas e sociais.

Para Santiago Dantas (1991, p. 282):

O estudo do regime de comunhão parcial compreende, no direito civil brasileiro, aquilo que outras legislações chamam de comunhão dos adquiridos ou dos aquestos. Comunhão dos aquestos, dizem os juristas franceses. A comunhão dos aquestos é caracterizada por três massas de bens: a massa de bens comuns, a respeito do qual os cônjuges se partem como comunistas; a massa dos bens particulares do marido; e a massa dos bens particulares da mulher.

O Código Civil vigente, em seu art. 1.658 diz que no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

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.

Vale salientar que no regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior (art. 1.162 do CC).

Fiuza (2014, p. 1.183) adverte que, outra regra importante é que é necessária a anuência de ambos os cônjuges para a cessão gratuita do uso ou gozo dos bens

comuns. Assim, para dar um imóvel comum em comodato, qualquer um dos cônjuges precisa da vênia do outro.

Continua o civilista (2014, p. 1.183) a ensinar que a administração do patrimônio comum compete aos dois, em regime de solidariedade. Havendo malversação, o juiz poderá atribuir a administração a só um dos consortes.

2.3.3.3.2 Do regime de comunhão universal

No regime de comunhão universal de bens, os mesmos forma uma unicidade de bens, ou seja, um único conjunto, um único montante, um único patrimônio já que o acervo patrimonial dos cônjuges.

Nesse caso, comporão uma única universalidade patrimonial a ser dividida igualmente entre os cônjuges, a título de meação, quando do término do casamento.

Nesse norte, César Fiuza (2014, p. 1.183) é certo ao afirmar que, no respectivo regime, há, em princípio, um só patrimônio. Tudo o que pertence a um pertence também ao outro.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 462) nos diz que:

Regime da comunhão universal é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (CC, art. 1.667). Por tratar-se de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial.

Acrescenta Gonçalves (2010, p. 463):

O regime da comunhão universal constitui entre nós, por longo tempo, desde as Ordenações Filipinas, o regime legal ou comum, tendo-se arraigado aos costumes brasileiros nos primeiros tempos, por outro regime. No sistema desse Código, a falta de estipulação antenupcial levava a que vigorasse a comunhão universal, presumindo-se ter sido escolhida tacitamente pelos nubentes, salvo nas hipóteses de separação obrigatória. A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26-12-1977) substituiu o aludido regime legal pelo da comunhão parcial, preferido nos países europeus, sistema este mantido no Código Civil de 2002.

O Código Civil vigente, em seu art. 1.667, assim se manifesta a respeito do regime de comunhão universal: 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.

Por óbvio, o artigo 1.668 nos apresenta as respectivas exceções:

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. 1.659³³.

Insta realçar que o Superior Tribunal de Justiça, nos dizeres de Gonçalves (2010, p. 463) tem decidido que “integram a comunhão as verbas indenizatórias trabalhistas correspondentes a direitos adquiridos durante o matrimônio sob o regime da comunhão universal”³⁴.

2.3.3.3.3 Do regime de separação de bens

Nessa espécie de regime de bens, existem duas massas patrimoniais: os bens de um cônjuge, e os bens do outro cônjuge. Tais bens podem ter sido adquiridos antes do casamento, ou durante o mesmo. Porém, havendo o fim da relação, não haverá nada para dividir, pois cada um ficará com os seus respectivos bens.

No regime da separação absoluta, consoante Fábio Ulhôa Coelho (2012, p.195-196):

Nenhum dos bens anteriores ou posteriores ao casamento se comunicam. A administração e a livre estipulação dos bens, assim como a sua disposição, é titulada exclusivamente ao cônjuge a quem pertence, que prescinde da anuência do outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada

³³ 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.

³⁴ STJ, REsp 878.516-SC, 4ª. T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5-8-2008. No mesmo sentido: EREsp 421.801-RS, 2ª. Seção; REsp 335.581-PR, 3ª. T., rel. Min. Nancy Andrichi.

cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal.

Sobre o regime de separação de bens, Fiuza (2014, p. 1.184), corroborando o raciocínio acima, ensina que, nele, cada cônjuge terá seu patrimônio separado.

De acordo com o doutrinador acima mencionado (2014, p. 1.184), o regime de separação de bens poderá ser convencional (também chamada de total ou absoluta), quando objeto de livre deliberação entre os nubentes. Poderá, ainda, a separação ser legal ou necessária, quando imposta por lei.

Em seu art. 1.641, o Código Civil pátrio elenca as situações obrigatórias de aplicação do regime da separação de bens no casamento. Vejamos:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70³⁵ (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

César Fiuza (2014, p. 1.184) leciona que o homem e a mulher maiores de 70 anos também só se podem casar pelo regime de separação de bens. Por fim, o casamento dos menores sob tutela ou daqueles que dependam de autorização judicial para contrair núpcias será contraído pelo regime de separação de bens.

Criticando o posicionamento do Código Civil vigente, Fiuza (2014, p. 1.184), de forma brilhante, instrui que:

A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada. (destacamos)

Em idêntica posição nos colocamos, tendo em mira os avanços tecnológicos, especialmente na esfera da medicina, e da farmacologia, que tornam possíveis uma

³⁵ Inicialmente, o Código Civil de 2002 determinava a idade de 60 (sessenta) anos.

vida plena de saúde física, e mental, a adultos com idade igual, ou maior, que 70 anos.

Além disso, com os diversos avanços sociais, tratar os septuagenários como sujeitos quase incapazes é de um retrocesso legal indizível, chegando a dar entendimento que os mesmos possuem algum grau menor de desenvolvimento mental, ou psicológico, o que, de forma alguma, corresponde com a realidade contemporânea. Ou seja, percebemos avanços em diversas áreas, mas um retrocesso legal evidente.

Vale, aqui, mencionar interessante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁶, de dezembro de 2016. Na ocasião, sua Quarta Turma definiu que “a separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável”:

O regime de separação de bens deixa de ser obrigatório no casamento de idosos se o casal já vivia um relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, segundo decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse caso, de acordo com o entendimento dos ministros, não há necessidade de proteger o idoso de “relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico”, interpretação que “melhor compatibiliza” com o sentido da Constituição Federal, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

A decisão colegiada foi tomada no julgamento de processo que envolvia um casal que viveu em união estável por 15 anos, até 1999, quando se casaram pelo regime de comunhão total de bens. Na época do matrimônio, o marido tinha 61 anos e filhos de outro relacionamento.

Anulação

Após o falecimento do pai, um dos filhos do primeiro relacionamento foi à Justiça para anular o regime de comunhão universal, sob a alegação de que o artigo 258 do Código Civil de 1916, vigente à época, obrigava o regime de separação total de bens quando o casamento envolvesse noivo maior de 60 ou noiva maior de 50 anos.

A relatora do caso no STJ, Ministra Isabel Gallotti, ressaltou no voto que essa restrição também foi incluída no artigo 1.641 do atual Código Civil para nubentes de ambos os sexos maiores de 60 anos, posteriormente alterada para alcançar apenas os maiores de 70 anos.

³⁶ SEPARAÇÃO de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. 12/12/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em 17 dez. 2017.

“Como sabido, a intenção do legislador foi proteger idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico”, disse a ministra, ao ressaltar que, no caso em julgamento, o casal já vivia em união estável por 15 anos, “não havendo que se falar, portanto, na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos havidos de última hora por interesse exclusivamente econômico.”

Incoerência

Isabel Gallotti destacou ainda que aceitar os argumentos do recurso acarretaria “incoerência jurídica”. Isso porque, durante a união estável, o regime era o de comunhão parcial.

Ao optar pelo casamento, “não faria sentido impor regime mais gravoso”, ou seja, o da separação, “sob pena de estimular a permanência na relação informal e penalizar aqueles que buscassem maior reconhecimento e proteção por parte do Estado, impossibilitando a oficialização do matrimônio”.

A relatora ressaltou que a lei ordinária deve merecer interpretação compatível com a Constituição. “No caso, decidir de modo diverso contrariaria o sentido da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º, a qual privilegia, incentiva e, principalmente, facilita a conversão da união estável em casamento”, concluiu. (De acordo com o STJ, o número deste processo não foi divulgado em razão de segredo judicial).

A separação de bens é um regime estabelecido mediante manifestação expressa, ou seja, tal regime de bens não é regra no ordenamento jurídico. Na instrução de Pablo Stolze (2012, p. 371-372):

Em campo diametralmente oposto ao da comunhão universal de bens, com tal regime, os cônjuges pretendem, por meio da vontade manifestada no pacto antenupcial, resguardar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, anterior ou posterior ao patrimônio (...). Trata-se de regime que exige expressa manifestação das partes (...).

Estipulado o regime de separação de bens, cada cônjuge mantém o seu patrimônio próprio, compreensivo dos bens anteriores e posteriores ao casamento, podendo, como visto, livremente aliená-los, administrá-los ou gravá-los de ônus real. (STOLZE, 2012, p.372)

Nesse sentido, arremata César Fiuza (2014, p. 1.184):

A separação de bens obrigatória é chamada de separação legal de bens. Nos casos em que ocorre, poderá faltar o pacto antenupcial, principalmente se for automática, como quando imposta como pena pela infração de impedimento impediante. Nessas hipóteses, aplica-se a Súmula 377 do

Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

2.3.3.3.4 Do regime de participação final nos aquestos

Na participação final nos aquestos há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, porém se tornam comuns no momento da sua dissolução. (SOBRAL, 2015, p. 302)

Durante o casamento, como ocorre na separação de bens, cada um dos cônjuges goza de liberdade total na administração e na disposição dos seus bens, mas, ao mesmo tempo, associa cada cônjuge aos ganhos do outro, valor este a ser levantado na dissolução da sociedade conjugal, quando ressurge a ideia da comunhão. (SOBRAL, 2015, p. 302)

É o regime pelo qual cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhe, à época da dissolução da sociedade conjugal, metade do patrimônio adquirido, a título oneroso, na constância do casamento. (FIUZA, 2014, p. 1.184)

Pode-se afirmar, portanto, que aquesto é todo bem adquirido, a título oneroso, na constância do matrimônio. (FIUZA, 2014, p. 1.184)

Explica Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 470) que:

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após, a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

É, na realidade, um regime de separação de bens, enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, integrado pelos que possuía ao casar e pelos que adquirir a qualquer título na constância do casamento, podendo livremente dispor dos móveis e dependendo da autorização do outro para os imóveis (CC, art. 1.673, parágrafo único). Somente após a dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens de cada cônjuge, cabendo a cada um deles – ou a seus herdeiros, em caso de morte, como dispõe o art. 1.685 – a metade dos adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Ainda segundo ele:

Embora o regime em apreço constitua entre nós inovação apresentada pelo Código Civil de 2002, é ele previsto em vários países como Alemanha,

França, Espanha, Portugal, Argentina e os escandinavos, representando mais uma opção deixada à escolha dos nubentes, embora com denominações diferentes. É considerado ideal para as pessoas que exercem atividades empresárias, pela liberdade que confere aos cônjuges, o seu patrimônio próprio, sem afastar a participação nos aquestos por ocasião da dissolução da aludida sociedade.

Em caso de separação judicial ou divórcio, “verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência” (CC, art. 1.683). Observe-se que a apuração do acervo partilhável será feita levando-se em conta a data em que cessou a *convivência*, e não a da decretação ou homologação judicial (GONÇALVES, 2010, p. 470)

Na apuração dos aquestos, nos termos do art. 1.674 do Código Civil, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, 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 parágrafo único do mencionado artigo determina que, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

2.3.3.3.5 Do Regime de bens no direito estrangeiro

Como todo país é Estado é soberano, cada um deles exerce a mesma adotando sua legislação própria internamente e, portanto, adota um regime próprio de bens no tocante ao casamento. Da mesma forma, em certos Estados soberanos, os casamentos e divórcios são realizados, como de costume, na Prefeitura, como no caso do Japão. No país nipônico, inclusive, inexistente lei que regulamente a divisão de bens:

Enquanto no Brasil cerca de 85% dos divórcios são realizados por vias judiciais, no Japão, o tribunal só é utilizado em última instância. Na grande maioria dos casos (90%) a dissolução do casamento é feita por meio de acordo mútuo entre o casal, chamado *kyoogi rikon* (divórcio por consulta). Nesse tipo de processo, as partes preenchem o registro de divórcio, que é entregue na prefeitura ou administração regional e, após a aceitação do documento, a união está desfeita. O detalhe interessante fica por conta da divisão dos bens, já que, no Japão, ao contrário do Brasil, não há lei que regulamente a partilha de patrimônio. Assim, a divisão é feita em negociações entre as partes. Essa modalidade, por sinal, tem aumentado os chamados *jukunen rikon*, ou divórcio de casais de meia-idade. Muitas esposas pedem a dissolução do matrimônio após a aposentadoria do marido: ou porque não querem viver junto com o esposo por incompatibilidade de gênio ou porque querem aproveitar o resto da vida como querem – ao esperar a aposentadoria do marido, a esposa pode pedir a divisão de patrimônio incluindo o valor do *taishokukin* (indenização por

demissão/aposentadoria). Normalmente, elas solicitam o equivalente a 50% do valor. Desde abril de 2007, com a reformulação da Lei de Aposentadoria, foi introduzida a divisão do valor para casais divorciados. Com esta lei, as esposas podem pleitear até metade do montante do benefício do marido. Assim, tornou-se possível a sobrevivência das donas de casa sem renda, e espera-se um aumento de divórcio entre casais de mais idade, cujas esposas hesitavam dar o passo à frente com medo de não ter meios de sobreviver. Como casais mais velhos tendem a ter mais bens que casais jovens, o valor a ser recebido é geralmente grande.³⁷

A Inglaterra e o País de Gales não têm um regime matrimonial como tal; não existe comunhão de bens, logo o casamento, em princípio, não confere direitos de propriedade. No entanto, em caso de divórcio, os tribunais dispõem de amplo poder de apreciação, podendo proferir uma grande variedade de decisões relacionadas com o patrimônio (designadas por “assistência acessória”, ou “*ancillary relief*”).³⁸

Nos Países Baixos, o regime legal aplicável caso não haja um acordo é o regime de comunhão universal de bens. Todos os bens que os cônjuges detinham no início do casamento, e todos os bens que tenham adquirido depois disso, pertencem ao patrimônio comum enquanto a comunhão não for dissolvida. Os bens adquiridos por herança ou doação e que, de acordo com o último testamento do falecido ou a intenção do doador, ficam fora da comunhão (também designado por clausula de exclusão) os direitos de pensão como previstos na “Lei relativa à igualização de direitos de pensão em caso de separação”, e a as pensões de dependentes sobreviventes, não pertencem à comunhão. Os bens (e as dívidas) que estão exclusivamente ligados a um dos cônjuges também não fazem parte da comunhão. Com base na jurisprudência, os direitos especiais de pensão e indenização por danos imateriais estão entre os bens separados. A conexão não é imediatamente aceite noutros casos. Os frutos dos bens separados também pertencem ao patrimônio separado. Todas as dívidas contraídas por cada um dos cônjuges, à exceção de dívidas relacionadas com os bens separados, também pertencem à comunhão e devem ser pagas com os bens comuns. Se durante o processo de divórcio houver uma disputa relativamente a quem pertence um determinado bem, e nenhum dos cônjuges conseguir provar que tem direito ao

³⁷ DIVÓRCIO no Japão e no Brasil: quando o amor acaba. Disponível em: <<http://www.nippobrasil.com.br/especial/552.shtml>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

³⁸ OS CASAIS no contexto europeu: Disponível em: <<http://www.coupleseurope.eu/pt/united-kingdom/topics/2-Existe-algum-regime-estatutário-de-bens-matrimoniais-e-caso-exista-o-que-contempla>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

mesmo, esse bem é designado um bem comum, mas esta regra não pode ter um efeito desvantajoso para os credores.³⁹

Nos termos da lei croata, os cônjuges podem optar entre a separação de bens e a comunhão de bens. A comunhão de bens envolve os bens adquiridos pelos cônjuges através do seu trabalho durante o casamento ou os bens acumulados em resultado dos referidos bens. Os bens que um cônjuge detém no momento da celebração do casamento permanecem seus, de forma separada. A separação de bens inclui igualmente os bens que um cônjuge venha a adquirir durante o casamento por via de herança ou doação. Por lei, os cônjuges são coproprietários em partes iguais da comunhão de bens, salvo se celebrarem uma convenção que rejeite de outro modo as suas relações patrimoniais.⁴⁰

Na República do Chipre, o casamento não afeta a independência dos cônjuges em matéria de propriedade: cada cônjuge mantém e adquire os seus próprios bens, mesmo depois do casamento. Obviamente, os cônjuges podem adquirir bens em conjunto, contudo, nesse caso, cada um deles terá uma quota indivisa desse patrimônio comum. Se o casamento for anulado ou dissolvido, ou se as partes se separarem, qualquer uma das partes pode reclamar a sua contribuição para o aumento do patrimônio do outro cônjuge.⁴¹

Na Áustria, o regime de bens matrimoniais é o da separação de bens. Cada cônjuge mantém os bens que ele/ela levou para o matrimônio, tornando-se o único proprietário dos bens adquiridos pro ele/ela durante o matrimônio. Relativamente à disposição dos respectivos bens, em princípio, os cônjuges não estão sujeitos a quaisquer limitações, e estes não têm de assegurar as dívidas do outro.⁴²

Por sua vez, na Alemanha, o regime matrimonial padrão é a chamada comunhão de ganhos acumulados. Basicamente, corresponde a uma separação de bens. Nem os bens do marido, nem os da mulher se tornam patrimônio comum dos cônjuges. O mesmo se aplica aos bens que um cônjuge adquire depois do casamento. No entanto, qualquer aumento nos bens dos cônjuges que ocorra

³⁹ OS CASAIS no contexto europeu. Disponível em: <<http://www.coupleseurope.eu/pt/netherlands/topics/2-Existe-algum-regime-estatut%C3%A1rio-de-bens-matrimoniais-e-caso-exista-o-que-contempla>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ *Idem*

⁴² *Idem*

durante o casamento é dividido igualmente quando este regime matrimonial termina, em particular como resultado do divórcio ou da morte de um dos cônjuges. Em geral, os cônjuges não estão sujeitos a quais quer restrições em matéria de alienação dos seus bens e ano são responsáveis pelas dividas do outro cônjuge.⁴³

O regime matrimonial legal na Dinamarca é a comunhão de bens. Todo o patrimônio dos cônjuges, no momento em que celebram o casamento, ou que venham a adquirir posteriormente, tornam-se parte do patrimônio comum. No entanto, os cônjuges podem acordar não aplicar ao seu patrimônio as normas jurídicas e celebrar uma convenção nupcial de separação total ou parcial de bens. Uma pessoa que faça uma doação ou um testador podem igualmente decidir que o bem doado ou a herança não constituem patrimônio comum. Não havendo uma convenção nupcial que determine o contrario, o patrimônio comum não abrange direitos intransmissíveis e direitos de caráter pessoal, tais como determinadas formas de direitos de autor e de fundos de comércio (*goodwill*) relacionados com atividades empresariais (...). Se o casamento durar apenas um curto período de tempo, os cônjuges mantêm todos os seus direitos de pensão.⁴⁴

2.3.3.3.6 O Estatuto das Famílias no direito brasileiro, e no direito comparado: breves ponderações

Alguns Projetos de Leis tentam instituir um Estatuto das Famílias no ordenamento jurídico brasileiro.

O Projeto de Lei n. 2.285/2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e protocolizado no Congresso Nacional pelo deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), tem como principal objetivo a atualização legislativa com a realidade das novas configurações das famílias no Brasil.⁴⁵

O citado projeto tem, ainda, como finalidade reunir toda a legislação pertinente ao Direito de Família. Desta forma, a legislação que hoje se apresenta no

⁴³ OS CASAIS no contexto europeu. Disponível em: <<http://www.coupleseurope.eu/pt/netherlands/topics/2-Existe-algum-regime-estatut%C3%A1rio-de-bens-matrimoniais-e-caso-exista-o-que-contempla>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ FORSTER, Thyago Salustio Melo. **Breves comentários acerca do projeto de Lei 2285/2007 que prevê a instituição do estatuto das família**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10080-10079-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Código Civil, Código de Processo Civil e em outras leis especiais, estariam reunidas, ou seja, direito material e processual reunido em um mesmo volume.⁴⁶

O citado Projeto de Lei, atualmente, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA). Sua última movimentação foi em 27-11-2014, ocasião em que foi indeferido o Requerimento n. 10.819/2014, conforme despacho do seguinte teor: "Indefiro o pedido de apensação contido no Requerimento n. 10.819/2014, nos termos do parágrafo único do art. 142 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, uma vez que o Projeto de Lei n. 2.285/2007, que tramita apensado ao Projeto de Lei n. 674/2007, sob o regime de deliberação conclusiva, já recebeu pareceres das Comissões incumbidas de examinar seu mérito."⁴⁷

Nas palavras de Thyago S. M. Forster:

Como podemos observar de todo o exposto, o projeto de Lei 2.285/2007 que prevê a instituição do Estatuto das Famílias, se aprovado pelo Congresso Nacional, trará ao ordenamento jurídico brasileiro inovações legislativas que se adequarão à atual realidade social do país e preencherá lacunas deixadas por outras leis, como a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que se originou de um projeto do final da década de 60 e começo da década de 70, e que acabou deixando de contemplar matérias que já faziam parte da realidade do país, fazendo com que o Poder Judiciário, por muitas vezes, preenchesse as lacunas legislativas.⁴⁸

Concluiu-se, assim, no Brasil, diante de um Código Civil em muitos tocantes ultrapassado, pela necessidade de um Estatuto autônomo para regular a matéria de forma atual, em consonância com a nova roupagem que o Direito de Família, em evolução, adquiriu.⁴⁹

Outros Países, a exemplo da Rússia, de Cuba, Bolívia, Costa Rica, Argélia, Honduras, Filipinas, El Salvador, Panamá e Cataluña (Espanha), dentre outros, adotaram Códigos de Família nesse sentido.⁵⁰

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ COMO Pesquisar Projetos de Lei e outras Proposições. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁴⁸ FOESTER, Thyago Salustio Melo. Breves comentários acerca do Projeto de Lei 2285/2007 que prevê a instituição do Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10080-10079-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

⁴⁹ O ESTATUTO das Famílias no Direito Comparado. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/o_estatuto_das_familias_no_direito_comparado_ibdfamnov.2011.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵⁰ *Idem.*

Por sua vez, o PL 6.583/2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), aguarda Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA).⁵¹

O referido Projeto de Lei também institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar. No entanto, diferentemente dos demais Projetos, ele considera, em seu art. 2º, entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união apenas entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Igualmente, o Projeto de Lei do Senado (PLS 470, de 2013) dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências, tem como autora a Senadora Lídice da Mata (PSB-BA).

O referido Estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das relações familiares, trata a família como um direito fundamental de todos, e busca atualizar e modernizar legislação brasileira sobre “Direito das Famílias”.

Assim se mostra a “Apresentação” do referido Projeto de Lei⁵²:

O conceito de família é cada vez mais plural. Os arranjos familiares da sociedade moderna não mais decorrem apenas do matrimônio. A união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, famílias monoparentais, adoções e a comprovação de paternidade via testes de DNA atestam que as mais diversas formas de relação familiar tornam a vinculação afetiva mais importante na abrangência e nas novas definições do conceito de família.

O atual sistema jurídico que rege as questões familiares consta do Livro de Direito de Família, do Código Civil de 2002, concebido no final dos anos 60 do século passado, muito antes das grandes mudanças provocadas pela Constituição de 1988. Àquela época, o modelo era a família patriarcal, constituída apenas pelo casamento. A desigualdade entre cônjuges e filhos era legitimada pela subsistência dos poderes marital e paternal. Mas a Constituição Cidadã inaugurou um paradigma familiar remodelado, seguindo as mudanças ocorridas na sociedade brasileira.

Assim, com o objetivo de reunir num só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la, apresentamos o Projeto de Lei (PLS 470/2013) que institui o Estatuto das Famílias.

⁵¹ PROJETO de Lei n.º 6.583, de 2013 (Do Sr. Anderson Ferreira). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁵² ESTATUTO das Famílias. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em: 20 set.2017.

Constam do projeto regras tanto do direito material como processual, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, rapidez essa indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas. O projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna.

A exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nossa proposta de Estatuto das Famílias compreende todas as modernas e reais formas de composição familiar e suas implicações. Diversos países, e também o Brasil, já adotam experiências bem-sucedidas de estatutos ou códigos que contemplam temas relacionados num único documento jurídico. Além do ECA, em nosso país, temos, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor e os Estatutos do Idoso, da Juventude, da Igualdade Racial e do Torcedor.

Conforme a autora do Projeto, a Senadora Lídice da Mata (PSB-BA), o objetivo do Estatuto é reunir, em um documento jurídico único, todas as normas relacionadas com o Direito das Famílias, permitindo tornar a Justiça mais ágil e conectada com a realidade familiar brasileira.⁵³

Ainda segundo ela, é necessário adequar as regras às novas formatações de família que não são protegidas pela legislação atual.⁵⁴

A “Justificativa” do referido Projeto de Lei – PL⁵⁵ baseia-se, principalmente na consideração de que a família é muito dinâmica, e o Direito de Família sofre alterações constantes em sua evolução, para adaptar-se aos anseios sociais. Observemos:

Nenhum ramo do Direito sujeitou-se a tantas alterações e avanços quanto o Direito de Família ocidental. A realidade social subjacente obriga a todos, principalmente a quem se dedica ao seu estudo, a pensar e repensar o ordenamento jurídico para que se aproxime dos anseios mais importantes das pessoas. Afinal, primeiro ocorre o fato, para depois o Direito regulamentá-lo. A necessidade de legislação específica, por meio de um

⁵³ Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

⁵⁴ Vale dizer que o PL 470/2013 institui o Estatuto das Famílias, composto dos seguintes títulos: I) Disposições Gerais; II) Das Relações de Parentesco; III) Das Entidades Familiares, sendo este título subdividido em: Das Disposições Comuns, Do Casamento; Da Capacidade para o Casamento; Dos Impedimentos; Das Provas do Casamento; Da Validade do Casamento; Dos Efeitos do Casamento; Da União Estável; Da Família Parental; Das Famílias Recompuestas; IV) Da Filiação; V) Da Adoção; VI) Da Autoridade Parental; VII) Da Convivência Familiar; VIII) Da Alienação Parental e do Abandono Efetivo; IX) Dos Alimentos; X) Do Bem de Família; XI) Da Tutela e da Curatela; XII) Do Processo e do Procedimento; XIII) Do Procedimento para o Casamento; XIV) Da Ação de Divórcio; XV) Do Reconhecimento e da Dissolução da União Estável; XVI) Da Ação de Separação de Corpos; XVII) Da Ação de Alienação Parental; XVIII) Dos Alimentos; XIX) Da Averiguação da Filiação; XX) Da Ação de Interdição; XXI) Dos Procedimentos dos Atos Extrajudiciais; XXII) Das Disposições Finais e Transitórias; revoga o Livro IV da Lei nº 10406/02 (Código Civil) e dispositivos do Código de Processo Civil e da legislação correlata.

⁵⁵ Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

Estatuto autônomo, reunindo normas materiais e processuais, facilita a realização da Justiça com brevidade, simplificação de ritos e economia processual.

Construir microssistemas vem ao encontro dos ideais do Estado de assegurar uma Justiça mais ágil e atenta à realidade da vida. Conjugiar em um mesmo texto legal o direito e os meios de realizá-lo é uma exigência contemporânea. Não é mais possível tratar questões da vida familiar, que perpassam por idealizações, sentimentos e perdas, valendo-se das mesmas normas que regulam questões meramente patrimoniais. Essas peculiaridades inerentes às relações familiares têm levado muitos países a editar códigos ou leis autônomas de Direitos das Famílias, fato que aponta a necessidade de aprovação de uma legislação específica que trate não só dos direitos, mas também das demandas familiares, para sair do plano da abstração e solidificar na efetivação das previsões específicas.

Continua a autora do Projeto de Lei (PLS 470/2013), a dizer que:

A essência das mudanças propostas tem como norte a Constituição Federal, para dar efetividade à promessa de realização dos valores fundantes do Estado, que afirma ser Democrático de Direito. Além disso, a autonomia normativa irá eliminar o grande número de proposições legislativas em tramitação, propondo alterações no Livro de Direito de Família, que, muitas vezes, modificam radicalmente o sentido e o alcance do Código Civil, que já se transformou em verdadeira colcha de retalhos.

O Livro de Direito de Família, do Código Civil de 2002, foi concebido no final dos anos 60 do século passado, muito antes das grandes mudanças provocadas pelo advento da Constituição de 1988. À época, o modelo era a família patriarcal, constituída apenas pelo casamento. A desigualdade dos cônjuges e dos filhos era legitimada pela subsistência dos poderes marital e paternal. A Constituição operou uma verdadeira revolução copernicana, inaugurando paradigma familiar inteiramente remodelado, seguindo as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, fundadas na comunhão de vida e tendo por base a afetividade; a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e companheiros; a liberdade de constituição, o desenvolvimento e dissolução das entidades familiares; a igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva.⁵⁶

O Projeto é silente quanto ao casamento de septuagenários, incluindo eventual limitação, ou regime de bens a ele imposto quando do matrimônio. Vejamos o que ele diz sobre a capacidade par o casamento:

Art. 23. Para o casamento das pessoas relativamente incapazes é necessária autorização de seus assistentes legais.

§ 1º Havendo divergência entre os representantes legais é assegurado a qualquer deles recorrer a juízo.

§ 2º A negativa da autorização, quando injusta, pode ser suprida judicialmente.

⁵⁶ Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

Segundo o Código Civil vigente, em seu art. 4º., com redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015, 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 e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. E seu parágrafo único conclui que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. Destarte, levando-se em conta o exposto em lei, não há que se falar em limitações para os septuagenários visto que os mesmos têm capacidade plena para exercer todos os seus atos de vontade.

O PLS 470/2013 assim trata a questão dos impedimentos:

Art. 24. Não podem casar:

- I – os absolutamente incapazes;
- II – os parentes na linha reta sem limitação de grau;
- III – os parentes na linha colateral até o terceiro grau;
- IV – os parentes por afinidade em linha reta;
- V – as pessoas casadas;
- VI – os companheiros, enquanto vigente a união estável.

Art. 25. Os impedimentos podem ser opostos, por qualquer pessoa, até o momento da celebração do casamento.

Parágrafo único. Se a autoridade celebrante ou o oficial de registro tiver conhecimento da existência de algum impedimento, é obrigado a declará-lo.

Quanto à validade do casamento, o PLS 470/2013 se manifesta dessa forma:

Art. 28. É nulo o casamento:

- I – de pessoa absolutamente incapaz;
- II – realizado com infringência aos impedimentos legais;
- III – quando revogada a procuração antes da celebração do casamento.

Art. 29. A nulidade do casamento pode ser arguida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

Art. 30. É anulável o casamento:

- I – dos relativamente incapazes;
- II – por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, anterior ao casamento;
- III – em virtude de coação;
- IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, no momento da celebração;
- V – por incompetência da autoridade celebrante, salvo se tiver havido o registro do casamento.

Art. 31. O casamento do relativamente incapaz, quando não autorizado por seu assistente legal, pode ser anulado em até cento e oitenta dias:

- I – pelo próprio cônjuge, após completar dezoito anos;
 - II – por seus assistentes legais a partir da celebração do casamento.
- Art. 32. Não se anula o casamento quando os assistentes legais do relativamente

incapaz assistiram à celebração ou, por qualquer modo, manifestaram sua aprovação.

Art. 33. O prazo para a anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a contar da data da celebração, ou da cessação da ameaça, no caso de coação.

Art. 34. Embora anulável ou mesmo nulo, o casamento produz todos os efeitos em relação aos cônjuges e a terceiros até o trânsito em julgado da sentença.

Parágrafo único. A nulidade ou anulação do casamento dos pais não produz efeitos em relação aos filhos.

No que concerne ao regime de bens, o Projeto de Lei 470/2013 versa sobre tal do art. 38 ao art. 53 e, em momento algum, faz alguma imposição aos septuagenários, diferentemente do Código Civil vigente que, em seu art. 1.641 define que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento, dentre outros, da pessoa maior de 70 anos.

Por mais absurda que seja essa situação civilista vale dizer que, de início, o Código Civil de 2002 apresentava a idade de maior de 60 anos para a obrigatoriedade do regime da separação de bens, até sofrer alteração pela Lei no. 12.344, de 2010, passando-se essa idade para *maior de 70 anos*. Ainda assim, é óbvia a aberração de se impor um regime de bens a partir de uma determinada idade. Portanto, o PL 470/2013 tem esse viés evolutivo nesse quesito: não haver critério etário para a imposição de determinado regime de bens. Ademais, essa lógica etária se apresenta como uma intervenção estatal um tanto quanto desnecessária. Por óbvio, se a pessoa não possui discernimento mental adequado, ou algum tipo de limitação pessoal, que se faça pontualmente a separação de bens. Todavia, impor a todos uma mesma medida, com fundamento único e exclusivo o critério da idade, é um equívoco desnecessário, nefasto e excessivamente interventivo por parte do Estado. Comparativamente, seria tratar com o mesmo remédio doenças distintas, já que a aplicação legal da regra civilista se estende a todos os septuagenários.

Atualmente, o Projeto de Lei 470/2013 encontra-se na CDH - Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.⁵⁷

⁵⁷ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 17 set. 2017.

Com o intuito de se ter uma legislação específica, autônoma em relação ao Código Civil, tratando sobre as questões de Direito de Família, certos Estados soberanos resolveram criar seus *códigos de família*. Nesse sentido, Paulo Lins e SILVA⁵⁸ assim se manifesta:

Merece destaque, nesse sentido, o pioneirismo Russo, em 1918, na edição de um Diploma especial de Direito de Família (...) pode ser considerado, mesmo sendo o mais antigo, como o mais evoluído principiologicamente. É um compêndio de uma felicidade redacional e, em que pese o fator temporal, parece nos momentos ainda como tendo sido promulgada em nosso século XXI, tal seu alcance e estabilidade. Aliás, o texto, e a iniciativa Russa, serviu para estimular posteriormente após a 2ª Guerra Mundial à redação dos Códigos de Família do bloco da “URSS”, tais como os da antiga Checoslováquia, Iugoslávia, Hungria, Romênia e Bulgária. Sendo que alguns ainda vigem, como hoje na República Checa e na Romênia. Seguindo a iniciativa Russa, Cuba também editou seu Código Familiar, separando a matéria de Direito de Família do Diploma geral Civil. Em seguida, no fim dos anos sessenta, Países fora do bloco socialista, a exemplo da Bolívia e da Costa Rica, também promulgaram seus Códigos de Família, ao que foram seguidos, nos anos oitenta, por Países como a Argélia, Honduras e Filipinas.

Continua Lins e Silva⁵⁹ a dizer que:

Mais recentemente, nos anos noventa, o Estado da Califórnia editou seu próprio Código⁶⁰, permitindo, ineditamente, as uniões homoafetivas. Na mesma década, o mundo assistiu também à promulgação dos Estatutos de El Salvador, do Panamá e da Cataluña, Espanha em 1998. Nessa primeira década do novo milênio, passou-se a contar também com um Código especializado em Direito de Família na Etiópia. Além disso, aguarda-se, além da promulgação do Estatuto das Famílias Brasileiro, os Códigos da República Dominicana, Marrocos e Nicarágua, que se encontram em fases de revisão (...). Assim, muito embora o Direito de Família seja, no mundo inteiro, essencial, em razão de tratar de um núcleo de indubitável importância aos seres humanos – a Família – a instituição fundamental da sociedade humana,

⁵⁸ Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/o_estatuto_das_familias_no_direito_comparadoibdfamnov.2011.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Interessante notar que, no sistema jurídico norte-americano, o Direito de Família é direito de competência estatal, englobando temas sensíveis como divórcio, regime de bens, adoção, união de pessoas do mesmo sexo, pensão alimentícia etc. Em outras palavras, o Direito de Família na Califórnia é diferente do Direito de Família do Texas, da Flórida ou do Colorado já que cada um legisla conforme seus próprios critérios. Segundo William Burnham *in Introduction to the Law and Legal System of the United States*, p. 495: Direito de Família, ou relações domésticas como às vezes é chamado, preocupa-se com relações entre marido e mulher, entre pais e filhos, com direitos e obrigações que emergem dessas relações, por força de lei ou contrato, e também com o status de pessoas casadas e de crianças. É influenciado por crescente regulamentação da vida familiar em áreas como divórcio e distribuição de propriedade, custódia e sustento de filhos, extinção de direitos de paternidade, negligência de pais, abuso de crianças, adoção.

poucos Países compreenderam a necessidade de tratar tal seara do Direito com a peculiaridade que lhe é inerente. No entanto, com o passar dos anos, a tendência mundial que se observa é no sentido de isolar o Direito de Família do Direito Civil, ao menos no que tange à organização das legislações.

Tratar o Direito de Família separadamente é um avanço imensurável, que respeita, finalmente, as particularidades dessa seara jurídica.

A partir da análise comparativa dos Códigos de Família em outros Países, em diplomas separados das outras matérias civis, é possível compreender o enorme progresso do Direito Familiar brasileiro, especialmente agora, quando o Brasil espera a promulgação de seu Estatuto das Famílias que será, sem dúvidas, o compilado legislativo que mais se adequa à realidade de nossa sociedade, sedimentando, finalmente, os princípios norteadores de nossos direitos, apregoados pela Carta Magna de 88.

De acordo com Mold (2007, p. 46),

A primeira experiência de codificação do Direito de Família ocorreu na Rússia Pós-revolucionária, com a edição do Código de Matrimônio e Família, em 1918, exatamente um ano após a alteração histórica do sistema de governo dos Czares para o Comunista. Tal Código, mesmo na época da Rússia semifeudal, proclamava a plena igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, e a possibilidade de dissolução do casamento por divórcio. Fundava-se, tal diploma, no momento político de rompimento entre o novo Regime e a Igreja; na necessidade de extinção da base econômica do casamento para que a família monogâmica fosse baseada somente no amor e no respeito, que teve inspiração nas Ideias de Friedrich Engels, mais especificamente em sua obra “A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado” e, também; na orientação das massas no sentido do progresso.

2.3.4 A união estável

Se analisar o sentido etimológico, o termo “concubinato” traduz a ideia de comunidade de leito: *concupans, concubantis* - que dorme, ou se deita com; *concupatio, concubationis* - jeito de estar deitado; *concupatus ou concubinatus* - concubinato. Enquanto, Bittencourt, fundamentado no *Dicionário Larousse de Langue Française*, sintetiza: *cum* (com) + *cupare* (dormir), significando “o estado de um homem e de uma mulher que vivem juntos, maritalmente, sem serem casados”. (BITTENCOURT, 1980, p.61)

Concubinato, para Deocleciano Torrieri Guimarães:

É a união estável de homem e mulher, que vivem juntos sem estarem ligados por vínculo matrimonial, sob o mesmo teto ou em tetos diferentes, com aparência de casados (*more uxorius*). Também se diz união livre ou casamento de fato, quando a coabitação é notória, de longa data, com

domicílio e economia comuns. O concubinato é *extra dominus*, quando há frequência habitual e constante, embora não ostensiva, mesmo sem casa, leito e mesa em comum; e *retenta domus*, quando a mulher pertence a um só homem, sendo por ele sustentada sob teto comum, como se casados fossem. (GUIMARÃES, 2007, p. 190)

É mister reparar que o autor acima citado, leva em conta a união estável apenas entre homem e mulher. Atualmente isso encontra-se completamente ultrapassado, tendo em mira que essa união pode se dar entre duas pessoas naturais, independentemente de serem, ou não, de sexos distintos. Vale acrescentar que, inclusive pode-se realizar casamento homoafetivos, conforme a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁶¹.

Na lição de Cristiano Sobral (2015, p. 319), a união estável é entidade familiar prevista e tutelada na Constituição da República, em seu art. 226, § 3º, e pode ser compreendida como a união duradoura de duas pessoas, ainda que do mesmo

⁶¹ Nos últimos quatro anos, desde que a Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entrou em vigor, obrigando os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo, ao menos 15 mil casamentos homoafetivos foram feitos no Brasil. Ao proibir que autoridades competentes se recusem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, a converter união estável em casamento, a norma contribuiu para derrubar barreiras administrativas e jurídicas que dificultavam as uniões homoafetivas no país. Para juízes e cartorários, a medida foi um divisor de águas na sociedade. Até 2013, quando ainda não havia essa determinação expressa, muitos estados não confirmavam sequer uniões estáveis homoafetivas, ainda que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha afirmado essa possibilidade durante o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). “A decisão do STF dava margem a interpretações diversas. E, sendo assim, os cartórios não se sentiam obrigados. Quando veio a norma do CNJ determinando o casamento independentemente do entendimento pessoal do notário ou do registrador, foi um marco legal”, afirmou a juíza Raquel de Oliveira, da 6ª Vara Cível Regional do Fórum de Jacarepaguá, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). (...) Casamentos homo ou heteroafetivos não diferem legalmente. O trâmite é o mesmo, os documentos necessários para dar entrada no processo são iguais e os nubentes (sejam homens ou mulheres) também possuem os mesmos direitos, como participação em plano de saúde, pensão alimentícia e divisão dos bens adquiridos. “A gente nota que, na cerimônia, essas pessoas se sentem abraçadas pelo Estado. Por mais que as leis estejam evoluindo, elas se sentem ainda muito discriminadas. E realmente o são. A determinação do CNJ foi um passo definitivo em direção à inclusão social e ao respeito por suas identidades”, afirmou. Para combater o preconceito e a discriminação, os primeiros casamentos homoafetivos foram cercados de bastante divulgação. “Estamos dizendo, por meio da Justiça, que eles são aceitos. Que o amor deles também é permitido”, afirmou a juíza. O próprio sistema de Justiça do Rio vem buscando desburocratizar os procedimentos que, muitas vezes, impediam esse tipo de união. O Ministério Público local, por exemplo, adota a prática de não se manifestar em relação à união homoafetiva, uma vez que a decisão de casamento envolve apenas o interesse de pessoas maiores e capazes. (...) Antes da Resolução CNJ n. 175, o casal precisava entrar na Justiça para que a união fosse reconhecida e, mesmo assim, corria o risco de não conseguir realizar seu sonho. No primeiro ano em vigor, a norma viabilizou 3.700 casamentos em todo o país. Os números foram aumentando: em 2015, foram realizados 5.614 casamentos - um acréscimo de 52%. Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-com-pleta-4-anos>>. acesso em: 20 ago. 2017.

sexo, não ligadas pelo casamento civil e com a intenção de viverem sob lações de afeto, em uma convivência *more uxorio*.

César Fiuza (2014, p. 1.196), por seu turno, assim conceitua união estável:

União estável é a convivência pública, contínua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre duas pessoas naturais não ligadas entre si pelo casamento, com a intenção de constituir família. O entendimento mais moderno é que seja dispensável o *mos uxorius*, ou seja, a convivência idêntica à do casamento. Bastam a publicidade, a continuidade e a constância das relações, para além de simples namoro ou noivado. Aliás, este é o entendimento consagrado na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato.” Pode haver, portanto, união estável sem que haja coabitação e vida idêntica à do casamento, embora deva estar presente a intenção de constituir família. Esta intenção traduz-se na vontade de viver juntos, compartilhando o dia a dia, criando uma cumplicidade, uma comunhão de vida, amparando-se e respeitando-se reciprocamente. Na vida prática, é difícil, porém, caracterizar a união estável sem o *mos uxorius*, exatamente dada esta intenção de constituir família, exigida pelo Código Civil. Como dito, não há mister seja família como a de pessoas casadas, mas a união há de ser bem mais que um namoro, um noivado ou amizade, por mais íntimos e constantes que sejam.

Tempos atrás, o concubinato⁶² era uma figura de união de fato, em geral duradoura, sem o escopo de constituir família. Era compreendido como uma configuração rasa de relacionamento. Contudo, não era reprimido nem atentatório à moral. Apesar disso, a prole, era tida ilegítima, conservando-se atrelados à família materna.

Quanto à evolução histórica da união estável, Alice de Souza BIRCHAL (2010, p.82) afirma o seguinte:

(...) hoje é primordial que se compreenda a sua evolução no tempo e no espaço e, então, se entender como a união estável chegou à categoria de instituto jurídico protegido pelo Direito de Família. A construção da união estável como vínculo amoroso entre sujeitos de sexos genitais diferentes, capaz de formar família, veio, como se disse, como resultado de anos de evolução dos costumes, uma vez que não havia seu reconhecimento

⁶² Embora haja um sinônimo social nos termos “união estável”, e “concubinato”, César Fiuza (2014, p. 1.196) adverte para o fato de que, ao se referir ao instituto, o legislador preferiu a expressão “união estável”, diferenciando-a do concubinato. Este seria a convivência entre pessoas impedidas de se unirem. Para BIRCHAL (2010, p. 85), o problema é que a palavra concubinato já carrega consigo uma certa dose de preconceito e, por isso, a Constituição Federal trouxe a nomenclatura união estável, para substituí-la. Alerta a autora para o fato de que, infelizmente, ainda hoje, é comum a confusão de nomenclaturas na jurisprudência pátria, apesar das diferenças expostas pelo Código Civil de 2002, que distingue os dois institutos de forma bastante precisa (vide arts. 1723 a 1727 do CC/2002).

constitucional e o Código Civil/16 a repudiava (art. 229). Nesse contexto histórico, a legislação ordinária (com destaque para a previdenciária) e a jurisprudência (inclusive sumulada) tentavam e tentam suprir as lacunas exigentes, inclusive porque as leis que pretendiam disciplinar o tema após a CR/88 – Lei n. 8.971/94 e Lei n. 9.278/96 -, foram ab-rogadas pelo CC/02.

O casamento civil, até o advento do reconhecimento da união estável pelo § 3º, do art. 226, da CRF/88 (*erga omnes*), era a única forma de um casal construir sua família. Mesmo o chamado casamento religioso não originava uma família legítima (sequer união estável), porque é celebrado por uma autoridade não estatal. O casamento religioso só passa a ser admitido como família através da Lei n. 1.110/50, que a ele atribui efeitos civis, se e quando observadas as prescrições por ela trazidas e complementadas pela Lei n. 6.017/73 (Registros Públicos).

Nessa baliza, o Código Civil de 1916 desconheceu por inteiro as uniões de fato entre pessoas desimpedidas, atentando apenas de cercar de sanções o concubinato adúltero, no objetivo de proteger o patrimônio da família composta pelo casamento. Alice de Souza Birchall (2010, p.81), inclusive, nos diz que há registros de união estável desde a Idade Média, porém, no Brasil, custou muito à união estável atingir o status de família porque a sociedade a negava, tanto que as constituições anteriores e, por consequência, o CC/16 (art. 229) a repudiavam.

Continua Birchall (2010, p. 82):

A união estável, nomenclatura adotada a partir da redação dada ao § 3º., art. 226, da CR/88, chegou a este *status* também como resultado da evolução dos costumes de parte do povo brasileiro que, por escolha, optou por ela e, também, pelos cidadãos que, por falta de opção (às vezes em estado de miséria) estão unidos em entidade familiar, sem a dispendiosa e complicada habilitação e celebração do casamento civil, pois que gratuita somente é esta última, sendo dispendioso o processo de habilitação (quase um salário mínimo, fora as taxas de certidões).

Se o casal desejar, poderá haver a conversão da união estável em casamento, nos termos do art. 1.726 do Código Civil, ocasião em que ele rege que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 138), a respeito da conversão de união estável em casamento assim se manifesta, indo de encontro com o atual ditame civilista:

Exige-se, pois, pedido ao juiz, ao contrário da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que se contentava com o requerimento de conversão formulado diretamente ao oficial do Registro Civil. A exigência do novel legislador

desatende o comendo do art. 226, § 3º., da Constituição Federal de que deve a lei *facilitar* a conversão da união estável em casamento, isto é, estabelecer modos mais ágeis de se alcançar semelhante propósito.

Logo após, citando Euclides de Oliveira, e Giselda Novaes Hironaka, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 139), em acertada crítica, explica que:

Em vez de recorrer ao Judiciário, mais fácil será simplesmente casar, com observância das formalidades exigidas par a celebração do casamento civil, máxime considerando-se que a referida conversão não produz efeitos pretéritos, valendo apenas a partir da data em que se realizar o ato de seu registro.

Relacionando a união estável, com a questão do afeto, Maria Berenice Dias (2015, p. 246) é precisa:

Com segurança, só se pode afirmar que a união estável inicia de um vínculo afetivo. O envolvimento mútuo acaba transbordando o limite do privado, e as duas pessoas começam a ser identificadas no meio social como um par. Com isso o relacionamento torna-se uma unidade. A visibilidade do vínculo o faz ente autônomo merecedor da tutela jurídica como uma entidade. O casal transforma-se em universalidade única que produz efeitos pessoais com reflexos de ordem patrimonial. Daí serem a vida em comum e a mútua assistência apontadas como seus elementos caracterizadores. Nada mais do que a prova da presença do enlaçamento de vida, do comprometimento recíproco. A exigência de notoriedade, continuidade e durabilidade da relação só serve como meio de comprovar a existência do relacionamento. Atentando a essa nova realidade, o direito rotula a união de estável.

No que concerne aos efeitos patrimoniais, ainda que a união estável não se confunda com o casamento, gera um quase casamento na identificação de seus efeitos, dispendo de regras patrimoniais praticamente idênticas. (DIAS, 2015, p. 252)

Dias (2015, p. 252) continua: no casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (CC 1.658 a 1.688) por meio de pacto antenupcial. Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio, tanto os noivos (CC 1.740) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime da comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666).

A questão se torna complexa quando envolvem os septuagenários, visto que tratados de forma própria pelo Código Civil vigente, pois o regime de comunhão determinado por ele é justamente o de separação de bens (as pessoas

mencionadas pelo artigo 1.641, inciso II, do CC/02, com a redação dada pela Lei 12.344/2010, ou seja, as pessoas maiores de 70 anos, obrigam-se ao regime de separação de bens).

Desta feita, havendo união estável entre duas pessoas, e sendo uma delas, ou ambas, septuagenária (s), por exemplo, como ficaria a questão patrimonial do casal? Nas uniões septuagenárias, também haveria a separação de bens?

Explica Jones Figueiredo Alves (2016, sp) que:

É que, iniludivelmente, o regime patrimonial da separação obrigatória de bens impostos aos nubentes de maior faixa etária, por expressa disposição do legislador, não inibe ou afasta o interesse dos consortes pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento sob o regime de separação legal; razão pela qual, obrigados a este regime, cumpre-lhes, assim querendo, certificar, por convenção de interesse mútuo, sobre a hipótese de “separação absoluta” dos bens futuros, que se contém no regime de separação convencional de bens.

Anote-se que, quando preferido este regime, através de pacto antenupcial, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos consortes, implicando dizer que os cônjuges preservam o domínio e a administração de seus bens presentes e futuros, como também, diferentemente do art. 276 do Código Civil/1916, “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” (artigo 1.687 do Código Civil/2002). Em tais latitudes, como se observa, o regime de separação convencional e voluntária, apresenta uma separação absoluta ou total de bens, o que não é alcançada, expressamente, pelos que são submetidos ao regime de separação legal ou obrigatória. No caso, estes últimos nubentes estariam desprovidos da capacidade de convencionar pela separação plena e absoluta, aparentemente reservada aos nubentes com idade inferior aos setenta anos.

Persiste J. F. Alves (2016, sp) a abordar o tema:

Eis então que surge o problema: (i) septuagenários que casam sob o regime impositivo da separação obrigatória, supõem sempre que esse regime em razão da faixa etária superior tem a sua extensão também destinada aos bens futuros, grassando diversas controvérsias diante da aplicação da Súmula 377 do STF que os mantém, nesse ponto, sob um regime similar ao da comunhão parcial. É uma lógica de fórmula individualista, onde a cada um pertence o que é seu, com o isolamento total do patrimônio de ambos os cônjuges, sintetizado pela suposta decorrência da imposição legal da separação dos bens, o que, a rigor, não ganha conformidade diante da reportada súmula. (ii) O entendimento pretoriano, a seu turno, busca relativizar a separação absoluta, admitindo que os bens futuros se comuniquem, dentro da constância do casamento, em prol das finalidades da união pelo casamento e em prestígio da presunção do esforço comum ali dispendido.

Alves (2016, sp) arremata a questão mencionando o seguinte:

(i) que “é possível, por convenção dos nubentes e em escritura pública, o afastamento da aplicação da Súmula 377 do STF, “por não ser o seu conteúdo de ordem pública mas, sim, de matéria afeita à disponibilidade de direitos” (ZENO VELOSO); (ii) que, “enquanto a imposição do regime de separação obrigatória de bens, para os nubentes maiores de setenta anos, é norma de ordem pública (artigo 1.641, II, do Código Civil), não podendo ser afastada por pacto antenupcial que contravenha a disposição de lei (art. 1.655 do Código Civil); poderão eles, todavia, por convenção, ampliar os efeitos do referido regime de separação obrigatória, “passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, onde nada se comunica” (José Fernando Simão); (iii) que “podem os nubentes, atingidos pelo artigo 1.641, inciso II do Código Civil, afastar por escritura pública, a incidência da Súmula 377 do STF, estipulando nesse ponto e na forma do que dispõe o artigo 1.639, caput, do Código Civil, quanto aos seus bens futuros o que melhor lhes aprouver (Mário Luiz Delgado); e (iv) que “o afastamento da Súmula 377 do STF, constitui um correto exercício de autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (artigo 1.653 do Código Civil)”, conforme a melhor doutrina pontificada por Flávio Tartuce.

Nessa toada, vale mencionar decisão do STJ, no REsp 1.090.72, com relatoria do Ministro Massami Uyeda,

EMENTA - RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO EMENTA - ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1.725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“*no que couber*”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III do artigo 1.790 do Código Civil). VI - Recurso parcialmente provido.

Com efeito, o estatuto patrimonial dos cônjuges deve atender ao que eles, livremente, possam estipular quanto aos seus bens e no caso das uniões septuagenárias, mesmo com as limitações impostas, cumpre-lhes estabelecer os exatos limites (irrestritos ou não) da separação dos bens. (ALVES, 2016, sp)

2.3.5 A violação do princípio da igualdade na separação obrigatória de bens do septuagenário no direito pátrio contemporâneo

A igualdade significa semelhança total, identidade, perfeita equivalência, princípio de condições iguais para todos, com os mesmos direitos e deveres. Proporcionalidade e comodidade que devem existir na partilha de heranças ou coisa comum (CC, art. 2.017). (GUIMARÃES, 2007, p. 350)

Abordando a questão da igualdade, o filósofo Clóvis de BARROS FILHO, e o psicanalista Arthur Meucci (2014, p. 107):

A mais importante característica dessa ruptura da moral cristã face à moral aristocrática grega está na igualdade. Onde o valor moral advém do uso que fazemos dos talentos. E da liberdade de cada um em fazer deles o que bem entender. Porque a dignidade do homem no mundo e o respeito que lhe é devido não mais dependem de seus talentos naturais. Porque são igualmente dignos os super e os infra dotados. (sic) (destacamos)

Continuam eles a dizer que, desta forma, nessa nova concepção de humanidade, toda e qualquer reflexão a respeito da vida de cada um deve ter como pano de fundo a igualdade. (*idem*, p. 107)

A Constituição Federal, em seu art. 5º, rege 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.

Analisando a evolução dos direitos, Paulo Bonavides (2008, p. 564-565) discorre da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de segunda geração⁶³ dominaram o século XX, são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou de coletividades, preceituados no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, posteriores a ideologia e a reflexão antiliberal do século XX. São os princípios de igualdade. Tais direitos primordialmente foram interesse de estudo de uma formulação especulativa nos campos da filosofia e da política. Exigem do Estado determinadas prestações materiais, por isso primeiramente passaram por um período de eficácia questionável, de modo que foram remetidos à esfera programática. Passaram por uma fase difícil no que se refere a sua observância e execução. A Constituição Brasileira, bem como, as constituições mais recentes preceituam a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos fundamentais sociais.

Salienta-se que problemáticas que se referem à liberdade e à igualdade não são consideradas somente problemas do ramo do direito, são questões que atingem todos os ramos, de modo que a maneira como são dirimidas, torna essas questões elementares. (ALEXY, 2011, p. 522-523)

Quanto à igualdade estampada no art. 5º. da Constituição Federal, Pedro Lenza (2006, p. 531) discorre dessa forma:

O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas igualdades. Isso porque, no *Estado Social* ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Entretanto, se há essa igualdade jurídica, por óbvio, deveríamos ter uma igualdade fática, salvo exceções como as elencadas pela própria Constituição Federal, ou pelo Código Civil, no tocante à capacidade. Para Lenza (2006, p. 532), a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade. Assim, impor a separação de bens quando do casamento para maiores de 70 anos é, no mínimo, discutível.

⁶³ Embora o termo “geração” tenha sido grafado pelo autor, atualmente a expressão mais utilizada é “dimensão”, pois geração pode dar uma ideia de superação de uma geração por outra. Todavia, não há que se falar em sobreposição de direitos, mas sim de coexistências dos mesmos entre si.

Marcelo Novelino (2008, p. 292) também é categórico: o princípio da igualdade tem por fim impedir distinções, discriminações e privilégios arbitrários, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis.

Alerta Celso Ribeiro Bastos (1995, p. 169) para o fato de que a expressão de “qualquer natureza” não impede a lei de estabelecer distinções: o papel da lei não é outro senão o de implantar diferenciações.

Contudo, o que se deve analisar é se o elemento discriminador, cuja adoção exige uma justificativa racional, está em harmonia com um fim constitucionalmente consagrado, devendo o critério utilizado na diferenciação ser objetivo, razoável e proporcional. (NOVELINO, 2008, p. 292)

As ações afirmativas, por exemplo, consistem em políticas públicas ou programas privados desenvolvidos com a finalidade de reduzir as desigualdades decorrentes de discriminações ou de uma hipossuficiência, econômica, ou física, por meio da concessão de algum tipo de vantagem compensatória de tais condições. (NOVELINO, 2008, p. 294)

Nas palavras de César Fiuza (2014, p. 1.184):

A separação de bens, como dito, é obrigatória em alguns casos (art. 1.641, CC). Assim, quem se case apesar de algum impedimento impediante, ou seja, com inobservância de causa suspensiva, terá o casamento regulado pela separação de bens. O homem e a mulher maiores de 70 anos também só se podem casar pelo regime de separação de bens. Por fim, o casamento dos menores sob tutela ou daqueles que dependam de autorização judicial para contrair núpcias será contraído pelo regime de separação de bens.

A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada.

Comungando com o pensamento de César Fiuza, Maria Helena Diniz (2004, p. 174):

Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis deminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição

legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado 'golpe do baú'.

Considerando a questão dos septuagenários, Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 323) nos diz que:

O legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser preempitoriamente afastado.

Por óbvio, os septuagenários, talvez sob a justificativa de uma “proteção contra demais sujeitos da sociedade”, não foram tratados como iguais, muito menos de maneira justa, já que considerados praticamente incapazes quando do momento de escolha do regime de bens a reger seu matrimônio.

Nesse ponto, sobre a atuação parlamentar, bem como a respeito da justiça, e da equidade, convém refletir sobre as palavras de André Compté-Sponville (2009, p. 93-94), que assim se posiciona:

O desejável, dizia eu, é evidentemente que leis e justiça caminhem no mesmo sentido. Pesada responsabilidade, para o soberano e, em especial, em nossas democracias, para o poder legislativo! No entanto, não poderíamos descarregar em nossos parlamentares: todo poder deve ser tomado, ou defendido, e ninguém obedece inocentemente. Mas também seria um equívoco sonhar uma legislação absolutamente justa, que bastaria aplicar. Aristóteles já mostrara que a justiça não poderia estar toda contida nas disposições necessariamente gerais de uma legislação. É por isso que, em seu ápice, ela é equidade: porque a igualdade que ela visa ou instaura é uma igualdade de direito, apesar das desigualdades de fato e até, muitas vezes, apesar das que nasceriam de uma aplicação demasiado mecânica ou demasiado intransigente da lei. O “equitativo”, explica Aristóteles, “embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal”, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade caminhante das circunstâncias e à irreduzível singularidade das situações concretas.

O filósofo francês, André Compté-Sponville (2009, p. 94), acresce ainda:

“O equitativo”, dizia também Aristóteles, “é o justo, tomado independentemente da lei escrita”. Ao homem equitativo, a legalidade importa menos que a igualdade, ou pelo menos ele sabe corrigir os rigores e as abstrações daquela mediante as exigências muito mais flexíveis e complexas (pois se trata, repitamos, da igualdade entre indivíduos que são, todos, diferentes) desta. Isso pode leva-lo muito longe, e até em detrimento de seus interesses: “Quem tende a escolher e realizar as ações equitativas

e não se atém rigorosamente a seus direitos no sentido do pior, mas tende a tomar menos do que lhe é devido, embora tenha a lei do seu lado, é um homem equitativo, e essa disposição é a equidade, uma forma especial de justiça e não uma disposição inteiramente distinta. Digamos que é justiça aplicada, justiça viva, justiça concreta – justiça verdadeira.

O Código Civil de 2002, objetivando proteger o patrimônio do septuagenário e evitar a realização do enlace matrimonial exclusivamente por interesses econômicos, impõe que o casamento dos maiores de setenta anos de idade deve ser celebrado sob o regime de separação de bens. Esse tratamento desigual, concretizado a partir da consideração de suposta incapacidade por parte dos septuagenários, os torna negativamente discriminados, violando frontalmente o princípio da igualdade na ocasião da separação obrigatória de bens.

Táisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire Sá (2015, p. 22), não sem razão, preceituam:

A autonomia familiar é traduzida na liberdade de fazer escolhas, sem interferências externas, seja da sociedade ou do Estado. Quanto ao Estado, ressaltamos duas formas de atuação: de um lado, ele atua como garantidor da liberdade de autodeterminação e, de outro lado, ele interfere em situações extremas para proteger os membros da família que se encontram em posição de vulnerabilidade.

Além de considerar o grupo familiar em face do Estado e da sociedade, há que se pensar nas relações internas, ou seja, nos vínculos de cada pessoa com a família ou com os integrantes do grupo familiar. Afinal, não raro, há interesses conflitantes em jogo. Nesse ponto, o princípio da autonomia se apresenta como autonomia individual no seio familiar.

O elemento comum – seja na autonomia da pessoa na família e desta diante da sociedade e do Estado – é o respeito à diferença. Todos devem ser igualmente respeitados nas suas diferenças (art. 5º., *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil). A igualdade completa e viabiliza o exercício da liberdade.

Continuam elas, demonstrando a limitação legal dos direitos dos idosos, a prescrever (*idem*, p. 22):

Em se tratando de pessoas idosas, a recodificação do Direito Privado Nacional não se voltou para sua inserção no âmbito familiar, o que é surpreendente diante do crescimento dessa faixa etária na população brasileira. O Código Civil de 2002, que concretiza o princípio da autonomia privada em vários de seus dispositivos, quando se refere ao idoso, inverte a equação para limitar direitos, impondo o regime de separação de bens para as pessoas com idade igual ou superior a 60⁶⁴ anos (sic). O art. 1.641, II, CC/02 é o único dispositivo a regular a situação do idoso na família.

⁶⁴ Atualmente a idade foi alterada para 70 (setenta) anos.

Abismadas com o tratamento dado feito do legislador aos idosos, concluem elas (2015, p. 22) dessa forma:

Está claro que o legislador ordinário partiu do pressuposto de que o idoso é, necessariamente, vulnerável, ainda quando não se encontra em quaisquer das situações capituladas nos artigos 3º. e 4º. do CC/02, que disciplinam o regime das incapacidades.

2.3.5.1 A evolução dos direitos dos idosos na sociedade atual

Em excelente artigo da *Revista Kairós Gerontologia*, Maria das Candeias Carvalho FEIJÓ e Suzana da A. Rocha Medeiros (2011, p. 110), assim se manifestam a respeito da velhice:

Velhice e envelhecimento são temas de preocupação mundial, cujos conceitos ou noções, enfocam problemas similares no mundo inteiro. O Envelhecimento contínuo e expressivo acarretou profundas desigualdades socioeconômicas, representando um grande desafio para a sociedade na adoção e efetivação de Políticas Públicas de Proteção, que visem, por direito, respeitar seus idosos, suas necessidades e aspirações. Os problemas sociais são diversos e nossa sociedade, ainda, não evoluiu o suficiente para alcançar a importância do comprometimento com o bem estar dos idosos e o compromisso social em propiciar a eles um envelhecimento digno, porque eles formaram a sociedade em que vivemos, estabeleceram padrões sociais, construíram o conhecimento que hoje adquirimos.

Continuam as especialistas em gerontologia (*idem*, 2011, p. 110), inclusive afirmando que “não se é mais tão velho aos sessenta” como já era alhures:

Segundo pesquisas realizadas pelo IBGE (2002), a expectativa de vida do brasileiro já alcança os 73 anos de idade. O envelhecimento populacional é o resultado da manutenção, por um período de tempo razoavelmente longo, de taxas de crescimento da população idosa superiores às da população mais jovem. Isto leva a uma mudança nos pesos dos diversos grupos etários no total da população.

Além do envelhecimento da população como um todo, a proporção da população de 80 anos ou mais, também, está crescendo, alterando a composição etária dentro do próprio grupo. A PNAD (2002) aponta que a participação dessa faixa etária, no total da população brasileira, passou de 1,0% para 1,4%. Ou seja, são cerca de 2,6 milhões de pessoas com 80 anos ou mais.

Feijó (2010), baseada em Concone (2005), refere que falar hoje em envelhecimento global da população, tendência que o Brasil hoje segue, deve-se à longevidade e queda da natalidade. Assinala que tais mudanças se refletem no perfil das populações mundiais e que por isso “não se é mais tão velho aos sessenta como já se foi num passado não muito remoto”.

Para a autora, há um lado benéfico nesse processo e consequências que ainda precisam ser explicitadas.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição que se preocupou em preservar os direitos do cidadão idoso. Em seu Capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, Art. 230, a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de amparar as pessoas idosas, assegurando-lhes participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Daniela de Lemos⁶⁵ *et al.*, assim se manifesta sobre o aumento da expectativa de vida em praticamente todo o mundo:

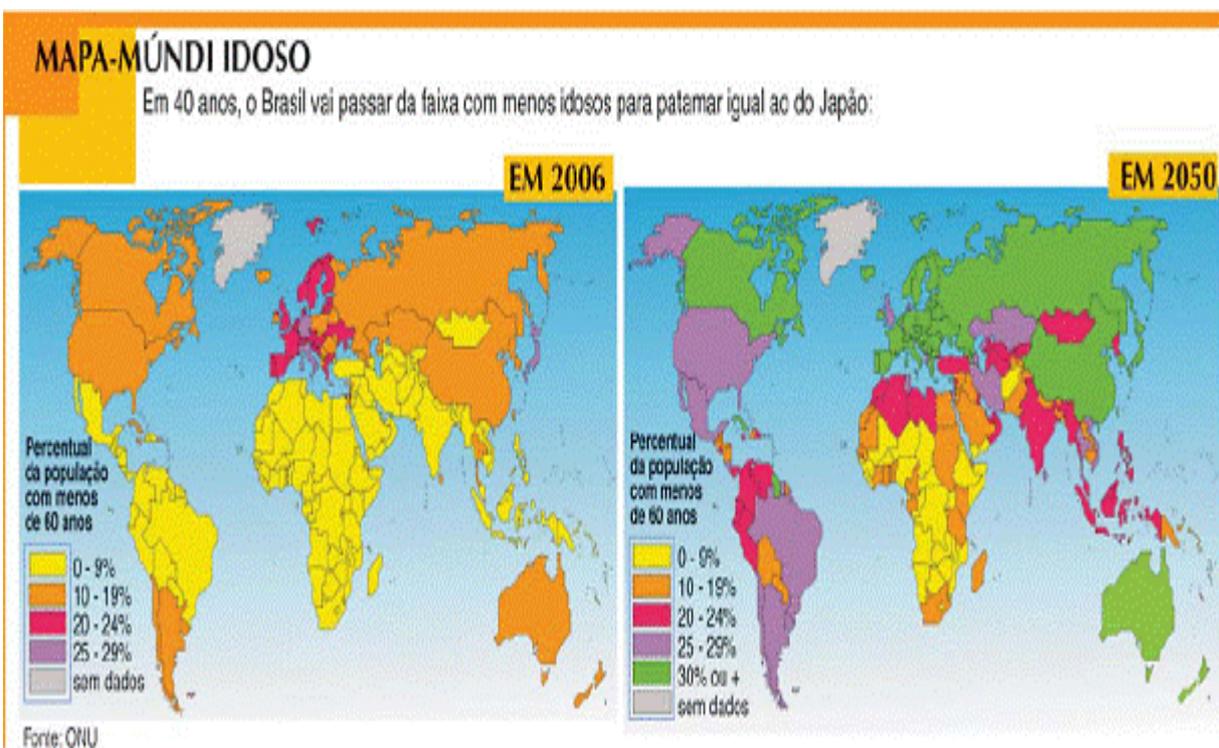
O envelhecimento populacional é um fenômeno novo na humanidade. Devido ao declínio da mortalidade, diminuição da natalidade, vacinações sistemáticas, saneamento básico e, principalmente, aos avanços da medicina as pessoas estão vivendo cada vez mais.

Através de todo o mundo, hoje, os velhos são a parcela da população que mais cresce. No Brasil, a década de 70 caracterizou-se pelo “boom” da velhice. A população com mais de 60 anos passou de 4,7 milhões (5% do total) em 1970 para 19 milhões (10%) hoje. E a ONU estima que esse número continue aumentando consideravelmente nos próximos 50 anos. Em 2050, um em cada quatro brasileiros será idoso.

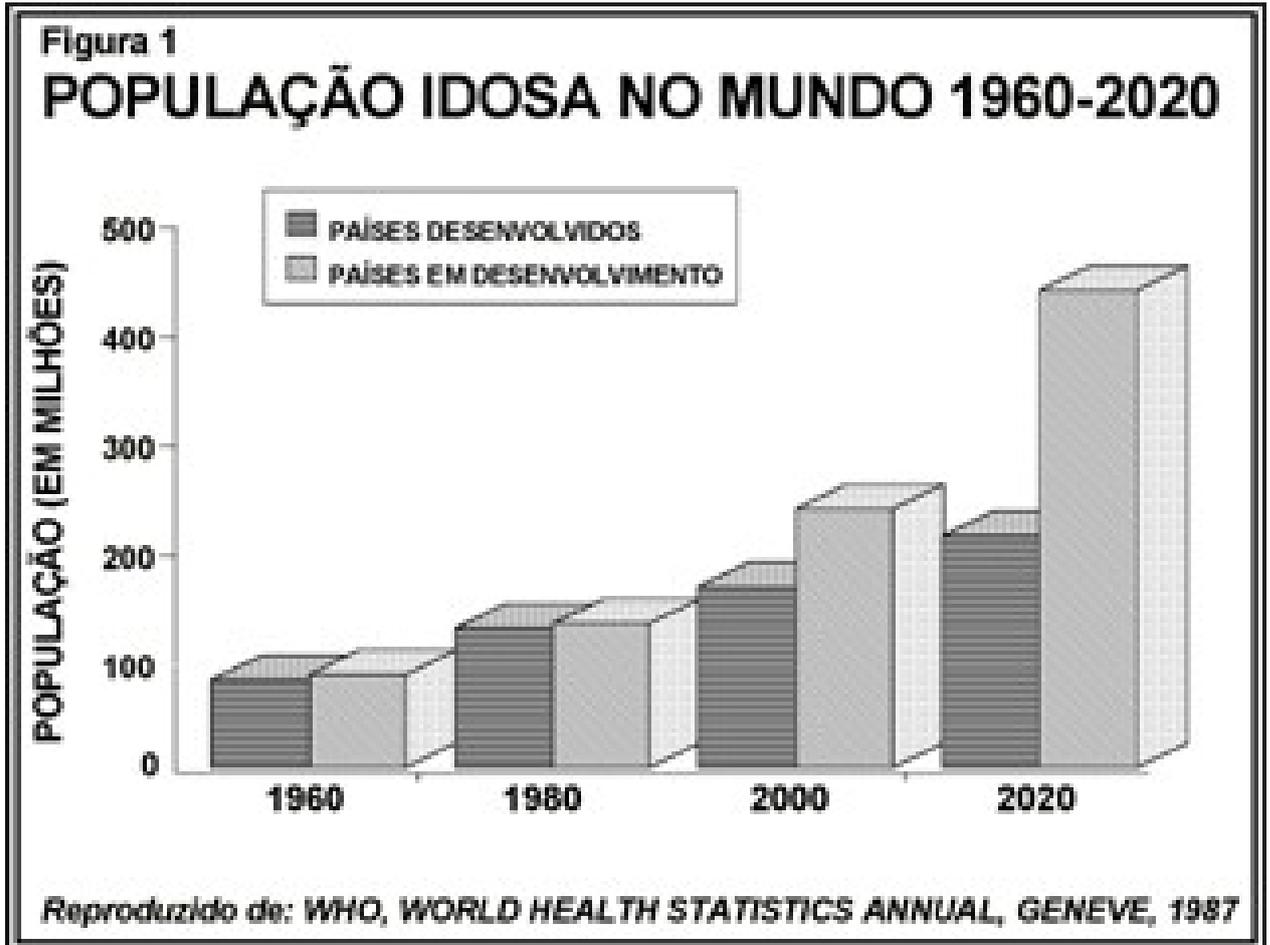
Lemos⁶⁶, *et al*, apresenta dois gráficos comprovando seus argumentos a respeito do crescimento do número de idosos:

⁶⁵ Fonte: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/tempo/velhice-texto.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁶⁶ Fonte: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/tempo/velhice-texto.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.



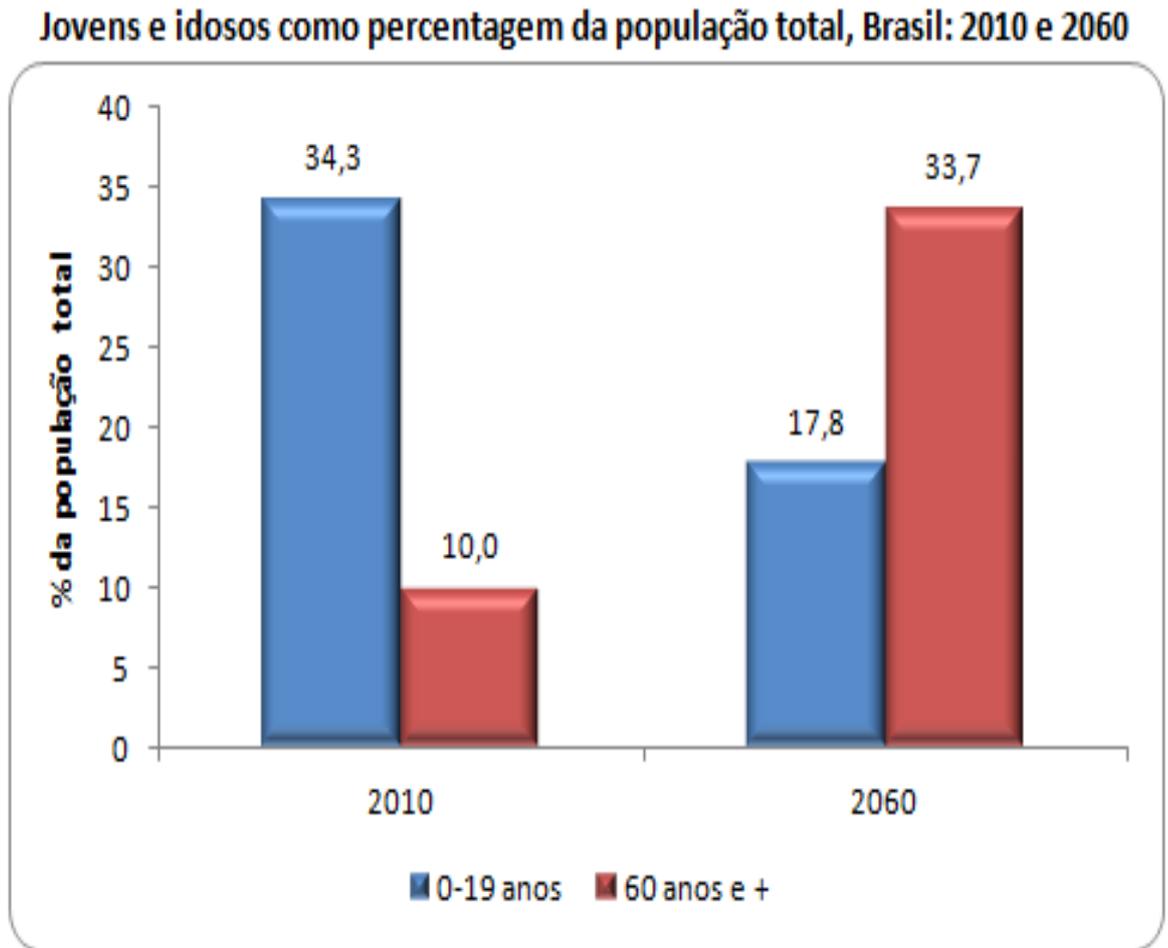
Confirmando o crescimento da população mundial de idosos, gráfico de pesquisa de 1987, realizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS, ou WHO, sigla em inglês) já apontava tal tendência:



A tabela acima mostra as mudanças que estão acontecendo nos países que terão 16 milhões ou mais de indivíduos com 60 anos ou mais no ano 2025, comparadas com as populações da mesma faixa etária em 1950. Entre os países que terão as maiores populações de idosos daqui a menos de 30 anos, oito se situam na categoria de países em desenvolvimento. Nota-se a substituição das grandes populações idosas dos países europeus pelas de países "jovens", como a Nigéria, Paquistão, México, Indonésia ou Brasil. Neste final de século, assistimos no Brasil a um verdadeiro "boom" de idosos. A faixa etária de 60 anos ou mais é a que mais cresce em termos proporcionais. Segundo as projeções estatísticas da Organização Mundial da Saúde, entre 1950 e 2025, a população de idosos no país crescerá 16 vezes contra 5 vezes da população total, o que nos colocará em termos absolutos com a sexta população de idosos do mundo, isto é, com mais de 32

milhões de pessoas com 60 anos ou mais. Este crescimento populacional é o mais acelerado no mundo e só comparável ao do México e Nigéria.⁶⁷

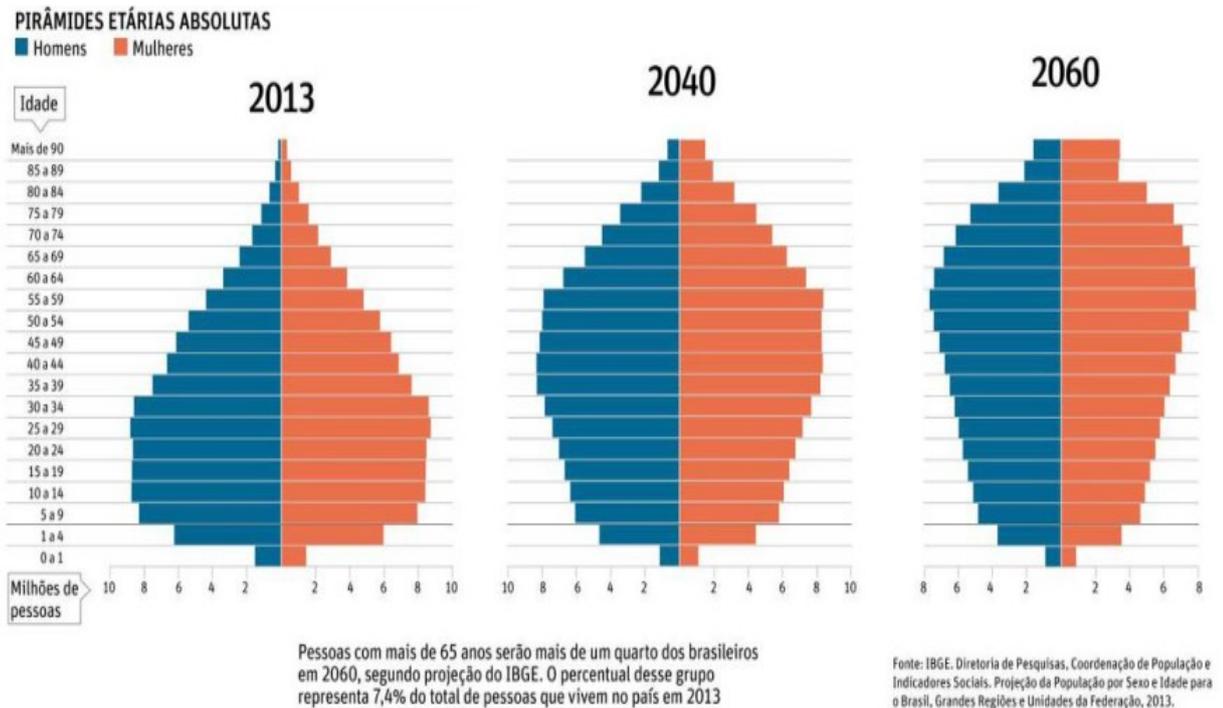
Em relação ao Brasil, a tendência é justamente a explicitada. Observemos, então, interessante gráfico do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), com projeções populacionais do Brasil para 2060:



Fonte: IBGE, projeções populacionais (revisão 2013)

Nesse mesmo sentido, o IBGE nos apresenta as diferenças impressionantes das chamadas *pirâmides etárias absolutas*, revelando tendência de altíssimo crescimento da população idosa em futuro próximo:

⁶⁷ Fonte: <http://www.saudeemovimento.com.br/conteudos/conteudo_exibe1.asp?cod_noticia=91>. Acesso em: 25 set. 2017.



Confirmando, também, a tendência de crescimento na quantidade de idosos no mundo, a Organização das Nações Unidas – ONU⁶⁸:

O mundo está no centro de uma transição do processo demográfico única e irreversível que irá resultar em populações mais velhas em todos os lugares. À medida que taxas de fertilidade diminuem, a proporção de pessoas com 60 anos ou mais deve duplicar entre 2007 e 2050, e seu número atual deve mais que triplicar, alcançando dois bilhões em 2050. Na maioria dos países, o número de pessoas acima dos 80 anos deve quadruplicar para quase 400 milhões até lá. As pessoas mais velhas têm, cada vez mais, sido vistas como contribuintes para o desenvolvimento, e suas habilidades para melhorar suas vidas e suas sociedades devem ser transformadas em políticas e programas em todos os níveis. Atualmente, 64% de todas as pessoas mais velhas vivem em regiões menos desenvolvidas – um número que deverá aproximar-se de 80% em 2050.

Quanto ao crescimento do número de idosos no mundo, a ONU promoveu a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento⁶⁹, em 2002:

Para começar a abordar estas questões, a Assembleia Geral convocou a primeira Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento em 1982, que produziu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento,

⁶⁸ Fonte: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁶⁹ Fonte: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 26 set. 2017.

com 62 pontos. Ele insta para ação em assuntos como saúde e nutrição, proteção de consumidores idosos, habitação e meio ambiente, família, bem-estar social, segurança de renda e emprego, educação e a coleta e análise de dados de pesquisa. (...)

A ação a favor do envelhecimento continuou em 2002, quando a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento foi realizada em Madrid. Objetivando desenvolver uma política internacional para o envelhecimento para o século XXI, a Assembleia adotou uma Declaração Política e o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid. O Plano de Ação pedia mudanças de atitudes, políticas e práticas em todos os níveis para satisfazer as enormes potencialidades do envelhecimento no século XXI. Suas recomendações específicas para ação dão prioridade às pessoas mais velhas e desenvolvimento, melhorando a saúde e o bem-estar na velhice, e assegurando habilitação e ambientes de apoio.

Atestando essa tendência de aumento significativo da população idosa em praticamente todo o mundo, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, José de Oliveira Ascensão (*in* SÁ *et al.* (Orgs), 2016, 120) acentua:

Em certas condições históricas, a média de vida situava-se nos 30 anos. Ainda se encontram muitos agregados em que assim ocorre mas, nos países ditos civilizados, assiste-se a um rápido e impressionante fenômeno de prolongamento da vida humana. De uma qualificação do sexagenário já como idoso passar-se-á a uma esperança de vida até aos 100 anos – o que não há muito era motivo para notícia nos jornais. Mais do que isso: este prolongamento é também da vida humana útil, portanto, daquela em que o homem mantém a capacidade de estar integrado e ativo na vida social.

Mas, afinal, quem é idoso? De acordo com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente (art. 8º.) e, são idosos, as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1º.).

Lemos⁷⁰, *et al.*, respondem dessa forma a pergunta acima:

Idoso, em termos estritos, é aquele que tem “muita idade”. Uma das consequências do uso da idade para a definição de idoso é o poder prescritivo contido nessa definição. A sociedade cria expectativas em relação aos papéis sociais daqueles com *status* de idoso e exerce diversas formas de coerção para que estes papéis se cumpram, independente de características particulares dos indivíduos.

Novas terminologias e novos conceitos vêm surgindo para classificar os indivíduos em idade mais avançada. A distinção, por exemplo, entre terceira e quarta idades é uma tentativa de ajustar esquemas classificatórios a

⁷⁰ Fonte: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/tempo/velhice-texto.html>>. Acesso em: 26 set. 2017.

circunstâncias culturais, psicológicas e ideológicas particulares das sociedades ocidentais hoje.

Alguns elementos, como uma cultura da saúde apoiada por desenvolvimentos tecnológicos na medicina preventiva e curativa e nos hábitos de vida da população, mecanismos de assistência do estado de bem-estar e modificação nos processos de produção que permitem a incorporação de determinados tipos de trabalhador, criaram as condições de surgimento e expansão de uma terceira idade que não tem uma saúde debilitada nem sofre um processo de pauperização característicos da idade.

Tratando das idades relativas aos benefícios que podem usufruir os idosos, Feijó e Medeiros (2011, p. 118) tratam o tema com acuidade:

A lei do Estatuto do Idoso decorreu do projeto de Lei n.º 3.561/97, da Câmara dos Deputados de São Paulo, e do Projeto de Lei n.º 57/03, do Senado Federal, aprovado por unanimidade em ambas as casas do Congresso Nacional, recebendo sanção presidencial em 1º de outubro de 2003 e publicada em 03 de outubro do mesmo ano. Essa Lei estabelece que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental e o seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condição de liberdade e dignidade, definindo, ainda, medidas de proteção, obrigações de entidades assistenciais, estipulando penalidade em caso de desrespeito aos seus direitos, entre outros assuntos.

A Lei n.º 10.741/2003 define o idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Entretanto, alguns direitos só são adquiridos pelos idosos que contam sessenta e cinco anos como é o caso da gratuidade no transporte coletivo urbano e semiurbano e do Benefício da Prestação Continuada, nos termos da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), conforme preceituam os artigos 34 e artigo 39 do Estatuto do Idoso.

A história romana demonstra que existe uma estreita relação entre a condição do velho e a estabilidade da sociedade. Existe a possibilidade de que os antigos romanos tivessem o hábito de se livrar dos velhos afogando-os, pois, se falava em enviá-los *ad pontem*, e os senadores eram chamados *de pontani*. Deve ter havido, como em quase todas as sociedades, um radical contraste entre o destino dos velhos que pertenciam à elite e os que faziam parte da massa. (BEAVOIR, 1990, p. 135).

As teorias de Platão e Aristóteles sobre a fase da velhice demonstram opiniões contrárias. A concepção de Platão está ligada as suas opções políticas, pois ele via a velhice como conhecimento. A Polis ideal, segundo ele, era aquela que garantia a felicidade do homem. Mas a felicidade é a virtude, e a virtude emanava do conhecimento da verdade. (BEAVOIR, 1990).

Como Platão achava que só por meio da educação os homens adquiriam conhecimento, e após serem educados, estariam aptos a governar, o estudo deveria começar na adolescência e seria frutificado, plenamente, aos cinquenta anos. A partir dessa idade, o homem que tinha educação plena, se tornava filósofo, possuía condições de governar com inteligência, possuía a verdade e se tornaria guardião da Polis. Portanto, o reinado das competências que Platão almejava era também uma gerontocracia. (FEIJÓ e MEDEIROS, 2011, p. 111-112)

Conforme a filosofia Platônica, durante a velhice o homem estaria autorizado a desprezar o declínio físico do indivíduo. A verdade do homem residia na sua alma imortal, que se aparenta às ideias: o corpo não passava de uma aparência ilusória. A princípio, Platão não viu na união do corpo com a alma senão um entrave; mais tarde, julgou que a alma pode explorar o corpo em seu benefício sem, no entanto, ter necessidade dele. (FEIJÓ e MEDEIROS, 2011, p. 112)

Quando escreveu a “República”, Platão põe na boca de Céfalos um elogio à velhice: “Quanto mais se enfraquecem os outros prazeres, os da vida corporal, tanto mais crescem em relação às coisas do espírito, minhas necessidades e alegria”. E Sócrates acrescenta que o homem se instrui por meio do contato com os velhos. (...) Platão concluiu: “os mais idosos devem mandar e os mais jovens, obedecer”. Entretanto ele agrega ao critério da idade o do valor. (BEAUVOIR, 1990, p. 135).

Na Idade Média a velhice era mais desprotegida, discriminada e até mesmo renegada e nem as propriedades e os bens dos velhos ficavam protegidos. A propriedade do velho não era garantida por instituições estáveis, mas merecida, e defendida pela força das armas; os velhos são relegados à sombra; o sistema repousa nos jovens, são eles que possuem a realidade do poder. (FEIJÓ e MEDEIROS, p. 113)

E como fazer para proteger os mais velhos, já que sujeitados a uma série de intempéries durante boa parte da história humana? Taísa Maria Macena de LIMA, e Maria de Fátima Freire de SÁ (2015, p. 01) questionam:

O fato é que o número de idosos cresceu e a velhice vem se transformando em mercadoria. (...) Como lidar com os abusos praticados por parentes que veem no velho uma fonte de satisfação de seus interesses patrimoniais? Como proteger e viabilizar a construção da personalidade daquele que se tornou frágil pelo decurso do tempo?

Informa-nos a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em conjunto com a Secretaria de Promoção de Defesa dos Direitos Humanos, e o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa⁷¹, que:

Num primeiro momento contextualiza-se o tema Direitos da Pessoa Idosa em um marco mais amplo, já que o percurso da construção desses direitos coincide com o desenvolvimento dos direitos humanos no Brasil.

A década de 1968 foi um período de expansão das práticas assistenciais realizadas pelo Estado. Um exemplo dessa prática foi a assinatura da primeira medida normatizadora da assistência aos idosos, restrita aos beneficiários do sistema previdenciário o “amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade¹”.

Em 1979 a pessoa idosa não-previdenciária passa também a contar, pelo menos na lei², com essa assistência social. Entretanto, no final da década de 1970 a expectativa de vida do brasileiro era de pouco mais de 62 anos e seu crescimento populacional representava um aumento mais significativo em relação ao restante da população (PNAD).

Em 1982, ocorreu em Viena a Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento, organizada pela ONU e teve por objetivo iniciar um programa internacional de ação para garantir a seguridade econômica e social das pessoas idosas, assim como oportunidades para que estas pessoas contribuam para o desenvolvimento de seus países (ONU, 1982, p. 4).

O Plano de Ação de Viena salientou a importância de se formular e aplicar políticas específicas para os idosos, incorporando-lhes uma série de direitos que não estavam sendo supridos.

No Brasil esse plano não teve uma repercussão imediata, porém, com a elaboração da Constituição Federal de 1988, demarca-se o fortalecimento da democracia no país. É nesse momento que o debate sobre direitos humanos se amplia e toma frente como princípio fundamental para a constituição de uma sociedade livre e justa. O texto constitucional faz referência ao idoso nos artigos 229 e 230 sendo que nesse último “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Em 1992, durante a Assembleia Geral da ONU, foram definidos princípios que favorecem especificamente a pessoa idosa como: independência, participação, cuidados, auto realização e dignidade. Foram estabelecidas ainda diretrizes que oportunizam a inserção social, política, econômica e cultural dos idosos, garantindo assim uma melhor qualidade de vida. Tais princípios e diretrizes tiveram uma repercussão direta no Brasil, que no ano seguinte (1993) sanciona a Lei Orgânica de Assistência Social.

A LOAS passa a assegurar benefícios importantes aos idosos como o Benefício de Prestação Continuada (artigo 20) que substitui a renda mensal vitalícia de 1974, garantindo a pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais um salário mínimo mensal, desde que comprovem não possuir meios de promover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família. O idoso poderá receber ainda um benefício adicional, caso esteja em situação de vulnerabilidade temporária. Até 1993 não existia no Brasil uma política nacional para os idosos, apesar da crescente mobilização da comunidade acadêmica e da sociedade reivindicando a garantia de condições mínimas de sobrevivência e cidadania a todos os brasileiros com mais de 60 anos. O Estado brasileiro tinha acumulado um

⁷¹ Fonte: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGALIS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2017.

pequeno rol de medidas públicas, que foram consubstanciadas em programas destinados a idosos carentes.

Lembra-nos a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República⁷² que:

O marco histórico dos direitos da população idosa no Brasil se dá no ano de 1994 por meio da criação do Conselho Nacional do Idoso e da promulgação da Política Nacional do Idoso, que tem por objetivo “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (art. 1). Entre os 22 artigos que compõem os seis capítulos desta lei, destacam-se: os direitos à cidadania, respeito, não discriminação, informações sobre o envelhecimento, participação, capacitação, atualização, cultura, esporte, lazer, saúde, educação, previdência, trabalho, habitação e assistência social.

Em 1996 a Lei nº 8.842 é regulamentada pelo Decreto Nº 1.948, de 3 de julho de 1996. Em comemoração ao Ano Internacional da Pessoa Idosa (1999) o Comitê das Nações Unidas preparou um documento orientando que cada país defina por si mesmo uma política voltada aos idosos, baseada em propriedades, objetivos e planos nacionais, estruturando programas dirigidos a ações que solucionem os problemas e necessidades dos idosos e dos efeitos do envelhecimento nas sociedades.

No Brasil, vindo de encontro às necessidades específicas do segmento dos idosos, é aprovada em 1999 a Política de Saúde do Idoso que traz como diretrizes: a promoção do envelhecimento saudável; assistência às necessidades de saúde do idoso; reabilitação da capacidade funcional comprometida; a capacitação de recursos humanos especializados; o apoio ao desenvolvimento de cuidados informais; e o apoio a estudos e pesquisas.

Consoante o Ministério dos Direitos Humanos⁷³, no Brasil, o Sistema de Garantia dos Direitos da Pessoa Idosa é amparado por diversos documentos legais e planos de ação política. No plano nacional, além das garantias constitucionais, destacam-se a Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/94), o Estatuto do idoso (Lei 10.741/03), além de inúmeros políticas e planos setoriais, tais como a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (2006). Confira a legislação a seguir: Manual do Cuidador da Pessoa Idosa, elaborado como um instrumento que o cuidador institucional, domiciliar e familiar das pessoas idosas utiliza como um guia para proporcionar melhores cuidados, participando dos esforços para reduzir a violência contra essa população e garantir-lhe um envelhecer com dignidade. Foi confeccionada, também, a Carta de São José, aprovada por mais de 150

⁷² Fonte: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGALIS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2017.

⁷³ Fonte: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao>>. Acesso em: 06 set. 2017.

representantes dos países membros da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), o documento sobre direitos dos idosos é resultado do trabalho desenvolvido na Terceira Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e Caribe. O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, assegura ao idoso a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Certamente, medidas protetivas são necessárias e bem-vindas. No entanto, uma legislação que impede atos de vontade dos idosos, eventualmente, podem acabar por prejudicar os mesmos, como no caso da instituição do regime matrimonial previamente definido pelo Estado aos septuagenários. *In casu*, o excesso protetivo extingue a liberdade de escolha do idoso e, ao invés de protegê-los, cerceia sua autonomia de vontade. Daí reside a importância do princípio da igualdade, aplicada também aos idosos, pois o tratamento desigual os desqualifica para a vida pessoal e patrimonial, tal como se os mesmos fossem portadores de algum tipo de incapacidade mental, o que, definitivamente, não se aplica hodiernamente.

2.3.5.2 A transgressão da autonomia privada e do direito à liberdade

A origem da palavra “autonomia” vem do francês, *autonomie*. Este, por sua vez, é derivado de duas outras palavras do grego: *autós*, que significa “próprio, si mesmo” e *nomos*, que tem o significado de “nomes”, porém pode ser traduzido como “normas, regras”.⁷⁴

Para compreender sua evolução histórica, é preciso diferenciar autonomia da vontade da autonomia privada.

Na lição de Guimarães (2007, p. 116), autonomia da vontade é um princípio pelo qual a vontade dos contratantes, ou do agente do ato jurídico, é soberana e produz efeitos legais, quando a pessoa é capaz, não contraria o direito expresso, o interesse coletivo nem a ordem pública.

⁷⁴ Fonte: <<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-autonomia/>>. Acesso em: 06 set. 2017.

Princípio da autonomia da vontade: consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contratante e de fixar o conteúdo do contrato. (MALOSÁ JÚNIOR e SILVA, p. 181)

Caio Mário da Silva Pereira (2001, sp) define com acuidade o princípio da autonomia da vontade ao defini-lo desta forma: “faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”.

E isso ocorre em qualquer modalidade de contrato, tanto naquele mais simples, quanto no que exige complexidade, ambos constituindo, de igual modo, fonte formal de direito, haja visto que, findo o contrato ou na hipótese de inadimplemento, surge o direito do contratante de fazê-lo cumprir através das vias judiciais. Há de se ver que, mesmo nos contratos de adesão, subsiste a liberdade de contratar, haja visto que o interessado tem a faculdade de não se submeter ao padrão oferecido. (MALOSÁ JÚNIOR e SILVA, p. 183)

A autonomia privada confirma-se como fundamento das relações negociais inserido em contratos, no direito de família e no direito das coisas. O conceito da autonomia privada e sua óbvia importância no atual direito contratual terão que ser dimensionados a partir da Constitucional Federal de 1988 e particularmente e a tendência de se privilegiar as normas fundamentais que protege a dignidade da pessoa humana e que possuem aplicação nas relações privadas, perfazendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que justifica sua aplicação nas relações entre particulares, entre iguais. O que rompe com a concepção original de eficácia vertical, imposta pela lei, pelo Estado.⁷⁵

Sem dúvida, corresponde a autonomia privada a um dos principais fundamentos do direito privado, tratando-se de projeção de direito personalíssimo, ético, axiológico da pessoa tratada como centro e destinatário principal da ordem jurídica privada, sem o que apesar da pessoa humana estar formalmente revestida de titularidade de direitos e jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a

⁷⁵ Fonte: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294>. Acesso em: 06 set. 2017.

serviço da sociedade, perdendo sua primacial qualidade de sujeito de direito. E, disputando lugar ao lado dos objetos de direito.⁷⁶

De fato, com a imposição de regime de bens para os septuagenários, adotada pelo Código Civil de 2002, com atualização em 2011, a inserção dos desígnios do Estado sobre autonomia privada se mostra exacerbada, comprometendo sobremaneira o direito à liberdade dos maiores de setenta anos.

Nesse sentido, Leandro Henrique Simões Goulart e Rosane Monteiro Barbosa (2012, sp) são categóricos:

Em 2011, o art. 1641 II do CC sofreu uma alteração. Atualmente, os homens e mulheres maiores de setenta anos devem casar-se sob o regime de separação legal de bens. Com a equiparação da idade do homem e da mulher trazida pelo art. 1641, II do Código Civil de 2002, o legislador supostamente atendeu o que diz o princípio da igualdade: colocou homens e mulheres em pé de igualdade. Contudo, o desrespeito ao princípio da igualdade permaneceu evidente. Se os nubentes se casarem aos sessenta e nove anos serão absolutamente capazes para decidir qual o regime de bens melhor lhes convém. Contudo, se esperarem mais um ano para se casarem, já não são mais capazes de definir como será a divisão do patrimônio com a formação do vínculo conjugal.

2.3.5.3 A violação do princípio da dignidade da pessoa humana

O impacto causado pelos horrores cometidos durante a segunda grande guerra mundial e a constatação de que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação de regimes autoritários levaram ao desenvolvimento de uma nova dogmática na qual a dignidade da pessoa humana desponta como núcleo central do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático. Consagrada expressamente nas Constituições de diversos países, sua ascensão à condição de valor jurídico supremo é um dos traços marcantes do constitucionalismo do segundo pós-guerra, no qual se verifica uma tendência de reconhecimento do ser humano como centro e fim do direito. (NOVELINO, 2008, p. 31)

Na seara interna, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no artigo 1º, III, como basilar, do qual decorrem todos os demais.

⁷⁶ *idem*

Sobre sua importância, Maria Berenice Dias (2015, p. 44) aduz que:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Continua Dias (2015, p. 44-45) de forma incisiva:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmiento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade. (negrito da autora)

A discussão acerca da aplicação da norma civilista de imposição de determinado regime de bens para os mais velhos, afeta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ferir outros princípios dele decorrentes, conforme destaca Alexandre de Moraes (2002, p. 129):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifo nosso)

Assiste razão à Dias e a Moraes, pois o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser efetivado em todos os seus aspectos. No entanto, a vedação à escolha do regime que melhor lhe cabe, por parte da legislação civilista, se mostra um obstáculo à concretização da dignidade humana quando do enlace matrimonial

do idoso, pois, nesse momento, ele é tratado como um incapaz, embora o Código Civil não elenque, em momento algum, os senis como tal.

Aprofundaremos, mais à frente (Capítulo 4.1), o raciocínio a respeito de tal princípio, dada a sua importância primária no Direito de Família.

3 A RECONSTRUÇÃO DA REGRA LEGAL PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

De início, insta salientar que, *strictu sensu*, há uma diferença conceitual entre jurisprudência, súmula e súmula vinculante. Guimarães (2007, p. 382) afirma que, “segundo Ulpiano, (“Digesto”) Jurisprudência era o conhecimento das coisas divinas e humanas e ciência do justo e do injusto, já que em seu tempo se interpenetravam e se irmanavam os direitos divinos e humanos.”

Hodiernamente, pode ser considerado como “jurisprudência” o conjunto de decisões que mostram o posicionamento de um tribunal, a respeito de uma matéria. Para que isso ocorra, há que se ter decisões repetidas sobre determinado tema.

Por sua vez, a Súmula é justamente o resumo da jurisprudência acerca de um assunto. Por uma questão de segurança jurídica, ela exige que o entendimento sobre tal tema esteja bastante consolidado, obviamente gerando segurança jurídica.

Por seu turno, a chamada Súmula Vinculante só pode ser editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), bem como só pode versar sobre matéria constitucional. Ademais, para ser aprovada, necessita da concordância de, ao menos, 8 (oito) ministros. Por fim, ela deve ser seguida de forma obrigatória pelos magistrados e órgãos públicos. A Súmula Vinculante, no ordenamento jurídico pátrio, é tratada na legislação infraconstitucional pela Lei n. 11.417 de 2006, ao passo que, na Constituição da República, situa-se no art. 103-A. Vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 2017)

No entanto, na presente pesquisa, trataremos os julgados de forma ampla, ou *latu sensu*, a não ser quando se tratar de Súmula Vinculante, devido às suas especificidades.

Historicamente, na vigência do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1916), que antecedeu ao atual Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 2002), em vigor,

adotava-se o regime de comunhão universal de bens como a regra legal entre os cônjuges.

Neste sentido, segundo o artigo 258 do Código Civil de 1916 “não havendo convenção ou, sendo nula, vigoraria entre os cônjuges o regime da comunhão universal de bens”. (BRASIL, 1916)

No regime da comunhão universal de bens, segundo o artigo 262 do Código Civil de 1916, ocorria a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e de suas dívidas passivas.

Entretanto, o artigo 256 do Código Civil de 1916 excepcionava a regra da comunhão universal de bens, pois permitia aos cônjuges escolher, mediante convenção, regime de bens diverso antes do casamento.

O parágrafo único do artigo 258 do Código Civil de 1916, também excepcionava a regra geral da adoção do regime legal da comunhão universal de bens, ao dispor que seria obrigatória a adoção do regime da separação de bens para o casamento que envolvesse homem maior de 60 (sessenta) anos, e mulher maior de 50 (cinquenta) anos, aos órfãos, e a outras pessoas que desrespeitassem determinadas exigências legais.

Observa-se, portanto, que desde a vigência do Código Civil de 1916 existia regra que limitava, frontalmente, a autonomia da vontade de escolha do regime de bens para o casamento, quando celebrado por pessoas acima de determinada idade.

Embora o artigo 258 do Código Civil de 1916 tenha imposto o regime da separação legal de bens nas circunstâncias descritas anteriormente, no dispositivo seguinte, o referido *codex*, em vigor a partir do primeiro quartel do século XX, estabeleceu uma previsão polêmica, e aparentemente contraditória a tal dispositivo ao dispor, no artigo 259, que “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.” (BRASIL, 1916)

Questionou-se se o artigo 259 do Código Civil de 1916 teria estendido a outros regimes de bens, como o da separação legal obrigatória, contido no artigo 258 do referido diploma, a possibilidade de comunicação entre os cônjuges dos bens adquiridos na constância do casamento.

Em outras palavras, na vigência do Código Civil de 1916, suscitou-se a discussão se a partir da aplicação do disposto no artigo 259 do Código Civil de 1916, o regime da separação legal de bens importava na possibilidade de separação de bens apenas no momento anterior ao casamento, pois o próprio artigo 259 autorizaria, em tese, a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento.

Consoante o acima exposto, José Fernando Simão (2017, sp), comentou sobre os efeitos do disposto no artigo 259 do Código Civil de 1916, especialmente sobre o perigo da possibilidade de uma interpretação no sentido de, a partir de tal norma, ser possível conceber a comunhão de bens durante a constância do casamento, mesmo quando celebrado por aqueles amparados por lei com o regime da separação obrigatória de bens. Vejamos: “Era uma armadilha para aqueles que simplesmente escolhiam a separação de bens, sem excluir expressamente a comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento”. (SIMÃO, 2017, sp)

Nota-se, portanto, que na vigência do Código Civil de 1916 havia a previsão do regime legal da comunhão universal de bens, ou seja, na omissão pelos cônjuges da escolha de regime diverso, os patrimônios dos cônjuges anteriores e posteriores a constância do casamento comunicariam entre si.

Na vigência do Código Civil de 1916, também existia a previsão do regime da separação obrigatória de bens. Entretanto, dada a aplicação do polêmico artigo 259 do Código Civil de 1916, discutia-se se o regime da separação obrigatória de bens apenas importava na ausência de comunhão de bens apenas em momento anterior ao casamento, já que o referido dispositivo estendia a possibilidade de haver a comunhão entre os cônjuges dos bens adquiridos na constância do casamento a outros regimes, inclusive no da separação legal obrigatória.

3.1 Súmulas: comunhão parcial

A polêmica se o artigo 259 do Código Civil de 1916 teria estendido ao regime da separação obrigatória de bens a possibilidade da existência de comunhão de bens na constância do casamento chegou aos tribunais.

Desta feita, em 1964, o Supremo Tribunal Federal (STF), com o propósito de pacificar a discussão sobre a aplicação do artigo 259 do Código Civil de 1916 editou a súmula 377 com o seguinte teor: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, 1964)

A partir da súmula 377⁷⁷ do Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se inexistir o regime de separação total de bens até então, à época, no direito brasileiro, pois restava assegurada a possibilidade de meação de bens adquiridos na constância do casamento, principalmente quando provado que houve um esforço comum na aquisição destes.

De acordo com Maria Berenice Dias (2010, p. 250) que, no que diz respeito à separação legal, a mencionada súmula pretendeu evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes. Vejamos:

A jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.

Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 200), por sua vez, explica que o fundamento era um dispositivo legal que previa a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, mesmo não sendo de comunhão o regime adotado.

O citado autor (*idem*, p. 200) entende a inaplicabilidade da súmula 377 do STF, no sentido de não ser vigente nos dias hodiernos, apesar de admitir certa mitigação do regime para evitar eventuais locupletamentos.

Em relação à vigência da súmula, insta observar as lições de Flávio Tartuce (2014, p. 140). O mesmo entende haver duas correntes: a primeira defendendo o cancelamento da súmula, tendo em vista a não reprodução do artigo que a

⁷⁷ Referências Legislativas usadas pelo STF para a citada Súmula: Código Civil de 1916, art. 258 e art. 259; Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, art. 7º, § 5º.; Lei nº 883/1949 (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, através da Lei n. 12.376 de 2010), art. 3º.; Decreto-Lei nº 3.200/1941, art. 18. Precedentes: RE 8984 Publicação: DJ de 11/01/1951; RE 9128, Publicação: DJ de 17/12/1948; RE 10951 Publicação: DJ de 09/04/1948; RE 7243 Publicação: DJ de 12/06/1945.

fundamenta no novo Código Civil, ao passo que a segunda sustenta a vigência da súmula, baseando-se na proibição do enriquecimento sem causa:

De toda sorte, como a discussão ainda persiste entre os estudiosos, vejamos os argumentos das duas correntes e quais são os juristas que seguem um e outro pensamento. Para a primeira corrente, a súmula deve ser tida como cancelada, eis que o Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 259 do CC/1916, antes transcrito, que supostamente lhe dava fundamento. Na doutrina, encabeçam esse entendimento, além de José Fernando Simão, Silvio Rodrigues (Direito..., 2003, p. 169-173, v. 6.), Francisco Cahali (A Súmula 377..., Revista do Advogado..., Homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004), Inácio de Carvalho Neto (A Súmula 377... Acesso em: 11 jan. 2005) e Silmara Juny Chinellato (Comentários..., 2004, p. 295). Para a segunda corrente, majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a súmula não está cancelada, diante da vedação do enriquecimento sem causa, retirada dos arts. 884 a 886. Assim, urge a comunicação dos bens havidos pelo esforço comum para se evitar o locupletamento sem razão. Pela permanência da súmula, presente a estudada divergência quanto à prova do esforço comum: Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (Código..., 2003, p. 737), Zeno Veloso (Direito hereditário..., 2010, p. 55), Rodrigo Toscano de Brito (Compromisso..., 2004), Paulo Lôbo (Famílias..., 2008, p. 300), Maria Berenice Dias (Manual..., 2009, p. 205), Maria Helena Diniz (Código..., 2010, p. 1.169), Sílvio Venosa (Código..., 2010, p. 1.511-1.512), Eduardo de Oliveira Leite (Direito..., 2005, v. 5, p. 300), Rolf Madaleno (Curso..., 2008, p. 46-47), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (Direito..., 2008, p. 221), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Novo curso..., 2011, v. VI, p. 316).

O TJRS (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), normalmente estudado por ter decisões de vanguarda é vacilante quando da aplicação da referida súmula do STF.

Assim, recentes decisões da corte sulista:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. COMPANHEIRA FALECIDA. PARTILHA DE BENS. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. DESCABIMENTO. Às uniões estáveis, salvo documento escrito entre as partes, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, pelo qual se comunicam todos os bens adquiridos onerosamente no curso da convivência, independentemente da comprovação da efetiva participação de cada um dos companheiros, presumindo-se o esforço comum, a teor do disposto no art. 1.725 do CCB. Outrossim, não havendo na legislação a imposição do regime da separação obrigatória de bens, tal como ocorre no casamento quando um dos cônjuges contar 60 (sessenta) anos de idade (código anterior) ou 70 (setenta) anos de idade (código atual), descabida a aplicação da restrição por analogia pelo fato de causar flagrante prejuízo às partes. Ainda, a título de argumentação, mesmo que houvesse tal disposição, aplicar-se-ia o disposto na Súmula 377 do STF, pela qual comunicam-se os aquestos. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (Agravos de Instrumento Nº

70074075524, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 30/08/2017)

Pela aplicação da Súmula por parte do TJRS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. INCIDÊNCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. BEM IMÓVEL. INCLUSÃO NA PARTILHA. MANUTENÇÃO. MOBILIÁRIO QUE GUARNECIA A RESIDÊNCIA DO CASAL. DIVISÃO JÁ EFETIVADA POR OCASIÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO. 1. Aplicável, no caso, o regime da separação obrigatória de bens, incidindo o disposto na Súmula nº 377 do STF, ou seja, de que bens adquiridos onerosamente na constância da relação comunicam-se no acervo patrimonial, presumindo-se o esforço comum. Interpretação dada no âmbito da Uniformização de Jurisprudência nº 70064111412 e renovada no âmbito do Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673. Eficácia vinculante em relação aos órgãos fracionários e juízes vinculados a esta corte, por força do §3º do artigo 947 do CPC. 2. Corretamente determinada na origem a inclusão na partilha do bem imóvel adquirido durante o casamento, pois não comprovado o emprego de recursos titulados exclusivamente pelo recorrente anteriormente à celebração, o que seria de rigor a afastar a presunção incidente. 3. Relativamente aos bens móveis que guarneciam a residência comum, cuja partilha igualitária foi determinada na origem, razoável que cada um dos cônjuges permaneça na posse dos bens que lhe tocaram por ocasião da separação de fato, tendo a recorrida, em réplica, expressamente manifestado o desinteresse de partilhar os bens que permaneceram na posse do réu. Sentença reformada no ponto. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070864285, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 23/03/2017)

O TJDF (Tribunal de Justiça do Distrito Federal) opta, em regra, pela aplicabilidade da Súmula 377 do STF. Interessante perceber que, normalmente, tal tribunal presume o esforço comum do casal, diferentemente do TJRS. É mister observar o seguinte julgado de 2017:

DIVÓRCIO. PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL. SÚMULA 377 DO STF.
20150710122526APC - (0012029-70.2015.8.07.0007 - Res. 65 CNJ) -
Segredo de Justiça

I - No regime da separação obrigatória ou legal comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum. Súmula 377 do STF.

II - A separação de fato é o marco temporal para cessar a comunicabilidade dos bens.

III - É improcedente o pedido de partilha de bens ou de dívidas anteriores ou posteriores a convivência conjugal, pois ausente a presunção de esforço comum, ou de que tenha revertido para as coisas necessárias à economia doméstica.

IV - Apelação desprovida.

(Acórdão n.1052544, 20150710122526APC, Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/10/2017, Publicado no DJE: 10/10/2017. Pag.: 464/482)

O TJMG (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), por sua vez, atualmente, adota majoritária posição pela aplicação da Súmula 377 do STF.

Insta salientar que observamos, em regra, a exigência da referida Corte no tocante à comprovação efetiva do esforço comum do casal na aquisição dos bens durante o casamento. Nesse sentido, hodierna decisão:

Relator (a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto

Data de Julgamento: 23/02/2017

Data da publicação da súmula: 14/03/2017

Ementa:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - CASAMENTO - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PARTILHA - OBEDIÊNCIA A SÚMULA 377 DO STF - BENS ADQUIRIDOS POSTERIORMENTE AO MATRIMÔNIO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Por força da Súmula nº 377 do STF, que dispõe: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", conclui-se que, se a relação jurídica de aquisição de bens que se pretende partilhar se concretizou durante o casamento, faz jus o cônjuge supérstite a meação.

2. Não obstante, em virtude da ausência comprovação quanto à época em que os bens foram adquiridos, se em momento anterior ou posterior ao matrimônio, não há como determinar a partilha do referido patrimônio.

3. Recurso ao qual se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0701.14.033848-7/001

Outra recente, e interessante decisão do TJMG (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), pela aplicação da Súmula 377 do STF:

Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues

Data de Julgamento: 19/09/2017

Data da publicação da súmula: 29/09/2017

Ementa:

Agravo de Instrumento - Inventário - Nubente maior de sessenta anos - Óbito anterior a 2010 - Pacto antenupcial de separação convencional de bens - Distrato posterior - Casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens - Art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 - Cônjuge-virago - Exclusão da sucessão - Inviabilidade - Enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - Aplicação - Recurso a que se nega provimento.

1 - No regime de separação obrigatória de bens, o cônjuge supérstite somente figurará como herdeiro na ausência de descendentes, resguardado, todavia, seu direito à meação do patrimônio amealhado por esforço comum na constância do matrimônio, conforme entendimento firmado no Enunciado 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 - O cônjuge supérstite tem legitimidade para figurar como inventariante do espólio dos bens do cônjuge falecido, devendo ser mantido no múnus, salvo ocorrência de alguma das hipóteses do art. 622, do Código de Processo Civil de 2015⁷⁸.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0461.13.004086-2/001 - COMARCA DE OURO PRETO - 2ª VARA CÍVEL - AGRAVANTE: WILLY HAMAM FALKENHEIN - AGRAVADA: MARILIA VASCONCELOS DE SOUZA INVENTARIANTE DO ESPÓLIO DE FRANK ULRICH HELMUT FALKENHEIN

No mesmo sentido, decisão de 2016, em sede de Mandado de Segurança, da mencionada Corte Mineira:

Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes

Data de Julgamento: 04/08/0016

Data da publicação da súmula: 05/08/2016

Ementa:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO. EXCLUSÃO DA MEAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. SÚMULA 377, DO STF. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO.

O Mandado de Segurança, seja ele na forma repressiva ou preventiva, é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data*, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do art. 5º, LXIX da CF/88. De acordo com a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Sobre a meação do cônjuge supérstite não incide o ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, pois em tal caso não se verifica a transmissão de bens.

MANDADO DE SEGURANÇA 1.0000.16.028988-0/000

No mesmo sentido, pela aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, o seguinte jugado do TJMG:

Relator(a): Des.(a) Renato Dresch

Data de Julgamento: 29/09/2016

Data da publicação da súmula: 04/10/2016

Ementa:

⁷⁸ O NCCPC, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, em seu art. 622 diz que: o inventariante será removido de ofício ou a requerimento: I - se não prestar, no prazo legal, as primeiras ou as últimas declarações; II - se não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios; III - se, por culpa sua, bens do espólio se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano; IV - se não defender o espólio nas ações em que for citado, se deixar de cobrar dívidas ativas ou se não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; V - se não prestar contas ou se as que prestar não forem julgadas boas; VI - se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 dez. 2017.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INVENTÁRIO - PARTILHA - CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR SUPRIMENTO DE IDADE - SÚMULA 377 STF - INCLUSÃO NA PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. 1 - Há comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação legal de bens, não havendo necessidade de comprovação do esforço comum na aquisição do patrimônio, com fundamento na Súmula 377 do STF, devendo ser reconhecido ao meeiro e aos herdeiros, o direito à divisão do patrimônio amealhado pelo casal na constância do casamento.
PROCESSO DE APELAÇÃO CÍVEL 1.0518.15.000451-4/001

3.2 Súmulas: comunhão parcial presumida

A existência de comunhão de bens posterior à constância do casamento foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal não apenas aos casamentos celebrados sob o regime de separação de bens, mas também, ainda que de modo presumido, às relações de concubinato.

O concubinato consistia em vínculo conjugal, diverso do casamento, havido por pessoas não casadas, sem impedimentos, figura precursora da atual modalidade familiar da união estável. Se o concubinato fosse havido por pessoas impedidas de casar, por exemplo, porque casadas, era denominado de impuro ou adúlterino, conforme Roberto Figueiredo e Luciano Figueiredo explicam:

A etimologia da expressão concubinato significa com unhão de leitos. Advém do latim cum (com), *cubare* (dormir), *concubinatus*, significando a companhia na cama, a presença mútua no leito afetivo.

Durante largo período histórico, prévio à Constituição Federal de 1988, o signo concubinato fora utilizado como gênero, o qual abrangia a sua:

- a) modalidade pura, existente entre pessoas que poderiam se casar e
- b) a modalidade impura, contraído entre pessoas impedidas de casar.

Ocorria o concubinato puro quando o casal, apesar de autorizado a contrair casamento, não o fazia, estabelecendo uma vida em com um como se marido e mulher fossem - *more uxório* - sem o solene matrimônio. Portanto, a única atipicidade nesta situação era a ausência do casamento e nada mais.

O concubinato impuro ocorria quanto o casal era impedido de constituir matrimônio e - mesmo assim - estabeleciam uma relação estável, não eventual, proibida pela lei.

Ambas as figuras concubinárias (pura e impura) eram tidas como ilícitas à época, isto porque apenas se verificava como lícita a família oriunda do casamento. Ainda havia aqui um a grande e indevida aproximação entre o Estado e a Igreja, de maneira que, por conta do ideal católico, apenas se tutelava o direito à família decorrente do sacramento do casamento, ou seja, das justas núpcias. (FIGUEIREDO (a); FIGUEIREDO(b), 2014, p.254)

Em 1964, o casamento era o único modelo de entidade familiar tido como legítimo. Entretanto, existiam relações conjugais havidas por pessoas desimpedidas, não casadas, que produziam efeitos, dentre eles, a construção de um patrimônio em comum, filiações, dentre outros.

Diante da ausência de regramento no Código Civil de 1916 para o concubinato e, instado a se manifestar sobre quais seriam os efeitos patrimoniais desta relação, sobretudo quando se dissolvia, o Supremo Tribunal Federal proferiu um entendimento inovador ao sumular que existiria uma comunhão de bens entre os concubinos, ainda que presumida, já que na dissolução desta entidade eles deveriam partilhar os bens que adquiriram por esforço em comum.

Neste sentido, eis o teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal “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.” (BRASIL, 1964).

A Jurisprudência posterior à Súmula do Supremo Tribunal Federal foi a seguinte:

Não seria, entretanto, possível, desde logo, extrair da regra do art. 226 e seu parágrafo 3º, da Constituição, consequência no sentido de reconhecer-se, desde logo, sem disciplina legislativa específica, determinação de comunhão de bens entre homem e mulher, em união estável, de tal forma que a morte de um deles importe o recolhimento automático de meação pelo sobrevivente. Na espécie, a matéria ainda vem tendo o tratamento dispensado pela jurisprudência, estando em pleno vigor o que se contém na Súmula 380, com este enunciado: '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'. Anota, nesse sentido, o professor Roberto Rosas, em seu *Direito Sumular*, 2ª ed., p. 171: 'A jurisprudência do STF tem aplicado a Súmula n. 380, para admitir a sociedade, pela existência do concubinato (RTJ 70/108; 69/723; 54/762; 83/424; 79/229; 80/260; 89/181). Em outras circunstâncias há maior restrição para admitir a partilha, somente com o esforço (RTJ 69/467; 66/528; 64/665; 57/352; 49/664)'. E, adiante, observa: 'A tendência é para admitir a partilha somente do patrimônio obtido pelo esforço comum (RTJ 89/81; 90/1.022)' (*op. cit.*, p. 171)." (RE 158700, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 30.10.2001, DJ de 22.2.2002)⁷⁹

⁷⁹ Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 03 maio 2017.

A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁸⁰ acabou por reconhecer a existência de uma comunhão de bens presumida entre os concubinos, devendo a parte interessada, para evitar a divisão igual do patrimônio quando da dissolução do concubinato, desincumbir-se do ônus de provar que os bens adquiridos não o foram por esforço comum.

3.3 Crítica à reconstrução brasileira ou reconstrução “à brasileira”

Conforme salientado anteriormente, observou-se que o Supremo Tribunal Federal, corte máxima na interpretação de normas no direito brasileiro, ao editar as súmulas 377 e 380 introduziu entendimentos controversos à época para o Direito de Família, seja porque eram destoantes ou, até mesmo, inovadores em face da legislação vigente. Assim, a publicação das Súmulas 377 e 380, em 1964, despertou críticas no cenário jurídico, sejam positivas, sejam negativas e existentes até os dias de hoje.

No que se refere à súmula 377, ao interpretar o artigo 259 do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal acabou por atribuir um novo sentido ao regime da separação obrigatória de bens, pois ao invés de aplicar tal dispositivo no sentido de não reconhecer qualquer interseção patrimonial em casamentos que envolvessem maiores de 50 ou 60 anos, ou órfãos, de modo a proteger o patrimônio de tais pessoas, como idealizado no artigo 258 do Código Civil de 1916, tal tribunal decidiu que mesmo no regime da separação de bens poderia se reconhecer a comunhão de bens a partir da constância do casamento.

⁸⁰ Não seria, entretanto, possível, desde logo, extrair da regra do art. 226 e seu parágrafo 3º, da Constituição, consequência no sentido de reconhecer-se, desde logo, sem disciplina legislativa específica, determinação de comunhão de bens entre homem e mulher, em união estável, de tal forma que a morte de um deles importe o recolhimento automático de meação pelo sobrevivente. Na espécie, a matéria ainda vem tendo o tratamento dispensado pela jurisprudência, estando em pleno vigor o que se contém na Súmula 380, com este enunciado: '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'. Anota, nesse sentido, o professor Roberto Rosas, em seu *Direito Sumular*, 2ª ed., p. 171: 'A jurisprudência do STF tem aplicado a Súmula n. 380, para admitir a sociedade, pela existência do concubinato (RTJ 70/108; 69/723; 54/762; 83/424; 79/229; 80/260; 89/181). Em outras circunstâncias há maior restrição para admitir a partilha, somente com o esforço (RTJ 69/467; 66/528; 64/665; 57/352; 49/664)'. E, adiante, observa: 'A tendência é para admitir a partilha somente do patrimônio obtido pelo esforço comum (RTJ 89/81; 90/1.022)' (*op. cit.*, p. 171)." (RE 158700, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 30.10.2001, DJ de 22.2.2002).

Ao invés de aplicar o artigo 258 do Código Civil de 1916 e determinar a separação total e obrigatória de bens para casamentos que envolvessem pessoas em situação de vulnerabilidade, ao editar a Súmula 377, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao regime da separação obrigatória uma feição de separação parcial de bens ou até mesmo próxima a do regime atual da comunhão parcial de bens, já que, em tal regime, a comunhão de bens apenas inicia com a constância do casamento, não havendo a comunicação de bens contraídos antes da comunhão, como se observa do teor do artigo 1658 do Código Civil de 2002: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento.” (BRASIL, 2002)

Logo, na vigência do Código Civil de 1916 e à luz da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, de 1964, o regime de separação de bens só importava na proteção e separação de bens adquiridos antes da constância do casamento, uma vez que para os bens adquiridos posteriormente a união haveria a comunicação, como ocorre atualmente com o regime da comunhão parcial de bens à luz do Código Civil de 2002.

Desta forma, o regime que foi concebido no artigo 258 do Código Civil de 2002 para ser uma separação total de bens, foi reconstruído pela interpretação do Supremo Tribunal Federal e passou a ser concebido como uma separação parcial, ou comunhão parcial de bens.

Vitor Frederico Kumpbel (2015, sp) comentou sobre a suposta contradição criada pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula 377 e relativizar o artigo 258 do Código Civil de 1916, ao interpretar o artigo 259 do Código Civil de 1916 e reconhecer a existência de comunhão de bens entre cônjuges mesmo no regime da separação:

Ora, se a maior característica do regime de separação de bens é justamente a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, porque esse elemento não foi mantido no regime obrigatório, cuja única diferença em tese seria a coercitividade?

Antes de tudo, é preciso analisar o contexto em que a súmula foi editada. Em 1964, ano de sua publicação, vigia o Código Civil de 1916, que dispunha, em seu art. 259, que prevaleceriam, se nada convencionado em diverso, os princípios da comunhão universal, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento, a qualquer outro regime. Ora, foi sobre esse fundamento legal que se erigiu a súmula 377. O objetivo dessa norma era proteger a mulher, que à época era ainda

considerada relativamente incapaz e em muitos casos não tinha atividade remunerada, ficando assim muito fragilizada pela incomunicabilidade de bens. (KUMPBEL, 2015, sp)

Nota-se, portanto, que segundo Kumpbel (2015, sp), a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de comunhão de bens após a constância do casamento, mesmo no regime da separação obrigatória, a fim de proteger a mulher, considerada incapaz, quando casada em tal situação.

Logo, em verdadeira lembrança ao “jeitinho brasileiro”, no sentido de se tentar resolver situações mais complexas por meios mais eficazes, não necessariamente os mais acertados, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma corajosa e criativa interpretação aos artigos 258 e 259 do Código Civil de 2016, de modo a estender ao regime da separação de bens, para o qual se pensava na ausência de qualquer comunicação a respeito, a possibilidade de reconhecimento da comunhão de bens após o início da relação, medida que, *a priori*, deveria ser resolvida pela via legislativa já que em 1964 competia à União legislar sobre o Direito Civil.

A título de curiosidade, atualmente, constata-se a vigência do Código Civil de 2002 que, por sua vez, estabelece os regimes de separação de bens convencional (por acordo de vontades), obrigatório (por imposição legal como ocorria no artigo 258 da legislação pretérita) e de comunhão total e parcial de bens, sendo a parcial no sentido de que somente se comunicam os bens adquiridos onerosamente na constância do Código Civil de 2002.

Não há um dispositivo no Código Civil de 2002 correspondente ao artigo 259 do Código Civil de 1916, o que desperta a polêmica se atualmente, na vigência do Código Civil de 2002, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal permaneceria ou não aplicável.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal permanece aplicável atualmente, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, sendo relevante para proteger aquele cônjuge ou convivente que contribuiu financeiramente ou psicologicamente ou moralmente para a construção do patrimônio, tornando, portanto, dispensada inclusive para estes autores a prova de esforço em comum na construção do patrimônio:

Aproveitando a parte final dessa importante afirmação de MADALENO, entendemos que a contribuição do cônjuge para efeito da partilha do patrimônio comum não é, necessariamente, o auxílio direto ou de ordem econômica, podendo, em nosso sentir, traduzir ainda o — não menos significativo — apoio moral e espiritual dedicado ao longo do matrimônio.

Por isso, a dona de casa, demonstrada a sua contribuição indireta (psicológica ou afetiva) — que não guarda posição de inferioridade com a colaboração direta ou pecuniária — também fará jus a partilha dos aquestos.

Raciocínio inverso menoscabaria o sentido de “apoio recíproco” imanente ao casamento,

Embora, em um primeiro momento, a jurisprudência houvesse apontado no sentido da demonstração do esforço econômico recíproco, posteriormente, refinou o seu entendimento para admitir uma presunção de esforço comum, a partir de uma contribuição indireta ou psicológica entre os consortes¹⁵.

Nesse diapasão, podemos concluir, firmemente, no sentido da possibilidade de aplicação do enunciado 377, mesmo após o advento do Código de 2002, não assistindo razão alguma a corrente doutrinária contrária que nega a sua aplicabilidade sob o argumento de o teor do art. 259 do Código revogado não mais subsistir. (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2011, p.327)

Já para Inácio de Carvalho Neto⁸¹, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal consistiu em um enunciado odioso que estendia ao regime de separação de bens uma comunhão não idealizada pelos cônjuges, sendo que no Código Civil de 2002, tal enunciado estaria superado uma vez que o artigo que o norteou, 259 do Código Civil de 1916 não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002, como se observa:

A regra era, como se vê, odiosa, já que feria a boa-fé dos nubentes, conduzindo-os a um regime não desejado³. Não se pode imaginar, portanto, dar a ela uma aplicação extensiva. E foi exatamente o que fez o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula nº. 377. Baseando-se no citado art. 259 do velho Código, enunciou o Supremo Tribunal Federal que, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-iam os aquestos.

[...] Ademais, como não repetiu o novo Código a regra do art. 259 do antigo Código, que servia de base à Súmula, esta deve ser tida por revogada independentemente da interpretação que se dê ao dispositivo em comento 16. Com efeito, suprimida que foi a regra legal que dava base à Súmula, não há mais que se falar em sua vigência, pois a Súmula não pode subsistir contra a lei ou sem ela.

[...] Deve-se atentar para o fato de que o regime de separação legal de bens é um típico regime de separação, só se diferenciando do regime de separação convencional pelo fato de ser imposto pela lei. Assim, deve-se aplicar ao regime de separação legal todos os princípios do regime de separação convencional. E o principal destes princípios é justamente a não comunicação dos aquestos, que é, na verdade, a característica mais marcante do regime de separação de bens.

⁸¹ Fonte: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_inacio_sumula.pdf>, Acesso em: 22 jun. 2017.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação da Súmula 377 do STF e reconhecido a comunhão de bens entre conviventes mesmo amparados pelo regime da separação legal obrigatória, como os sexagenários, uma vez que de acordo com a referida súmula seria presumida a aquisição dos bens por esforço em comum dos conviventes:

Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. (BRASIL, 2010)

Diante da ausência de cancelamento da súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, e da manifestação do Superior Tribunal de Justiça pela sua aplicabilidade, é possível afirmar que o referido enunciado continua em vigor mesmo após o Código Civil de 2002.

O Supremo Tribunal Federal, através da súmula 380, ousou de certa forma mais, pois, aqui, este tribunal não deu interpretação contrária ao teor de uma legislação expressa, como supostamente questiona-se com a edição da Súmula 377 em face do artigo 258 do Código Civil, mas questiona-se se a referida corte, para solucionar a situação de ausência de regulação para relações conjugais diversas do casamento, teria verdadeiramente legislado ao publicar tal enunciado.

À guisa do Código Civil de 1916, o único modelo de entidade familiar que era reconhecido era o casamento. Relações havidas fora deste modelo eram tidas como ilegítimas, mesmo se estabelecidas por pessoas desimpedidas.

Fato é que o Direito deve acompanhar os fatos e não se pode negar que relações conjugais, bem como famílias eram constituídas na informalidade e fora do regime do casamento, mesmo por pessoas desimpedidas, sendo que tais situações produziam efeitos e repercutiam sobre o Direito, por exemplo, através dos conflitos envolvendo filiação, partilha de bens do casal e sucessória.

Desde 1942 e, portanto, em 1964 inclusive, vige no direito brasileiro o Decreto Lei 4.657, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, conhecido atualmente como Introdução às Normas do Direito Brasileiro, atualizado pela Lei 12.376, de 2010, sendo que tal norma determina que sendo a norma omissa poderá o juiz decidir

conforme os costumes, analogia, princípios gerais do direito e atento às exigências do bem comum.

Certamente o Supremo Tribunal Federal se viu provocado a decidir sobre inúmeros conflitos que surgiam decorrentes da dissolução de concubinatos. Sendo assim, diante da ausência de norma expressa a respeito, a aludida corte em verdadeira e pioneira reconstrução ou até mesmo criação jurídica, editou a Súmula 380, reconhecendo a comunhão de bens entre concubinos, desde que adquiridos por esforço comum, bem como consequentemente o direito a tal partilha quando da dissolução da relação.

Eis o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira (2015, sp) sobre a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal e a comunhão de bens:

Rodrigo da Cunha Pereira alerta sobre a dificuldade de chegar à outra decisão que não seja a de dividir o patrimônio por igual: É nesse pressuposto que a nossa jurisprudência evoluiu. É aí que a Súmula 380 do STF se assenta, considerando a comunhão da companheira como participação em uma sociedade de fato e que, dissolvida, deve ter o consequente partilhamento patrimonial. É justo que da vida em comum, da comunhão de interesses, quando de sua dissolução, se busque, uns contra os outros, o arrimo necessário aos seus direitos. Nesta sociedade há também uma comunhão de direitos e obrigações. É com base na teoria da sociedade de fato que os tribunais buscaram, inicialmente, o suporte de suas decisões. Foi no campo do Direito das obrigações que eles se sustentaram (PEREIRA, 2015, sp)

Carlos Roberto Gonçalves também comenta sobre o reconhecimento da comunhão de bens entre concubinos não adulterinos, amparada pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal:

Antes mesmo da nova Carta, no entanto, aos poucos, a começar pela legislação previdenciária, alguns direitos da concubina foram sendo reconhecidos, tendo a jurisprudência admitindo outros, como o direito à meação dos bens adquiridos pelo esforço comum (STF, Súmula 380). As restrições existentes no Código Civil passaram a ser aplicadas somente aos casos de *concubinato adulterino*, em que o homem vivia com a esposa e, concomitantemente, mantinha concubina. Quando, porém, encontrava-se separado de fato da esposa e estabelecia com a concubina um relacionamento *more uxório*, isto é, de marido e mulher, tais restrições deixavam de ser aplicadas, e a mulher passava a ser chamada de *companheira*. (GONÇALVES, 2010, p.29)

Observa-se que a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal atribui ao concubinato o regime da comunhão parcial presumida, pois pressupõe que os bens

adquiridos na constância da relação, que advenham de esforço em comum, sejam de comunhão dos cônjuges.

É imperioso ressaltar que a referida Súmula 380 abre margem para a ausência de comunhão de bens se não houve esforço em comum para a aquisição entre os concubinos. Logo, a parte que entender estar prejudicada pela partilha dos bens poderia produzir prova em sentido contrário de modo a demonstrar que não houve esforço comum, mas unilateral na aquisição dos bens.

Na última década de noventa, bem como no Código Civil de 2002, o concubinato puro, havido por pessoas desimpedidas, foi regulamentado em leis, especialmente através do instituto da união estável.

O Código Civil de 2002, no artigo 1725, dispõe que, salvo disposição por escrito, aplica-se à união estável as regras do regime de comunhão parcial de bens, previsão esta que confirma o teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal já que reconhece o direito a meação do que foi adquirido na constância da união estável.

Uma pergunta interessante é se na atualidade esta comunhão seria automática ou se poderia ser afastada, à luz da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, quando provada por uma das partes que não houve o esforço comum na aquisição do patrimônio.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, expressamente aplicou a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal e entendeu pela manutenção da possibilidade de meação de bens na dissolução da união estável conforme a existência de prova do esforço em comum. Observemos:

A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior a sua vigência, portanto, serem divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (BRASIL, 2013)

Logo, as Súmulas 377 e 380 do Supremo Tribunal Federal, embora editadas há décadas, portanto, ainda na vigência do Código Civil de 1916, em verdadeira reconstrução do regime legal de separação de bens havido à época, bem como em criação, na medida em que reconhece, de um novo modelo de entidade familiar

precursora da atual união estável, o concubinato puro, continuam em vigor e aplicáveis na realidade brasileira pós Código Civil de 2002.

De toda forma, nos parece evidente que a Súmula 377 do STF não resolve, e não enfrenta por completo a discriminação para com os idosos. Como o Poder Judiciário enfrentou timidamente a questão, na realidade, continuamos carentes de uma legislação atualizada, coerente e assertiva, no sentido de que a mesma venha a proteger o septuagenário, sem que isso pode suas vontades, seus desejos, e nem viole sua autonomia pessoal.

Nas palavras de Jones Figueirêdo Alves, o tema ganhou nova atualidade com artigo de Zeno Veloso “Casal quer afastar a Súmula 377”, publicado em maio passado, no jornal *O Liberal*, de Belém do Pará, onde o consagrado civilista coloca, a estilete, a questão:

Há cerca de um ano João Carlos e Matilde estão namorando. Ele é divorciado, ela é viúva. João fez 71 anos de idade e Matilde tem 60 anos. Resolveram casar-se e procuraram um cartório de registro civil para promover o processo de habilitação. Queriam que o regime de bens do casamento fosse o da separação convencional, pelo qual cada cônjuge é proprietário dos bens que estão no seu nome, tantos dos que já tenha adquirido antes, como dos que vier a adquirir, a qualquer título, na constância da sociedade conjugal, não havendo, assim sendo, comunicação de bens com o outro cônjuge. Mas o funcionário do cartório explicou que, dado o fato de João Carlos ter mais de 70 anos, o regime do casamento tinha de ser o obrigatório, da separação de bens, conforme o art. 1.641, inciso II, do Código Civil (...). João Carlos é investidor, atua no mercado imobiliário, adquire bens imóveis, frequentemente, para revendê-los. E Matilde é corretora, de vez em quando compra um bem com a mesma finalidade. Seria um desastre econômico, para ambos, que os bens que fossem adquiridos por cada um depois de seu casamento se comunicassem, isto é, fossem de ambos os cônjuges, por força da Súmula 377/STF. No final das contas, o regime da separação obrigatória, temperado pela referida Súmula, funciona, na prática, como o regime da comunhão parcial de bens. Foi, então, que me procuraram, pedindo meu parecer. Querem lavrar uma escritura – pacto antenupcial, mencionando que vão casar-se, e o casamento seguirá o regime obrigatório da separação de bens, por força do art. 1.641, inciso II, do Código Civil. Até aí, nada de novo: só estão repetindo o que a lei já diz. Todavia, não querem que, em nenhuma hipótese, haja comunicação de bens, mantendo-se a separação de bens de forma absoluta, em todos e quaisquer casos, sem limitação ou ressalva alguma, excluindo, portanto, expressamente, a aplicação da Súmula 377 do STF. Já dei ao casal a minha opinião: não acho que o enunciado da Súmula seja matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente.

E arremata, indagando:

Mas há um grupo de jovens e competentes professores brasileiros, que integram a Confraria de Civilistas Contemporâneos, formada por mais de 30 mestres (Tartuce, Mário Delgado, Simão, Toscano, Catalan, Pablo Malheiros, Stolze, para citar alguns), a quem peço um parecer sobre o tema acima exposto. Afinal, podem ou não os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377?⁸²

O que vemos, hoje, é uma suposta proteção ao idoso, aos de idade propecta. Todavia, o que vemos, no caso da questão matrimonial, é uma evidente intervenção estatal que restringe, de modo óbvio, a autonomia da vontade dos mesmos.

A partir do instante em que a norma civil impõe aos septuagenários, e aos de idade superiores a estes, determinado regime de bens (regime de separação total) quando do casamento, isso não significa proteção, mas imposição, restrição e tratamento inferiorizado, discriminatório e restritivo, o que não se confunde, de forma alguma, com proteção, salvaguarda ou acolhimento.

Por óbvio, proteção não se confunde com restrição. Ao contrário, proteção deve significar cuidado e zelo para com os anseios daqueles nas quais as normas incidem, o que não ocorre na regra em estudo.

⁸² Fonte: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-26/processo-familiar-unioes-septuagenarias-separacao-bens-pacto-antenupcial>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

4 LIBERDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS DOS SEPTUAGENÁRIOS: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

Na história da humanidade vemos que o ser humano viveu e vive em grupos sociais. Esses agrupamentos são diferenciados entre si dependendo do povo, da época, do local e da cultura que os compõem. (RODRIGUES e LAMY, 2012, p. 01)

No entanto, algo eles possuem em comum: a existência de regras sociais. Sem a existência de normas mínimas de convivência, seria impossível a manutenção de qualquer sociedade. (*idem*)

Assim sendo, antes de adentrar a seara específica a respeito da liberdade de escolha do regime de bens por parte dos septuagenários, é válido apresentar, ainda que de forma, breve, os conceitos de costumes, normas, regras e princípios.

Os costumes baseiam-se na prática constante, e reiterada, de determinado ato, com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica.

Nas palavras de Cristiano Sobral (2015, p. 30), os costumes dizem respeito às regras sociais que se incorporam a uma comunidade. Variam de um local para o outro. Constituem-se como uma norma criada, imposta pelo uso social.

Na lição de Francisco Rezek (2010, p. 120), a norma jurídica costumeira resulta de uma prática geral aceita como sendo o direito. Essa expressão dá notícia do elemento material do costume, qual seja a prática – a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato –, e de seu elemento subjetivo, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e conseqüentemente jurídico.

Corroborando o entendimento acima, Maria Helena Diniz (2012, p. 142-143) cita que a grande maioria dos juristas, entre os quais citamos Storn, Windscheid, Gierke, Clóvis Beviláqua, Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, sustenta que o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica.

Continua Diniz (2012, p. 143) a mencionar que observa Tércio Sampaio Ferraz Jr. que a convicção da obrigatoriedade do costume, a *opinio necessitatis*, funda-se, sociologicamente, no processo de institucionalização, que repousa no

engajamento pelo silêncio, presumidamente aprovador e caracteriza-se, dogmaticamente, como parte integrante do sistema pelas regras estruturais que assim se expressam: “conforme usos e costumes”, em “respeito aos bons costumes”.

As normas, por seu turno, compreendem os princípios e as regras, inclusive porque ambos são formulados com expressões de mandamento, permissão e proibição. As normas podem ser classificadas como sendo de comportamento ou de conduta, que são justamente aquelas destinadas a regular condutas intersubjetivas. Ou, consideradas normas de estrutura, que regulam a produção normativa.

Quanto à classificação das normas jurídicas, Norberto Bobbio (1995, p. 47) aduz:

(...) existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam um comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.

Pode-se dizer que as *regras* disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência.⁸³

O termo *princípio* deriva do latim *principiu*, que dá ideia de início, de base. Princípios gerais do direito são postulados que fundamentam todo o sistema jurídico, que balizam, e orientam, a compreensão, aplicação e integração do sistema.

Corroborando tal sentido, Fiuza (2014, p. 1158) é preciso:

Princípios são, em palavras bem simples, normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. Informam, portanto, o cientista ou o profissional do Direito. Daí o nome, princípios informadores, porque informam os fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses, e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica. (...) Obviamente, as regras que se deduzem de um princípio, ou já estão positivadas em lei (...), ou se deduzem de inferência lógica, sem que se possa, evidentemente, extrair detalhes que não sejam dedutíveis por processo lógico imediato.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. In: **Normas, regras e princípios conceitos e distinções**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

Rafael Tomaz de Oliveira⁸⁴ assim expõe:

O termo *princípio* é utilizado pelos juristas com diferentes perspectivas e intencionalidades. Quando se fala em *princípio* no direito, nem sempre se está diante da mesma referência objetual (sic). Em termos conceituais, o espaço denotativo do conceito de princípio é abrangente.

Ocorre que, aqueles que trabalham com a linguagem jurídica, nem sempre se preocupam em precisar o sentido com que estão operando no momento em que fazem uso do conceito de princípio. Incorre-se, assim, em uma confusão decorrente do uso aleatório do conceito. Daí que, uma análise rigorosa que se faça a respeito do conceito de princípio, deve partir de um esclarecimento inicial a respeito de suas diversas possibilidades de uso. No contexto atual, o termo *princípio* é certamente um dos mais recorrentes tanto no plano da produção teórica do direito, quanto no nível das práticas cotidianas dos tribunais. Afirma-se que os princípios são “as normas fundantes e nucleares de um sistema”; que se apresentam como demarcadores do “ponto inicial dos estudos de uma disciplina jurídica”; que são instrumentos de colmatação de lacunas, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; que são normas; que são “normas de normas”; que representam um “fechamento interpretativo limitador da discricionariedade judicial”. (destacamos)

No tocante à norma que proíbe a escolha de regime de bens para os maiores de 70 (setenta) anos, é perfeitamente cabível questionar a sua constitucionalidade especialmente face aos princípios constitucionais e os princípios próprios do direito de família.

De acordo com Venosa (2005, p. 359), o legislador entendeu que, para essas pessoas (septuagenários), deve-se afastar o incentivo patrimonial que atrai os mais jovens ao idoso.

Ora, isso indica que o legislador entendeu serem, os maiores de 70 (setenta) anos de idade, sujeitos incapazes de reger-se. Esse raciocínio colide frontalmente com o próprio Código Civil contemporâneo. Da mesma forma, tal pensamento vai de encontro com diversos princípios constitucionais, que veremos a seguir, iniciando pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro

⁸⁴ Fonte: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

1948, já em seu Preâmbulo menciona tal princípio: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)”

A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados. (CARVALHO, 2007, p. 549)

José Afonso da Silva (1998, p. 91), por sua vez, escreve:

Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a ideia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana diz respeito à autodeterminação, de acordo com Alexandre de Moraes (2008, p. 22):

A dignidade é um valor moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela sua própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais (...)

Prevê o art. 1º., inc. III, da Constituição Federal de 1998, que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. (DIAS, 2010, p. 5)

Posteriormente, Dias (2010, p. 5) infere que não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família.

Exemplificando a aplicação jurisprudencial de tal princípio no Direito de Família, Maria Berenice Dias (2010, p. 6):

(...) podemos citar o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é bem de família, estando protegido pela impenhorabilidade constante da Lei n. 8.009/90. Como reconhece a própria emenda do julgado⁸⁵, o que almeja a lei referenciada é a proteção da pessoa, e não de um grupo específico de pessoas, a família em si. Com isso, protege-se a própria dignidade (art. 1º, inc. III, da CF/88) e o direito constitucional à moradia (art. 6º. da CF/88).

Uma família normal⁸⁶ é, na melhor das hipóteses, um agrupamento de neuróticos^{87 88}, que podem se fazer muito bem, podem se amar intensamente, mas

⁸⁵ STJ (RESP 182223/SP) no qual o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro defende uma interpretação da Lei nº 8.009/90 que leve em consideração o sentido social do texto. Para ele, essa lei não está dirigida a um número de pessoas, mas à pessoa. "Solteira, casada, viúva, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal", escreve o ministro.

⁸⁶ Já em 1938, no texto *Os complexos familiares* (1997), a família, segundo Lacan, está sob ao ponto de vista da psicologia, por meio da análise e da observação. Utilizando-se de conhecimentos clínicos sobre o Édipo e de análise das teorias psicanalíticas, antropológicas e sociológicas, Lacan leva a uma compreensão sobre a família e sua evolução, valendo-se, inclusive, das ideias do biólogo alemão Jakob Von Meseküll. Grosso modo, a interiorização do meio em que vive cada espécie determina a relação de dependência entre o meio e o indivíduo, mas, apoiando-se em Melaine Klein, Lacan considera que, em se tratando de família, o que é interiorizado são as representações marcadas pelo materno e pelo paterno a que se chama de imago. Porém, interpretando a Esfinge do Mito de Sófocles como a mãe, ao contrário de Freud que a coloca como pai, Lacan pôde ver na morte da Esfinge a emancipação das tiranias matriarcais e, assim, preocupar-se em separar o feminino do materno (ROUDINESCO, 2003). Nesse sentido, distancia-se de Klein. Para Lacan, a família moderna é uma contração da instituição familiar. Em seus estudos, objetiva os complexos presentes no desenvolvimento em detrimento aos instintos, o que lhe permite postular, como formadores da subjetividade, o complexo do desmame; o complexo da intrusão e o complexo de Édipo. (CARVALHO FILHO e CHAVES, 2014, p. 108) (negritamos)

⁸⁷ Termo *neurose* foi proposto em 1769 (alguns afirmam que foi em 1777), pelo médico escocês William Cullen (1710-1790) para definir as doenças nervosas que acarretavam distúrbios da personalidade. Foi popularizado na França por Philippe Pinel (1745-1826) em 1785. Retomado como conceito por Sigmund Freud a partir de 1893, o termo é empregado para designar uma doença nervosa cujos sintomas simbolizam um conflito psíquico recalcado, de origem infantil. Com o desenvolvimento da psicanálise, o conceito evoluiu, até finalmente encontrar lugar no interior de uma estrutura tripartite, ao lado da psicose e da perversão. Em consequência disso, do ponto de vista freudiano, classificam-se no registro da neurose a histeria e a neurose obsessiva, às quais é preciso acrescentar, a neurose atual, que abrange a neurose de angústia e a neurastenia, e a psiconeurose, que abarca a neurose de transferência e a neurose narcísica. (Fonte: <<http://www.redepsi.com.br/2008/02/12/neurose/>>, acesso em 07 de dezembro de 2017.) (destacamos)

⁸⁸ (...) no texto avulso, *O mito individual do Neurótico* (1952-1953/2008), entre outros, Lacan desenvolve a ideia do complexo de Édipo sustentado na função da metáfora paterna, desvelando sua importância na formação do sujeito, do simbólico e do inconsciente. Mas, é com a sua releitura revolucionária do complexo de Édipo freudiano (...), que Lacan contribui para o esclarecimento da acepção de família, agora como estrutura, ordenando a questão do *falo*, do *Nome-do-Pai* como significante da lei, e estabelecendo os registros da falta e do objeto como frustração, privação e castração. (CARVALHO FILHO e CHAVES, 2015, p. 109).

podem também se odiar e se fazer muito mal. É importante que se diga isso, para não ficar nenhum mal-entendido. Família não é *locus* de amor e de afeto, pelo menos não só. (FIUZA, 2014, p. 1158-1159) (destaque nosso)

Pelo princípio da dignidade humana, a família passa a ser vista como o ambiente para o livre desenvolvimento da personalidade. Pode ser invocado em muitas situações diferentes no Direito de Família. (FIUZA, 2014, p. 1159)

Foi com o Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional e passou a irradiar efeitos jurídicos, sobretudo por influência do pensamento de Immanuel Kant. O homem, então passa a ser compreendido por sua natureza racional e com capacidade de autodeterminação. (CARVALHO, 2009, p. 25)

Especificamente a respeito da limitação da escolha do regime de bens para os maiores de 70 (setenta) anos de idade por parte do Código Civil pátrio, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 329) se posicionam da seguinte forma:

Efetivamente, trata-se de dispositivo inconstitucional, às escâncaras ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir sua autonomia como pessoa e constrange-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

Nesse sentido, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁹, assinada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (por isso conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*), no seu art. 11, item 1, diz que: *toda pessoa tem direito ao respeito à sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*. A limitação à escolha do septuagenário ao seu regime matrimonial colide com convenção, de hierarquia supralegal⁹⁰.

⁸⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, foi promulgada no Brasil através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

⁹⁰ Sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, incluindo o posicionamento de que a Convenção Americana de Direitos Humanos é norma supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima da lei infraconstitucional, partiu do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 90.172, de São Paulo, e do Recurso Extraordinário 466.343 de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Temos hoje, portanto, uma hierarquia tríplice no tocante aos tratados promulgados pelo Brasil: hierarquia de lei ordinária (tratados sobre temas ordinários), hierarquia supralegal (tratados internacionais sobre direitos humanos) e, finalmente, hierarquia constitucional, nos casos determinados pela própria Constituição da República em seu art. 5º. § 3º: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por*

Por lógica, a dignidade da pessoa humana é inerente à autodeterminação pessoal, e envolve diversas repercussões como a possibilidade de se responsabilizar pelas decisões da sua própria vida. A partir do momento em que o Estado tolhe o direito de escolha de regime matrimonial dos septuagenários, ele torna invisível a dignidade dos mesmos.

4.2 Princípio do pluralismo das entidades familiares

A respeito do princípio do pluralismo das entidades familiares, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, mencionado por Maria Berenice Dias (2015, p. 49) nos explica o seguinte:

Desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

Dias (2015, p. 49) ainda nos diz que:

Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões paralelas – preconceituosamente nomidadas de “concubino adúltero” –, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

Arremata Dias (2015, p. 49), explicando:

No mesmo âmbito se inserem tanto as famílias parentais como as pluriparentais. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser convivente com a injustiça.

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Como não houve votação especial, o Pacto de São José da Costa Rica não possui equivalência constitucional, mas força supralegal.

De antemão, o grande psicanalista francês Jacques-Marie Émile Lacan, corroborando o entendimento de Dias, define a família como da ordem da cultura, sem nenhuma fundamentação biológica:

(...) a família humana é uma instituição. A análise psicológica deve adaptar-se a essa estrutura complexa e nada tem a fazer com tentativas filosóficas que tenham por objetivo reduzir a família humana seja a um fato biológico, seja a um elemento teórico da sociedade. (LACAN, 2003, p. 30)

Além disso, reconhecendo a pluralidade das entidades familiares, o Enunciado 524 do Conselho de Justiça Federal (CJF) assim se pronuncia sobre o tema: *As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família.*

Cumprir destacar a lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. 36): em síntese, os elementos caracterizadores da união estável são aqueles que vão delineando o conceito de família. Não é a falta de um desses elementos que descaracteriza ou desvirtua a noção de união estável. O importante, ao analisar cada caso, é saber se ali, na somatória dos elementos, está presente um núcleo familiar, ou, na linguagem do art. 226 da Constituição da República, uma entidade familiar. Se aí estiver presente uma família, terá a proteção do Estado e da ordem jurídica.

Da mesma forma, nota-se, atualmente, o aumento do número de novas famílias formadas por idosos. Com o aumento da expectativa de vida, eles constituem novos pares, novos sentidos e novas vidas. Assim, não é de se estranhar que a observância de matrimônios envolvendo idosos. Portanto, há que se observar, também, tal entidade familiar, também plural e, nem por isso, menor.

4.3 Princípio da solidariedade familiar

Solidariedade: qualidade de solidário; laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes; relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s) (...) (AURÉLIO, sd, p. 1.319)

H. Maia d'Oliveira (1972, p. 2.488) classifica a solidariedade como dependência mútua entre pessoas (...); laço mútuo, que estabelece interdependência entre pessoas ou coisas (...).

César Fiuza (2014, p. 1.160), versando a respeito do princípio da solidariedade, assim se posiciona:

Em palavras bem simples, de acordo com o princípio da solidariedade, cada membro da família deve prestar amparo aos demais, deve respeitar o outro e a forma que eleger para promover sua personalidade, desde que lícita. Obviamente, ninguém tem que aceitar que um membro da família traficante de drogas ou pedófilo. A solidariedade se assenta na tolerância e no amor ao próximo. O tema é muito controverso, porém. Seria condenável a família que não aceite o filho travesti? É muito fácil falar, quando não tenhamos que vivenciar a situação. É fácil exigir tolerância dos outros. E o simples fato de A, B ou C aceitarem, não significa que seja muito fácil para todos os demais. Vencer as barreiras sociais e, principalmente, as psicológicas é muito difícil. A solidariedade serve até para isso, ajudar a cada um e a todos nessa luta por derrubar muralhas milenares de preconceitos e fobias.

Continua Fiuza (2015, p. 1.160): o respectivo princípio pode ser invocado em várias situações. É com base nele, por exemplo, que o cônjuge ou o companheiro detêm até o fim da vida o direito de pedir pensão do outro, mesmo que já há muitos separados.

Na mesma linha de pensamento que César Fiuza, Flávio Tartuce (2010, p. 08) nos lembra que:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694, do atual Código Civil.

Tartuce (2010, p. 08) assevera ainda que:

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão, considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94⁹¹, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.

⁹¹ A lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regula o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão.

Mas vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica também.

Conclui Tartuce (2010, p. 09) frisando que o princípio da solidariedade familiar também implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

Nesse norte, a própria Constituição Federal, em seu art. 226, § 8º, determina que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Se, de fato, deve existir real solidariedade entre os membros das famílias, por que impedir que o septuagenário também o faça em todas as suas esferas, quais sejam: afetivas, psicológica e patrimonial? Seriam os mesmos incapazes de reger seus próprios bens?

Na realidade, consoante Lima e Sá (2015, p. 24), a generosidade dos mais velhos é considerada um risco para os herdeiros, que mesmo antes da morte dos pais, consideram-se lesados, como se existisse herança de pessoa viva. (negritamos)

O princípio da solidariedade é condição *sine qua non* em qualquer relação com um mínimo de estabilidade. Ele é uma “via de mão dupla”, remetendo a assistência recíproca entre os cônjuges. No entanto, como cogitar essa hipótese no caso dos septuagenários, e de pessoas de idade superior aos mesmos? Ao que se apresenta, a outra parte é tratada pela legislação civilista tal qual uma impostora, uma usurpadora, o que, em regra, não condiz com a realidade. Se assim o fosse, para evitar esse tipo de situação hipotética, todos os casamentos deveriam adotar o regime de separação de bens, objetivando a segurança de todos os nubentes. Ora, situação impossível!

O legislador, ao optar por segregar o (a) parceiro (a) da pessoa de mais idade dos seus bens, apenas em razão do critério etário do mesmo, inverte a lógica da solidariedade familiar, deixando por vezes à míngua o seu cônjuge, quando do seu falecimento, ainda que contra a sua vontade.

4.4 Princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos

Versando sobre o princípio da proteção integral a crianças, adolescente, jovens e idosos, Maria Berenice Dias (2015, p. 49-50) leciona:

A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 227 § 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lôbo, *o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente como seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado*. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. (...)

Ainda referindo-se aos jovens, Dias (2015, p. 50) observa que a forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias está assegurado no ECA (L. 9.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito.

Nesse sentido, Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 01), ensina:

No Brasil, embora os novos princípios tenham ganhado espaço, paulatinamente, durante todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações, por ter consagrado a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado.

Quanto aos idosos, Maria Berenice Dias (2015, p. 50) acuradamente percebe que:

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230). É determinada a adoção de políticas de amparo aos idosos, devendo ser executados os programas, preferentemente, em seus lares. Também é deferido, em sede constitucional, aos maiores de 65 anos, transporte gratuito nos coletivos urbanos.

Conclui Maria Berenice Dias (2015, p. 51) afirmando o seguinte:

O Estatuto do Idoso constitui-se em um microsistema e consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Os maiores de 65⁹² anos são merecedores de cuidados mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata (CF 5º § 1º).

Assim, vemos com muitos bons olhos as ações de prioridades determinadas pelo Estado aos menores, bem como aos idosos. Contudo, no tocante aos septuagenários, essa proteção não pode ser traduzida em limitações aos atos de vontades dos mesmos, sob pena de transformar tal suposta proteção, em cerceamento de vontades de pessoas plenamente capazes.

4.5 O afeto como vínculo basilar do Direito de Família contemporâneo

É a partir do afeto construído que se demonstram emoções ou sentimentos. Pode se ter afeto por algo, uma pessoa, um objeto, uma ideia, ou um lugar. Afeto é também o objeto da afeição, como em "meus afetos são meu cachorro e minha família". Tem sua origem na palavra latina *affectus*, que significa disposição, estar inclinado a. A raiz vem de *afficere*, que corresponde a afetar e significa fazer algo a alguém, influir sobre.⁹³

Para o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p. 20) afeto traduz-se como sinônimo de afeição, amizade e amor.

Nessa linha de pensamento, afeto (*affekt*) é o estado emotivo (*état émotif*)⁹⁴ que pode comportar uma carga positiva ou negativa; o afeto corresponde aos dois lados de uma mesma moeda. O positivo está relacionado ao amor; já o negativo ao ódio. (POLI e JOSÉ, sd, sp)

⁹² Recentemente, a Lei 13.447, de 12 de julho de 2017, alterou os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, assegurando prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.

⁹³ Fonte: <<https://www.significados.com.br/afeto/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁹⁴ Expressões usadas pelo vocabulário psiquiátrico alemão.

O afeto sempre esteve presente nos pensamentos de Freud. Carlos Pinto Corrêa⁹⁵ (2005, sp), in “Estudos Psicanalíticos de Belo Horizonte”, no. 28 de setembro de 2005, no artigo “O afeto e o tempo”, ensina que:

Na filosofia, entende-se como afeto, em seu senso comum, as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter predominantemente totalitário da paixão. Enquanto as emoções podem se referir a pessoas e coisas, os afetos são emoções que acompanham algumas relações interpessoais, das quais fica excluída a dominação pela paixão. Daí a temporalidade indicada pelo adjetivo afetuoso que traduz atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc.

Continua Corrêa⁹⁶ (2005, sp):

Aristóteles chamou de afetivas as qualidades sensíveis porque cada uma delas produz uma afeição dos sentidos. Ao declarar no princípio De anima o objetivo de sua investigação, mostra que visava conhecer, além da natureza e da substância da alma, tudo o que acontece à alma, tanto as afeições que lhes são próprias, quanto aquelas que tem em comum com os animais. Mas, a palavra afeição não só designa o que acontece à alma, como ainda qualquer modificação que ela sofra. Esse caráter passivo das afeições da alma parecia ameaçar a autonomia racional. Daí os estoicos marcarem uma dicotomia que chega aos nossos dias, as afeições e por extensão as emoções seriam irracionais. Com essa polarização o irracional (não humano, ou animal) toma conotação moralmente negativa. Para a afeição são criadas expressões como *perturbatio animi*, ou *concitatio nimia*, usadas por Cícero e Sêneca. Vem de muito longe a questão do menosprezo ao afeto como menor, frente ao racionalismo desejável e triunfante. A noção de que a afeição pode ser boa ou má segue até Santo Agostinho e os escolásticos, que mantêm o ponto de vista aristotélico da neutralidade da afeição. Entre o bem e mal, esclarece Santo Agostinho, as afeições precisam ser moderadas pela razão, ponto de vista também defendido por Tomás de Aquino. As questões valorativas sobre a qualidade ou modificações produzidas no ser humano pela afeição (como ação externa) são mantidas na tradição filosófica. É expressa geralmente com a palavra *passio* e que a partir da metade do século XVIII assume seu significado moderno de paixão.

A concepção freudiana de afeto é desenvolvida como uma representação da pulsão humana:

Conceito central da metapsicologia freudiana – visto que o seu desenvolvimento marca importantes viradas teóricas na obra do criador da

⁹⁵ Fonte: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372005000100007>. Acesso em: 04 dez. 2017.

⁹⁶ Fonte: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372005000100007>. Acesso em: 04 dez. 2017.

psicanálise –, a pulsão é uma força caracterizada como interna e apoiada em funções biológicas, sem que se confunda, contudo, com estas. A centralidade da ideia de pulsão também se refere à articulação que este conceito pretende exprimir entre as instâncias do corpo e da mente. A pulsão tem sua origem no corpo e sua ligação com a esfera psíquica é feita pelos representantes pulsionais: o afeto e a representação. O afeto é, assim, um representante pulsional, que, ao lado da representação, intermedia o acesso da pulsão à esfera psíquica, já que a primeira tem sua fonte no corpo. Para Freud, o afeto é uma energia, enquanto que a representação é uma ideia.

(...) Assim, vemos que a teoria dos afetos criada por Freud está imbricada nos pressupostos da metapsicologia e nas teorizações acerca da cultura. O criador da psicanálise empreende uma separação entre natureza e cultura com a descrição do mecanismo do recalque, assim como entre razão e paixão, já que o afeto – pura energia – pode se separar da representação, que dá a ele um sentido dentro de uma cadeia de representantes-representação. Da mesma forma que é preciso renunciar a instintos primitivos para fazer parte de uma civilização, também é preciso transformar os instintos através da ligação destes a representações. Sem essa passagem, não há cultura, apenas o caos que, para Freud, constitui a natureza. Diferente de Espinosa, que viveu no apogeu da Modernidade europeia, mas exerceu uma resistência brutal, presente em sua obra, aos valores hegemônicos do cartesianismo, Freud tinha a intenção de que a psicanálise fosse aceita no rol das ciências de sua época, por isso muitas vezes vemos persistir em sua teoria dualismos que são típicos da modernidade hegemônica e de sua referência à filosofia de Descartes.⁹⁷

Na concepção de POLI e JOSÉ (sd, sp), o afeto é um valor espiritual, que nasce de forma natural no indivíduo para com seu próximo. Conviver com outrem, dar-lhe atenção e amor deve se originar de uma concepção de autonomia. Estes valores devem nascer naturalmente, de escolhas conscientes e autônomas, e não por imposição jurídica. Dúvida não há de que o objetivo da mais alta aspiração social seria pais e filhos amarem-se uns aos outros incondicionalmente, mas, infelizmente, nas querelas da vida a “família ideal” inexistente. O afeto e o amor não nascem de uma imposição jurídica. *C’est la vie!*

O afeto, em si, é uma espécie de sentimento que, por sua vez, pode ser expresso através de ações, desejos e sonhos, além da forma de se portar, comportar e viver.

Não bastasse, a afetividade corresponde aos estados afetivos, os quais são conformes aos estímulos que recebemos do ambiente, de modo que é possível adoecer da afetividade se não houver manutenção permanente do equilíbrio das trocas afetivas. Na expressão de Freud, é preciso amar para não adoecer.⁹⁸

⁹⁷ Fonte: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20706/20706_4.PDF>. Acesso em: 04 dez. 2017.

⁹⁸ Fonte: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Citando Piaget e Freud, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes Fermentão e Sarila Hali Kloster Lopes *in* “O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade”⁹⁹, explicam o seguinte:

Na visão de Piaget, a afetividade não é sempre a mesma no ser humano em todos os momentos da sua vida, mas acompanha o seu desenvolvimento. No mesmo sentido, Freud, destaca que a ambivalência afetiva só se desenvolve em cada indivíduo em suas interações com os demais. Disso resulta que a afetividade é uma qualidade existente em todos os seres humanos, mas que se desenvolve na medida em que se desenvolvem os relacionamentos, ou seja, a afetividade é ao mesmo tempo a capacidade de afetar e ser afetado, ou seja, estabelecer trocas afetivas. Portanto, uma criança que não tem essa troca de afeto não é capaz de desenvolver tal capacidade o que pode ocasionar diversos problemas principalmente quanto aos relacionamentos sociais e a quanto a aceitação de si próprio, já que falta de afeto é tida como uma negação e não aceitação. De acordo com a psicanálise, a perda e a deterioração dessa capacidade são sinônimas de doenças do psiquismo, cuja cura somente se alcança com o restabelecimento dos canais de trocas afetivas. Assim, afetividade constitui-se no elemento propulsor do psiquismo. A ausência de afeto impede o desenvolvimento do ego, que é a consciência de si mesmo; e do superego que é a consciência moral.

Concluem Cleide Aparecida Rodrigues Gomes Fermentão e Sarila Hali Kloster Lopes¹⁰⁰:

Em suma, a afetividade desponta como fator central e fundamental não apenas para a constituição do psiquismo, mas para a sua projeção do exterior, como a vida em família e na sociedade. Vale dizer que a qualidade da estrutura afetiva das pessoas determina a qualidade de seus relacionamentos e orienta sua vida familiar e social

Interessante notar que alguns doutrinadores dão ao afeto um aspecto principiológico. Maria Berenice Dias (2015, p. 52), por exemplo, citando Paulo Lôbo, assim discorre sobre o tema: “A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Salienta Dias (2015, p. 52), ainda no que diz respeito ao *afeto*:

⁹⁹ Fonte: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰⁰ Fonte: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, também pode ser utilizado no Direito das Famílias, como forma de se expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade, a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, ponto humanidade em cada família, comendo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

Citando Alice de Souza Birchal, Dias (2015, p. 52) afirma que:

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado.

No entendimento de Jackeline Fraga Pessanha¹⁰¹:

Afeto significa sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.

Continua Pessanha¹⁰² a dizer:

O afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal. A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família.

A família é uma construção social formada por meio de regras sociais, jurídicas e culturais, que a transformou em base da sociedade sabendo-se que o amor é o elemento de ligação entre as pessoas, de forma pública, contínua e duradoura, firmado por laços de afeto. É a presença de um vínculo familiar baseado na afetividade, que gera uma entidade familiar merecedora de abrigo pelo Direito de Família, tornando-se um instituto, previsto no artigo 226 da Constituição Federal, que consagra a regra geral de inclusão de qualquer entidade que preencha os requisitos essenciais, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensividade. Sendo, portanto, entidade familiar merecedora de tutela e proteção do Estado, haja vista ter tal entidade vínculo afetivo.

¹⁰¹ Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰² Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Leonardo Poli e Fernanda José (sd, sp) afirmam: *afeto* é fato social que repercute na esfera do direito de família e produz efeitos jurídicos, tais como:

- I) o reconhecimento das famílias atípicas haja vista que o fato de não existir uma previsão legal para estas modalidades de famílias não significa que elas não possam ser reconhecidas, porquanto mais importante que a previsão legal é a presença da afetividade, inserta nestas entidades familiares;
- II) a primazia da afetividade sob a forma, ou seja, se a afetividade é reconhecida como vínculo constitutivo de entidade familiar ainda que esta seja ausente de previsão legal ou despida de qualquer solenidade e, conseqüentemente, necessário se torna o reconhecimento de tutela jurídica para este fato;
- III) o reconhecimento da afetividade como um princípio geraria a imposição de um dever jurídico de afeto. Apesar de alguns autores defenderem este posicionamento, é possível afirmar que afetividade gera um dever de afeto, mas um dever meramente moral, e, portanto, a sua ausência não gera responsabilidade civil. O dever de amar é um debate moral e não jurídico.

Pessanha¹⁰³, citando Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194), conclui: Sem afeto não se pode dizer que há família. Ou, onde falta o afeto a família é uma desordem, ou mesmo uma desestrutura. É o 'afeto que conjuga'.

Conforme Dias (2015, p. 52), o *princípio jurídico da afetividade* faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

Nesse alicerce, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194), citado por Pessanha¹⁰⁴, descreve que:

O afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

¹⁰³ Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰⁴ Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

Ricardo Lucas Calderon (2013, p.10), entendendo ser o afeto um princípio, assim se manifesta:

A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, que permite sua atual sustentação de lege lata. Como verdadeiro mandamento de otimização, o princípio da afetividade não possui um sentido rígido ou definitivo, pois será sempre apurado em uma situação concreta específica, embora seja possível pormenorizar seus contornos e aspectos centrais. Tanto as características das relações contemporâneas como as peculiaridades inerentes à própria afetividade indicam que resta melhor tutelada pela categoria de princípio jurídico.

Noutro vértice: (...) muitos falam em princípio da afetividade. Mas seria mesmo um princípio? (FIUZA, 2014, p. 1164).

Sendo o afeto uma espécie de sentimento, algo, portanto, íntimo e pessoal, entendemos não ser muito adequado se falar em *princípio da afetividade*, mas em *vínculo da afetividade*. De fato, esta nomenclatura se mostra muito mais adequada que aquela.

A importância do afeto nas relações humanas é evidente. No entanto, o mesmo não é um princípio. Aliás, é impossível impor, ou cobrar afeto de alguém. Logo, a questão ultrapassa, transborda, transcende as questões exclusivamente jurídicas.

Nessa toada, César Fiuza é certo ao afirmar que:

Afeto é sentimento. Para a psicanálise afeto é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões. É o estado emocional ligado à realização de uma pulsão. É sentimento intenso. Para Roland Chemama, afeto é um dos estados emocionais, cujo conjunto constitui a gama de todos os sentimentos humanos, do mais agradável ao mais insuportável. Nesse sentido, até se poderia dizer que a família seja *locus* de afeto, aí incluídos sentimentos como o desamor e até o ódio. Na linguagem vulgar, porém, é sinônimo de simpatia, amizade, amor. Por tudo isso, vê-se que afeto não é dever, é sentimento. (FIUZA, 2014, p. 1164, grifo nosso).

Mencionando Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, César Fiuza (2014, p. 1164) ensina que afeto é fato jurídico, porque provoca consequências no mundo deôntico, do dever-ser (na órbita do direito).

Evidentemente deve ser levado em consideração, não como norma, mas como fato gerador de condutas que, evidentemente, interessam ao Direito.

Conclui Fiuza (2014, p. 1164-1165) com maestria:

A afetividade, embora mereça atenção jurídica, não é norma, mas fato que pode estar presente nas relações familiares, digo “pode”, porque o afeto num sentido positivo (amor, carinho) nem sempre será presença constante no seio da família. Lá podem imiscuir-se sentimentos de ódio, inveja e desamor, tão graves quanto os de amor. Uma família normal é um conglomerado de seres humanos, na melhor das hipóteses neuróticos, que podem se amar e se odiar com a mesma intensidade. Podem fazer-se bem, mas podem fazer-se muito mal. Não fosse assim, não haveria a possibilidade de suspensão ou mesmo de perda do poder familiar. Transformar um sentimento em norma é algo, senão inviável, indesejável.

Por ser o afeto um sentimento, não pode ser alçado à condição de norma (princípio é norma), menos ainda de norma imperativa, como se alguém pudesse ser obrigado a sentir afeição. Afeto, portanto, embora constante na convivência humana, não é princípio.

Quanto aos idosos, tudo indica que o Estado tenta interferir, inclusive, em seus sentimentos, através de imposição de regime matrimonial. Um absurdo visto que casamento pressupõe amor, atenção e afeto. Por óbvio, nem todo casamento corre de acordo com o esperado. Mas, para isso, existem institutos como o divórcio, que põe término ao matrimônio.

Usar uma norma para não reconhecer um sentimento afetivo é completamente desconexo. Tratar o casamento dos septuagenários de forma desvinculada ao afeto, imaginando que pessoas completamente capazes não sabem gerir seus bens, ou sentimentos, mas visam apenas interesses patrimoniais, é uma verdadeira aberração jurídica.

Aliás, tal ingerência estatal nos parece considerar os maiores de 70 (setenta) anos verdadeiros incapazes.

Indiscutivelmente, o direito é necessário. Célia Regina Nilander de SOUSA¹⁰⁵ diz que Freud compreende que sejam necessárias alterações na civilização, e assim, no sistema normativo-valorativo das sociedades, porém, ele não faz crítica

¹⁰⁵ SOUZA, Célia Regina Nilander de. In: **”A Lei e o Desejo – Interlocução entre o Direito e a Psicanálise”**. Disponível em: <<https://celianilander.jusbrasil.com.br/artigos/158303043/a-lei-e-o-desejo-interlocucao-entre-o-direito-e-a-psicanalise>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

ao Direito em si. Mesmo sendo imperiosas as alterações, o Direito não deixa de ser necessário.

Ao contrário, ele (Freud) ressalta que a primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo. (SOUSA, *idem*)

O resultado dessa exigência consiste em que:

A lei seria um estatuto legal para o qual todos – exceto os incapazes de ingressar numa comunidade – contribuiriam com um sacrifício de seus instintos, e que não deixa ninguém – novamente com a mesma exceção – à mercê da força bruta. (FREUD, 1978, p. 155)

A lei, todavia, ao tentar proteger os septuagenários de eventuais perdas patrimoniais, não acabou por “sufocá-los”? Deveria a lei intrometer nos desejos, e afetos, dos idosos? Pode a lei interferir nos sentimentos afetivos, e lícitos, de alguém plenamente capaz?

Insta salientar que, conforme o Art. 7º, § 3º da Lei 12.376/2010, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), *tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.*

Logo após, o seu § 4º determina que *o regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.*

Destarte, caso um casal possua domicílio diverso, o primeiro domicílio dos nubentes é que servirá de norte legislativo para o mesmo.

Nas palavras de Oscar Tenório, citadas por Ana Luísa Marcos Francisco¹⁰⁶ “sendo o casamento meio legal da formação da família, apresenta importância no direito interno e, também, no direito internacional privado. Quando as leis pessoais dos nubentes não são as mesmas e a celebração do ato se faz em país estrangeiro, ocorrem conflitos.” Tais conflitos surgem das convicções culturais, regionais e religiosas de cada Estado, e que conseqüentemente geram reflexão nas leis matrimônios dos países. Para o Direito Civil, o casamento é uma matéria

¹⁰⁶ Fonte: <<https://analuisaff.jusbrasil.com.br/artigos/332372562/casamento-no-direito-internacional-regime-de-bens-e-divorcio>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

de extrema importância. Tendo isso em mente, não poderia ser diferente para o Direito Internacional Privado, pois a medida que a sociedade foi evoluindo, as relações internacionais foram tornando-se sem fronteiras, necessitando assim de um tratamento especial.

Conforme Nádia de Araújo (2011, sp), o regime matrimonial de bens é a regulamentação das relações pecuniárias derivadas da associação conjugal, pois os cônjuges muitas vezes já possuem bens e durante a vida conjugal poderão vir a adquirir outros, quer por aquisição própria, doação ou sucessão.

Posto isso, se faz necessário determinar qual regime matrimonial será adotado, principalmente quando o casamento se dá entre estrangeiros e a aplicação das normas tende a ser mais complexa do que em um casamento realizado entre nacionais.¹⁰⁷

Assim, apenas a título de exemplo, se uma canadense de 42 (quarenta e dois) anos de idade, domiciliada no Canadá, conhece um brasileiro enquanto passeia num museu em Paris, na França. Esse brasileiro possui 75 (setenta e cinco) anos de idade, e é domiciliado no Rio de Janeiro, Brasil. Tempos depois, os nubentes casam-se em Londres, no Reino Unido, e lá estabelecem seu primeiro domicílio¹⁰⁸ conjugal, já que os mesmos gostaram do país, possuem diversos amigos londrinos, e lá desejam viver pelo restante da vida.

No caso apresentado, o casamento dos mesmos será regido pelo direito britânico, por expressa determinação legal (DL 4657 /42, antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, com nova denominação dada pela L. 12.376 /2010, em seu art. 7º, § 4º, chamada atualmente, como mencionado acima, de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB)

Ainda em se tratando do regime de bens a ser adotado, caso venha a ter diversos domicílios no decorrer do casamento, pode o casal convencionar qual será considerado o seu primeiro domicílio conjugal. Seguindo o mesmo exemplo, se os nubentes tiverem domicílios distintos um do outro, sendo um na Itália e outro no Brasil, ou mesmo que venham a residir juntos em diversos países, como

¹⁰⁷ Fonte: <<https://analisaff.jusbrasil.com.br/artigos/332372562/casamento-no-direito-internacional-regime-de-bens-e-divorcio>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹⁰⁸ Conforme o art. 70 do Código Civil, *o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

Alemanha, Itália e França, poderão acordar que o seu primeiro domicílio conjugal será na Itália.¹⁰⁹

A partir da análise do caso e com base no artigo 7º, § 4º da LINDB, tem-se que o elemento de conexão que irá identificar qual a norma será aplicada para estabelecer o regime de bens adotado pelo casal, e conseqüentemente, a maneira como se procederá a partilha no momento do divórcio é a Lei do Domicílio.¹¹⁰

Na lição de Edgar Carlos de Amorim, e Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (2011, p. 50):

A fraude à lei é constituída de dois elementos: o material ou objetivo e o espiritual ou subjetivo.

O elemento objetivo está identificado pela realização de atos violadores da ordem interna, cujos efeitos vão sempre chocar-se com as determinações legais. O elemento subjetivo tem como escopo a evidente intenção de o nacional fugir aos efeitos de uma norma imperativa.

A fraude à lei, no âmbito do DIP (Direito Internacional Privado), é um tanto diferente daquela prevista no direito interno. Neste, a vontade é desviada visando causar prejuízo a terceiro em proveito do seu artífice. Na fraude à lei na área do DIP, o lesado nunca é a pessoa física em si, mas tão somente a coletividade. (destacamos)

Ou seja, há possibilidade de alteração do regime de bens matrimoniais, sem que isso se constitua uma *fraude à lei*¹¹¹ pois, muitas vezes, os contraentes, de nacionalidades distintas, sendo uma delas brasileira, mas com domicílios diversos, que se casam e estabelecem o primeiro domicílio conjugam num terceiro país por desejos pessoais (exemplo: bom clima local, facilidade econômica, amizades etc.), e não para prejudicar, ou causar prejuízo a quem quer que seja.

¹⁰⁹Fonte: <<https://analuisaff.jusbrasil.com.br/artigos/332372562/casamento-no-direito-internacional-regime-de-bens-e-divorcio>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹¹⁰Fonte: <<https://analuisaff.jusbrasil.com.br/artigos/332372562/casamento-no-direito-internacional-regime-de-bens-e-divorcio>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

¹¹¹ A fraude à lei (*evasion of law* ou *fraude à la loi*) ou criação fraudulenta dos elementos de conexão (*fraudulent creation of points of contact*) refere-se às partes de uma jurídica internacional (civil e comercial) que aproveitam artificialmente uma norma de conflitos e criam propositadamente um elemento de conexão para fugir à aplicação do direito interno que devia ser aplicado, e por conseguinte, aplicam o direito estrangeiro mais vantajoso para si próprio. Porque a designação da lei depende de elementos de conexão, e da vontade das partes, por exemplo, nacionalidade, domicílio, lugar onde a pessoa se encontrar, etc. Se as partes, com um determinado objetivo (sic), abusarem da liberdade de criação e mudança do elemento de conexão, obviamente não é vantajoso para a segurança da ordem jurídica, nem para a implementação da política jurídica do direito interno. (JIN, 1999, p. 269). No mesmo sentido, BRAGA (2010, p. 365), citando Jacob DOLINGER ensina que o instituto *fraude à lei* presta-se a afastar a aplicação do direito estrangeiro em determinadas hipóteses. Ocorre fraude à lei quando uma pessoa, voluntária e arditamente, faz uso dos elementos de conexão que indicaria a lei aplicável para alterar o status da situação concreta, de modo a obter alguma vantagem ou benefício pessoal.

Para resolver tal questão, talvez, na órbita legislativa, uma saída poderia ser alterar a questão para se levar em conta apenas o local da celebração do casamento (*lex loci celebrationis*) como elemento de conexão¹¹².

O que temos que ter em mira é, justamente, a proteção do idoso, de suas necessidades, de seus afetos.

¹¹² Elemento de conexão é um instituto do Direito Internacional Privado e, nada mais é, do que o elemento que indica a lei a ser aplicada no caso concreto, havendo duas ou mais nacionalidades envolvidas. Tais elementos são essenciais em várias situações jurídicas, desde a definição do direito aplicado ao divórcio de um alemão, casado com uma brasileira na Turquia, com primeiro domicílio estabelecido no Egito, e, quando domiciliados no Rio de Janeiro, resolvem por termo ao matrimônio, quanto à definição de competência judicial no caso de um boliviano agredir esposa, russa, num voo em uma aeronave de matrícula francesa, pouco antes de pousar no aeroporto de Brasília. Todas as respostas serão dadas levando-se em conta os institutos internacionais denominados *elementos de conexão*.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AOS CONTRAENTES MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE POR PARTE DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Feijó e Medeiros (2011, p. 9-10) assim se manifestam a respeito do envelhecimento como direito essencial da pessoa, bem como sobre a proteção a eles conferida pelo Estatuto do Idoso:

O Estatuto do Idoso (Lei Federal n.º 10.741/2003) caracteriza o envelhecimento como direito essencial do indivíduo, destinado a resguardar a dignidade humana, garantindo a cidadania em sua plenitude aos idosos. Consolida também direitos existentes, assegurando outros às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Surgiu da necessidade social de ser assegurada ao idoso maior atenção por parte da família, do poder público e da sociedade. Essa lei configura instrumento de grande valia para a conscientização de todos acerca de suas responsabilidades com o idoso, contribuindo de modo preciso para a efetiva inclusão social. É fruto e expressão de movimentos sociais e de uma política pública, a qual vincula os objetivos e meios aptos a conferir proteção especial ao idoso, seja quanto ao adimplemento de direitos fundamentais, seja quanto aos direitos à proteção do idoso, todos direcionados para sua imediata aplicabilidade em áreas como liberdade, saúde, educação, cultura, trabalho, assistência social e habitação.

Continuam elas a dizer, e questionar, o seguinte (*idem*, p. 1-11):

A Lei n.º 10.741/2003 define o idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Entretanto, alguns direitos só são adquiridos pelos idosos que contam sessenta e cinco anos como é o caso da gratuidade no transporte coletivo urbano e semiurbano e do Benefício da Prestação Continuada, nos termos da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), conforme preceituam os artigos 34 e artigo 39 do Estatuto do Idoso. É de grande importância o Estatuto do Idoso e o seu fiel cumprimento para a população idosa, bem como a recomendação da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2003), que determina que quaisquer que sejam as atividades de promoção planejadas de saúde, deverão incluir atuações no campo biológico, psicossocial, político e legal, e que a promoção de saúde do idoso deverá estar a cargo de uma equipe interdisciplinar.

A aplicabilidade do Estatuto do Idoso possibilita para essa faixa etária uma segurança maior, uma vez que a dimensão que os artigos contidos no mesmo abrangem as necessidades que os idosos enfrentam e vêm suprir essas dificuldades, garantindo-lhe melhores condições, para que os velhos tenham mais espaço na sociedade e vivam com dignidade e que os seus direitos de cidadãos sejam preservados.

Segundo Alonso (2005), a indagação central que se coloca é se realmente a legislação direcionada ao idoso e a rede de proteção para ele criada funcionam, e se obtêm os resultados esperados em relação à qualidade de vida da população idosa.

Objetivando proteger, de forma especial, certas pessoas (*in casu*, os idosos), o Estado interfere para criar, e assegurar, direitos às mesmas. No entanto, até onde é válida, e positiva, a interferência estatal? Até onde esse agir do Estado é benéfico ao idoso, e a partir de onde esse agir começa a ser ruim ao próprio idoso?

Tais questionamentos são de extrema importância e, sobre eles, Lima e Sá (2015, p. 22) assim refletem:

A autonomia familiar é traduzida na liberdade de fazer escolhas, sem interferências externas, seja da sociedade ou do Estado. Quanto ao Estado, ressaltamos duas formas de atuação: de um lado, ele atua como garantidor da liberdade de autodeterminação e, de outro lado, ele interfere em situações extremas para proteger os membros da família que se encontram em posição de vulnerabilidade.

Além de considerar o grupo familiar em face do Estado e da sociedade, há que se pensar nas relações internas, ou seja, nos vínculos de cada pessoa com a família ou com os integrantes do grupo familiar. Afinal, não raro, há interesses conflitantes em jogo. Nesse ponto, o princípio da autonomia se apresenta como autonomia individual no seio familiar.

O elemento comum – seja na autonomia da pessoa na família e desta diante da sociedade e do Estado – é o respeito à diferença. Todos devem ser iguais igualmente respeitados nas suas diferenças (art. 5º., *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil). A igualdade completa e viabiliza o exercício da liberdade.

Na família, essa liberdade se manifesta em diversas circunstâncias: na escolha do modelo de entidade familiar e do regime matrimonial de bens; na criação e educação dos filhos ou na opção por não tê-los; na opção dos cônjuges de terem domicílios próprios ao invés de domicílio comum; na adoção dos apelidos de família, dentre outros.

No tocante específico dos idosos, Lima e Sá (2015, p. 22) se manifestam nesse sentido:

Em se tratando de pessoas idosas, a recodificação do Direito Privado Nacional não se voltou para sua inserção no âmbito familiar, o que é surpreendente diante do crescimento dessa faixa etária na população brasileira. O Código Civil de 2002, que concretiza o princípio da autonomia privada em vários de seus dispositivos, quando se refere ao idoso, inverte a equação para limitar direitos, impondo o regime de separação de bens para as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sic) anos. O art. 1.641, II, CC/02 é o único dispositivo a regular a situação do idoso na família.

Criticando frontalmente a posição do Código Civil, elas lecionam o seguinte (*idem*, 2015, p. 22):

Está claro que o legislador ordinário partiu do pressuposto de que o idoso é, necessariamente, vulnerável, ainda quando não se encontre em quaisquer

das situações capituladas nos artigos 3º. e 4º. do CC/02, que disciplinam o regime das incapacidades.

É, de fato, evidente, o tratamento preconceituoso dado ao idoso por parte do legislador civilista quando trata os idosos como sujeitos incapazes de reger seu próprio patrimônio. Aceitar tal situação seria o mesmo que considerar que, por exemplo, um empresário, aos 70 (setenta) anos de idade, não fosse mais capaz de gerir seus bens, sua empresa e seus negócios, levando-se em conta que sua capacidade mental estaria reduzida em razão da idade.

Comungando com tal pensamento, Lima e Sá (idem, p. 23):

Ao contrário do tratamento jurídico dado à criança e ao adolescente – que cada vez mais veem reconhecidas possibilidades de opinar e decidir – o idoso se vê ceifado do poder de autodeterminação, ignorando-se o seu discernimento. Aqui, longe de garantir a autonomia privada, o Estado surge para intervir nas relações privadas, sob o pretexto de proteger o indivíduo de si mesmo.

Não desconhecemos, no entanto, a relevância da Lei 10.741, de 1º. de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura direitos individuais e sociais a essa parcela da população, chegando mesmo a definir infrações administrativas e crimes contra o idoso (microsistema).

O que criticamos é a visão preconceituosa, que inspirou a norma do art. 1.641, II, do CC/02, ensejando a intervenção do Estado na liberdade de um cidadão adulto e capaz, em plenas condições de decidir sobre sua pessoa e seu patrimônio. Nesta circunstância, o intervencionismo estatal é injustificável, porque desnecessário. O legislador partiu da discutível premissa de que a pessoa idosa não é capaz de inspirar amor.

Assiste razão às autoras no que diz respeito à importância do Estatuto do Idoso (Lei 10. 741/03). Da mesma forma, as mesmas possuem razão quando criticam o exacerbado intervencionismo estatal na vida íntima das pessoas quando, por exemplo, o legislador impõe determinado regime de bens para casamento dos septuagenários, como no caso do art. 1.641, II, do CC/02.

Tal regra se mostra uma afronta ao princípio da autonomia da vontade, bem como trata uma pessoa adulta, plenamente capaz de autodeterminar-se conforme sua vontade, como se tivesse algum distúrbio mental, ou mesmo fosse incapaz de administrar seus bens. Seria o mesmo que nivelar todos os idosos como vulneráveis, incapazes de gerenciar seu patrimônio, bem como incapazes de manifestar amor verdadeiro.

O TJMG (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), no ano de 2014, decidiu pela a não aplicação do regime da separação legal dos maiores de 60 (sessenta) anos de idade, exatamente por ferir os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA.

- É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (Arg Inconstitucionalidade 1.0702.09.649733 -5/0026497335-28.2009.8.13.0702 (2). Relator (a) Des.(a) José Antonino Baía Borges, Julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula 21/03/2014)

Importante perceber que a referida decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais encontra lastro, por analogia, no contemporâneo entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Segundo este, a aplicação do regime da separação legal serve de não desestímulo do casamento, o que discrepa do atual entendimento jurídico pátrio, que visa facilitar, inclusive, a união estável. Entende o STJ (como visto no Capítulo 2.3.4 deste trabalho) que o regime obrigatório de separação de bens deve sofrer a contemporização do Enunciado 377 do STF, já que os bens adquiridos na constância do casamento devem comunicar-se, independentemente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, visto que a solidariedade, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL -NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC -RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao

desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0207350-2, Relator (a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) julgamento 02/03/2010, data da publicação DJe 30/08/2010.

Observando tais julgados, bem como os mencionados anteriormente na presente tese, percebe-se que não há um posicionamento pacífico quanto ao regime da separação legal nos tribunais brasileiros.

As cortes pátrias, ao mesmo tempo em que defendem a inconstitucionalidade da norma civilista, em certos momentos, também convalidam a sua aplicação aos casos de união estável.

O que se percebe é que, por mais que envolvam situações jurídicas distintas, tais decisões servem de base para demonstrar que a separação legal para os maiores de 70 (setenta) anos de idade é passível de ser não ser aplicada nos casos concretos.

A inaplicabilidade da norma *incidenter tantum* é, a nosso ver, correta e atual, dada a evolução da sociedade bem como dos relacionamentos humanos hodiernos. Porém, a continuidade da existência da norma civilista que impõe a separação legal de bens para os septuagenários gera insegurança jurídica evidente, visto que a mesma existe no plano legal, porém, diverge das situações de afetos reais

A doutrina, embora não unânime, tende a ser firme no que diz respeito aos fundamentos aos quais se basearam a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. A maioria dos autores pátrios é contrária ao estabelecimento de imposição legal quanto ao regime de bens matrimoniais dos septuagenários.

Tal entendimento torna a discussão ainda mais interessante no meio jurídico, mormente junto a civilistas e constitucionalistas, visto que, embora o entendimento majoritário seja contra a norma, este existe e ainda está em vigor, gerando combates entre tribunais, doutrinadores, estudiosos e a norma civil impositiva e intervencionista.

Por conseguinte, diante das vacilantes decisões judiciais, e da maioria do entendimento doutrinário, questiona-se se o instituto da separação legal para os maiores de 70 (setenta) anos de idade, deve ser ou não aplicado no ordenamento jurídico, ou seja, se o mesmo é, de fato, inconstitucional. Tal inconstitucionalidade nos parece evidente, bem como para a maioria da doutrina nacional.

Há que se respeitar a autodeterminação dos idosos, já que a mesma é inerente à dignidade da pessoa humana, e envolve diversas repercussões como tornar-se responsável pela própria vida!

Impor um regime de bens aos maiores de 70 (setenta) anos simplesmente revoga a autonomia dos idosos nas questões patrimoniais e existenciais, desconsiderando as necessidades reais do idoso no caso concreto, ferindo de modo evidente princípios como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, bem como da liberdade.

É incontestável dizer que a proibição da escolha do regime de casamento para os maiores de 70 (setenta) anos de idade é um ato discriminatório contra a pessoa dos longevos.

Muito bem afirma Maria Berenice DIAS (2010, p. 466): ainda que sejam assegurados todos os direitos e garantias ao idoso, mantém-se uma injustificável discriminação contra eles.

Considerando os mandamentos principiológicos da igualdade e da dignidade da pessoa humana estabelecidos pela nossa Lei Maior, e mesmo por tratados internacionais promulgados pelo Brasil, a norma civilista que prevê a regra da separação legal para os indivíduos na faixa etária maior que setenta anos é patentemente discriminatória, por denotar um tratamento desigual, e prejudicial, quanto à liberdade de escolha do regime de casamento por parte dos mesmos.

Em posição contrária aos posicionamentos até aqui manifestados, Washington de Barros Monteiro (2007, p. 215) posiciona-se pela defesa da

aplicação do artigo 1.641, II do CC: “Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”.

O mestre paulista (MONTEIRO, 2007, p. 218) defende o caráter protetivo do dispositivo (art. 1.641, II, do atual Código Civil), que objetiva impedir o famigerado “golpe do baú”. Segundo ele, é de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras.

Da mesma forma, Clóvis Beviláqua (1945, p. 169) pugnava pelo regime legal da separação de bens, chamando a atenção para a situação afetiva do septuagenário: o legislador, receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastassem os mais velhos a casamentos inadequados ou inconvenientes, pôs entraves a essas ambições com o regime da separação de bens obrigatório.

Nesse mesmo sentido, elencando supostas carências afetivas das pessoas maiores de setenta anos, Pontes de Miranda (2001, p. 219) enfatiza que:

(...) para evitar explorações, consistentes em levar ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação de bens.

Pondo em cheque os argumentos acima, nas palavras de Silmara Juny Chinelato (2004, p. 290-291):

Inexiste razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas maiores de 60 anos (atualmente 70 anos) aportam a maturidade de conhecimentos à vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz – e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio –, chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade (...) a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.

Ora, como exposto anteriormente, nos dias atuais, os maiores de setenta anos possuem, em sua grande maioria, plena capacidade física, intelectual e emocional. Tais doutrinadores formaram pensamentos com base em realidades longínquas, completamente diversas da que vivemos hodiernamente. Mencionamos, aqui, tanto a realidade médica, quanto a realidade jurídica. Prova disso é que, o próprio entendimento jurisprudencial, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 448-449):

Tem a jurisprudência proclamado, porém, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (CF, arts. 1º., III, e 5º., I, X e LIV) ¹¹³

Continua Gonçalves (2010, p. 449) asseverando:

A doutrina, de forma quase unânime, tem-se posicionado nesse sentido. Francisco José CAHALI, atualizando a obra de Silvio RODRIGUES, pondera que a restrição apontada se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, afirma, “talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenários ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”. No entender do aludido atualizador, “melhor se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime”.

Citando Caio Mário da Silva Pereira, na obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, C. R. Gonçalves (2010, p. 449) escreve:

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

¹¹³ TJSP, Ap. 7.512-4-São José do Rio Preto, 2ª. Câ., rel. Des. Cezar Peluso, j. 18-8-1998. No mesmo sentido: “Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC (de 1916; art. 1.641, II, CC/2002). Norma incompatível com os arts. 1º., III, e 5º., I, X e LIV, da CF” (RT, 767/223 e 758/106).

João Batista Villela¹¹⁴, também citado por Gonçalves (2010, p. 449), sublinha que “a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade”.

Por fim, também pela inconstitucionalidade da norma, Paulo Luiz Netto Lôbo. Segundo ele, mencionado por Gonçalves (2010, p. 449):

A hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus.

No entendimento do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), a lei diminuiu as restrições, mas continua a desconsiderar a autonomia da vontade, a liberdade e a autodeterminação das pessoas. (IBDFAM, 2011, p. 117)

Corroborando tal posicionamento, César Fiuza (2014, p. 1184) é enfático:

A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis diminutio*¹¹⁵ aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada.

Nesse sentido, o Poder Legislativo deveria ter iniciativa para revogar tal dispositivo, frontalmente discriminante aos idosos, qual seja: o art. 1641, II, Código Civil, ou que seja declarada a sua inconstitucionalidade através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Enquanto o referido dispositivo, prejudicial aos contraentes com idade superior a 70 (setenta), anos estiver em vigor, e não for declarada a sua inconstitucionalidade via ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) perante o STF, os magistrados, nos casos concretos, podem, por exemplo, exercer seu controle de

¹¹⁴ Liberdade família, Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 7, p. 35.

¹¹⁵ A expressão *capitis diminutio* significava diminuição da capacidade no velho Direito Romano; hoje a expressão é usada para significar diminuição ou perda da autoridade, geralmente humilhante ou vexatória.

constitucionalidade de modo difuso. A questão é que a ADI via concentrada¹¹⁶ (perante o STF) traria estabilidade e segurança jurídica a todos. Da mesma forma, traria garantia aos princípios mais caros aos longevos, especialmente os da igualdade e dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, apenas os legitimados a propor a ADI genérica poderiam acionar o STF. Segundo Lenza (2006, p. 116), o que se busca através da mencionada ADIn (sic) é o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. Ao contrário, da via de exceção ou defesa, através da qual o controle (difuso) se verifica em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide (...). (destaques do próprio autor)

Apenas para concluir, abordando o chamado *controle difuso*, nos ensinamentos de Pedro Lenza (2006, p. 107-108):

O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle *in* via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual (...). O controle difuso verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*) (...)

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

A questão é que, no controle difuso, os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e *inter partes*. Dizemos em regra pois o STF, constantemente, tem feito modulações em suas decisões, alterando os efeitos de suas decisões.

¹¹⁶ Nos termos do art. 103 da CRFB, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Consoante o § 1º do mencionado artigo, o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, conforme o seu § 3º, quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Nesse norte, Pedro Lenza (2006, p. 111) leciona: cabe salientar que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro* a uma decisão do STF. O *leading case* foi o julgamento do RE n. 197.917 (...) (cf. íntegra do voto em *Inf.* STF n. 341, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Por fim, abordando a questão do dispositivo civilista estudado, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 451), menciona interessantíssima lição de Chinelato, dizendo o seguinte:

A vida prática nos dá exemplos de pessoas do mais alto discernimento que ultrapassam os sessenta anos (frise-se: hoje a imposição legal é para os maiores de setenta anos de idade). Os legisladores do novo Código, por exemplo, e muitos dos juízes e desembargadores que irão julgar causas que envolvam direta ou indiretamente o inciso II do art. 1.641. Curiosamente a lei presume tenham maturidade, vivência e discernimento para escolher o regime de bens pessoas que há pouco entraram na idade adulta: as que completaram dezoito anos, agora plenamente capazes.

Como é de amplo conhecimento, a Lei Complementar n. 152, de 03 de dezembro de 2015, dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos agentes públicos aos quais se aplica o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

De acordo com a mencionada Lei Complementar, os mencionados servidores serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade. Vejamos:

Pela norma, serão aposentados compulsoriamente aos 75 anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição: (i) os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; (ii) os membros do Judiciário; (iii) os membros do MP; (iv) os membros das Defensorias Públicas; e (v) os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas. Para os servidores do Serviço Exterior Brasileiro, regidos pela lei 11.440/06, o disposto na lei será aplicado progressivamente à razão de 1 ano adicional de limite para aposentadoria compulsória ao fim de cada 2 anos, a partir da vigência, até o limite de 75 anos.¹¹⁷

Por seu turno, a Emenda Constitucional n. 88, de 07 de maio de 2015, altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente à idade para a aposentadoria

¹¹⁷ Fonte: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231014,61044-Promulgada+lei+que+estabelece+aposentadoria+compulsoria+aos+75+anos>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Reza a EC n. 88, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade.

Assim sendo, pode ocorrer de um magistrado de 73 anos de idade julgar uma questão envolvendo uma lide em que figura, por exemplo, outro septuagenário, de mesma idade, ou até de idade superior à dele.

No caso hipotético, o magistrado será considerado plenamente capaz de decidir a causa, ao passo que o outro longo vivo será tido proibido, pelo dispositivo civilista até aqui analisado, de casar-se conforme o seu desejo, seu amor, seu afeto.

Até quando essa incoerência legislativa será mantida?

5 CONCLUSÃO

Diante de toda a explanação utilizada na presente pesquisa, percebemos que envelhecimento, e velhice, são temas de preocupação mundial, visto que a tendência global é que, com os avanços da ciência, mormente da farmacologia e da medicina, as pessoas vivam mais, e melhor.

Tal vantagem quantitativa, e qualitativa, torna cada dia mais comum a existência de pessoas longevas, cujos interesses, necessidades e desejos não podem ser desprezados pelo legislador, nem pelos tribunais.

Ao mesmo tempo em que a população de praticamente todo o mundo envelhece, inclusive a brasileira, surgem problemas relacionados ao tratamento adequado aos mesmos, não apenas na órbita da saúde, mas também na esfera social, legislativa e jurídica.

No Brasil, de forma especial, a população de idosos teve acentuada evolução numérica a partir da década de 70 (setenta). A ONU e o IBGE projetam que, em 2050, 25% (vinte e cinco por cento) dos brasileiros serão idosos. Ou seja, teremos um verdadeiro país de longevos dentro do Estado Brasileiro, e isso deve ser tratado de forma séria e atenta.

Objetivando uma maior proteção aos longevos, uma série de documentos foram firmados no Brasil. A Constituição Federal de 1988 saiu na vanguarda e, expressamente, se preocupou em preservar os direitos do cidadão idoso. Em seu Capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, art. 230, estabeleceu que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando-lhes participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Posteriormente, outros diplomas foram promulgados, dentre eles, destacam-se a Lei n. 8.842 /1994 (que estabeleceu a Política Nacional do Idoso) e a Lei n. 10.741/2003 (conhecida como o Estatuto do Idoso).

De fato, medidas protetivas aos longevos não são apenas importantes, mas necessárias para que os mesmos tenham acesso efetivo a uma gama de direitos estabelecidos em nosso país.

No entanto, a interferência excessiva do Estado sobre os idosos pode acabar os afetando. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406 /2002), em seu art. 1.641, II, que impõe regime de bens aos maiores de setenta anos de idade, acabou por cercear os desejos dos septuagenários, bem como os de idade superior a estes, restringindo suas vontades, como se os mesmos fossem verdadeiros incapazes quanto ao domínio, e gerenciamento, de seus patrimônios.

O Código Civil pátrio, ao obrigar o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, transgrediu alguns dos pilares da Constituição Federal, qual sejam os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O referido códex utilizou-se de um elemento puramente discriminador, frontalmente contrário aos ditames da nossa Lei Maior, gerando injustificada segregação etária.

Na realidade, entender que os maiores de setenta anos não podem escolher o próprio regime de casamento significa dizer que os mesmos estão em um estamento aquém das demais pessoas. Num Estado democrático de direito, tal discriminação é completamente incabível visto colidir com todos os preceitos constitucionais vigentes. Se o idoso possui algum problema com sua senilidade, que isso seja atestado por atestado médico. Porém, entender que todas as pessoas, a partir dos setenta anos de idade sejam incapazes de gerir sua própria vida, seria atestar uma debilidade genérica, incongruente e inaceitável em qualquer democracia contemporânea.

O que se percebe, é ainda uma mentalidade patrimonialista, herdada do período do raciocínio do código anterior (1916), momento em que o sentimento era secundário para a lei. Atualmente, contudo, o que há de se evidenciar é a valorização dos sentimentos como o amor e o afeto em face de questões meramente materialistas. O casamento, inclusive, hoje, tem como meta a satisfação sua plena comunhão de vida dos nubentes, o que colide com a ideia de separação legal imposta no mencionado dispositivo.

O que se na contemporaneidade é uma valoração cada vez maior, ainda que insuficiente, do afeto. Evidentemente não falamos, aqui, de um sentimento perfeito, “polianesco”, isento de problemas, mas de um *quantum* mínimo de sentimento de para que a união familiar valha a pena ser criada, mantida e preservada.

De fato, ainda que imperfeitas, as famílias constituem um núcleo afetivo, em maior ou menor intensidade, independentemente da idade dos seus componentes, sejam eles jovens, de média idade, idosos ou longevos.

Imaginar que pessoas maiores de setenta anos não possuem capacidade para reger seus bens revela tratamento desigual para com os mesmos. Estes possuem todos os direitos das demais pessoas, com o aditivo de possuírem mais experiência de vida.

O argumento dos defensores do dispositivo civilista, de que isso evitaria o “golpe do baú” se mostra um tanto quanto falha. Supostos “golpes” podem ocorrer a todo instante, em qualquer fase da vida, incluindo pessoas idosas, de meia idade e mesmo jovens, que possuem pouca experiência de vida, e estão repletos de descobertas e emoções.

Impor o regime de separação de bens aos nubentes idosos significa, por exemplo, abandonar materialmente aquela pessoa que acompanhou o longo no final de sua vida, muitas vezes cuidando com carinho, atenção, amor e afeto. Insta acrescentar que, hoje, o casamento tem como mira o afeto e o amor.

Nesse sentido, a imposição da escolha do regime de separação de bens é tão discrepante, que a Súmula 377 do STF (1964) vem procurar mitigar tal questão.

O art. 1641, II do Código Civil iguala o idoso à condição de incapaz, violando, destarte, princípios caros aos seres humanos como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, explicitados por nossa Constituição Cidadã.

Tal norma, portanto, está maculada por evidente vício de inconstitucionalidade material, razão pela qual a mesma deve ser revogada do nosso ordenamento. Nesse sentido, espera-se o imediato fim de sua vigência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Jones Figueirêdo. **União septuagenária e separação absoluta de bens por pacto antenupcial**. 26 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-26/processo-familiar-unioes-septuagenarias-separacao-bens-pacto-antenupcial>>. Acesso em: 10 dez. 2017.
- AMORIM, Edgar Carlos de; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto. **Direito internacional privado**. 11. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ANDRE, Herrera Patrocínio. **História do direito na Índia e China**. Disponível em: <<https://herreraalemao.jusbrasil.com.br/artigos/188561767/historia-do-direito-na-india-e-china>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, antiga forma do casamento de fato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 701, 1994.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986.
- BARRUFFINI, Frederico Liserre. **Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos: antes e depois do novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5092>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.
- BARROS, André Borges de Carvalho; AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROS FILHO, Arthur MEUCCI. **A vida que vale a pena ser vivida**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. Ed. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito internacional público e privado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de Agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de set. 1962. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>> Acesso em: 14 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Documentos Legais**. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/copy2_of_DOCUMENTOS_LEGALIS.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso. Publicada no DOU em 03 out. 2003.

BRASIL - Registros Paroquiais da Igreja Católica (Registros Históricos do Family Search. Disponível em: <[https://www.familysearch.org/wiki/pt/Brasil_-_Registros_Paroquiais_da_Igreja_Cat%C3%B3lica_\(Registros_Hist%C3%B3ricos_do_FamilySearch\)](https://www.familysearch.org/wiki/pt/Brasil_-_Registros_Paroquiais_da_Igreja_Cat%C3%B3lica_(Registros_Hist%C3%B3ricos_do_FamilySearch))>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. **Súmula nº 380 do STF, de 03 de abril de 1964**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. **Súmula nº 382 do STF, de 03 de abril de 1964**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2488>>. Acesso em 10/11/2016.

BURNHAM, William. **Introduction to the Law and Legal System of the United States**. Eagan, Minnesota: West Group, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAMPOS NETO, Antonio Augusto Machado de. O Hinduísmo, O Direito Hindu, O Direito Indiano, São Paulo: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito**. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, J. G. T. O conceito de família na teoria psicanalítica: uma breve revisão. **Pesquisas e Práticas Psicossociais** [on-line], v.3 n.1, 2008.

CARVALHO FILHO; CHAVES, João Gualberto Teixeira de; CAMILO, Wilson. **A acepção de família na teoria psicanalítica**: Sigmund Freud, Melaine Klein e Jacques Lacan. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n.41, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o Novo Código Civil. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_inacio_sumula.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

OS CASAIS no contexto europeu: legislação aplicável nos 27 países da UE. Disponível em: <<http://www.coupleseurope.eu/pt/germany/topics/2-Existe-algum-regime-estatut%C3%A1rio-de-bens-matrimoniais-e-caso-exista-o-que-contempla>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CHAVES, Antonio. Do concubinato à família de fato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 623, p. 13-17, 1987.

A CONCEPÇÃO freudiana do afeto. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20706/20706_4.PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**: família e sucessões. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO JÚNIOR, Fernando Gonçalves. **Direito internacional**. Belo Horizonte: *Aprobatum* - ANAMAGES - Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, 2009.

A CONSTITUIÇÃO de 1937 – a “Polaca”. **Politize!**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/constituicao-de-1937-a-polaca/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DECISÕES STF/STJ. **Blog do 26**. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=8469>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

D´OLIVEIRA, H. Maia (Org.). **LISA - Grande Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: LISA – Livros Irradiantes, 1972.

DANTAS, Santiago. **Direito de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 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%E7%F5es_ao_direito_de_amar.pdf>. Acesso: 02 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br>>. Acesso: 06 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ETIMOLOGIA de “autonomia”. Disponível em: <<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-autonomia/>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.6.

FEIJÓ, Maria das Candeias Carvalho; MEDEIROS, Suzana da A. Rocha. **Revista Kairós Gerontologia**. São Paulo, 2011.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali Kloster. **O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCISCO, Ana Luísa Marcos. **Casamento no Direito Internacional**: regime de bens e divórcio. Disponível em: <<https://analuisaff.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

FRANCISCO, Ana Luísa Marcos. **Inventário e partilha**: análise comparada entre doutrinadores à luz do Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015). Disponível em: <<https://analuisaff.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise; A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; Esboço de psicanálise**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).

GOMES, Luiz Flavio. **Normas, regras e princípios**: conceitos e distinções. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOULART, Leandro Henrique Simões; BARBOSA, Rosane Monteiro. A violação do princípio da igualdade em face do regime obrigatório de separação de bens do maior de setenta anos. **Pós em Revista**, Belo Horizonte, 2012.

GOUVEIA, Mila; ROCHA, Roberval. **Principais julgamentos STF/STJ**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 9. Ed. São Paulo: Rideel, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? Tradução de William Rehg. **Political Theory**, v. 29, n. 6, dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Paulo Astor Soethe. In: _____. **A inclusão do outro**. Loyola: São Paulo, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Intolerance and discrimination. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 1, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo dicionário Aurélio**. 13. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

IBDFAM. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011, v.10.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

JIN, Huang. **Direito internacional privado**. Macau: Ed. O Direito, Versão 1 de setembro de 1999.

JURISPRUDÊNCIA do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22sumula+377%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

KARNAL, Leandro. **Família não é só pai, mãe e filhos**. Disponível em: <<https://www.revistapazes.com/familia-nao-e-so-pai-mae-e-filhos/>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

KEKES, John. **Morality of pluralism**. Ewing: Princeton University Press, 1993.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **A liberdade de escolha de regime de bens no Código de 2002**. 15 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI217321,31047+liberdade+de+escolha+de+regime+de+bens+no+Codigo+de+2002>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**: outros escritos. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. v.5.

LEMOS, Daniela de *et al.* **Velhice**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/tempo/velhice-texto.html>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização nas relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de família e a Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2006.

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

LOURENÇO DIAS, Adahyl. **A concubina e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1988.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. **Código filipino ou Ordenações e Leis no Reino de Portugal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

MALOSÁ JÚNIOR, Francisco Carlos; SILVA, Rafael de Souza. Autonomia da vontade e o dirigismo estatal nos contratos. **Revista Jurídica da UniFil**, Ano I - nº 1.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001, v.2.

MOLD, Cristian Fetter. Apontamentos para a codificação do direito de família brasileiro. In: _____. **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. Atualização de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2016, v.2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Basílio de. **Direito alimentar e sucessório entre companheiros**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Gisele Novaes. Do casamento. In: _____. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Rafaela Tomaz de. Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

A ONU e as pessoas idosas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

PEDRONI, Ana Lucia. **Dissolução do vínculo matrimonial – (des) necessidade da separação judicial ou de fato como requisito prévio para obtenção do divórcio brasileiro**. Florianópolis: OAB/SC. Ed., 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.3.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF: união estável**. 18 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/stj-uniao-estavel/>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. **O afeto e sua visão romancista no Direito de Família**. Belo Horizonte, [19--?].

PROJETO de Lei do Senado nº 470, de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

PROMULGADA lei que estabelece aposentadoria compulsória aos 75 anos para servidores públicos: norma passa a valer nesta sexta-feira, 4, com a publicação no DOU. 4 de dez. 2015. **Mgalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI231014,61044-Promulgada+lei+que+estabelce+aposentadoria+Compulsoria+aos+75+anos>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre, nº 224, 2003.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre, nº 132, 1989.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, v. 79, p. 281-289, 1977.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REGIME de bens. Disponível em: <<https://www.casamentocivil.com.br/regime-de-bens/o-que-e-regime-de-bens>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.6.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Concubinato e sociedade de fato. **Rev. Fac. Dir. S. B. S. São Bernardo do Campo**. v.2, 1992.

SIGNIFICADO de Afeto. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/afeto/>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SILVA, Ewerton Rodrigo Cardoso. O casamento no direito brasileiro. **UNIFRAN - FRANCA/SP**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14716309/O-casamento>>. Acesso: 30 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Paulo Lins e. **O estatuto das famílias no direito comparado**. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/o_estatuto_das_familias_no_direito_comparadoibdfamnov.2011.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SIMÃO, José Fernando. **O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?**. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SOBRAL, Cristiano. **Direito civil em síntese**. São Paulo: Método - GEN, 2015.

SOUSA, Célia Regina Nilander de. **A Lei e o Desejo – Interlocução entre o Direito e a Psicanálise**. Disponível em: <<https://celianilander.jusbrasil.com.br/artigos/158303043/a-lei-e-o-desejo-interlocucao-entre-o-direito-e-a-psicanalise>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SPONVILLE, André Compte. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

STOLZE, Pablo. Novo **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

SÚMULA do STF. Atualizado até 1º de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

TERCEIRA Idade - dados estatísticos sobre os idosos. Disponível em: <http://www.saudeemmovimento.com.br/conteudos/conteudo_exibe1.asp?cod_noticia=91>. Acesso em: 15 dez. 2017.

TRIGINELLI, Wânia. Aspectos gerais dos regimes de bens. In: _____. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRIPICCHIO, Adalberto. Neurose. 12 fev. 2008. **Rede PSI**. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/2008/02/12/neurose/>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.