



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IANA ANDRADE RAUÉDYS DE OLIVEIRA**

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS  
PARA OS INDIVÍDUOS MAIORES DE 70 ANOS – UMA  
ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II,  
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Salvador  
2013

**IANA ANDRADE RAUÉDYS DE OLIVEIRA**

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS  
PARA OS INDIVÍDUOS MAIORES DE 70 ANOS – UMA  
ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II,  
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial  
para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2013

## **AGRADECIMENTOS**

De forma alguma seria possível, em primeiro lugar, agradecer a qualquer outro que não Ele, meu Deus maior. Fonte infindável de força e coragem, eterna negativa a desistência!

Contudo, mais do que imprescindível agradecer aos meus amigos que de maneira compreensiva e companheira estiveram ao meu lado na construção desse novo caminho, torceram e se preocuparam a cada página escrita.

Aos meus pais, que mesmo longe, rezam por mim todos os dias e a todo momento, mas, acima de tudo, pela sua crença inabalável na minha capacidade.

Agradeço, ainda, a todos os meus mestres, porque, em todas as formas, me deram a base e o suporte acadêmico para a realização desse trabalho.

Com todas as dores e dissabores, mais do que válida experiência de debruçar-se sobre esse estudo, porque incomparável a sensação de completá-lo: eu consegui!

Meu imenso obrigado a todos vocês, meus companheiros de vida!

“O amor é paciente, é benigno;  
O amor não arde em ciúmes, não se ufana, não se ensoberbece, não se conduz  
inconvenientemente, não procura os seus interesses, não se exaspera, não se recente do  
mal; não se alegra com a injustiça, mas regozija-se com a verdade;  
Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.  
O amor jamais acaba; mas, havendo profecias, desaparecerão; havendo línguas, cessarão;  
havendo ciência, passará; porque, em parte, conhecemos e em parte, profetizamos.  
Quando, porém, vier o que é perfeito, então o que é parte será aniquilado.”

Coríntios I, cap. 13; vers. 4-10

## RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre a análise do regime de separação obrigatória de bens para os indivíduos maiores de 70 anos – art. 1641, II do Código Civil Brasileiro -, no intuito maior de determina-lo inconstitucional. Tal análise contempla a evolução histórica da entidade familiar e a sua atual concepção, sob a égide da Constituição Cidadã de 1988 e o do novo Código Civil de 2002. Bem como observar-se-á breves conceituações sobre os regimes de bens enumerados no atual Código Civil em vigor. Por conseguinte haverá a análise do instituto da autonomia da vontade e da atual posição do indivíduo idoso na sociedade brasileira. Em derradeiro, sob ponto principal, evidencia-se as argumentações a favor e contra a permanência do inciso II do art. 1641 do *Codex*. O objetivo, portanto, é demonstrar a completa incompatibilidade do citado artigo e os ditames da Carta Magna em vigor, vez que completamente atentatório aos princípios fundamentais da isonomia, liberdade e solidariedade, bem como ao fim precípua do Estado democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Regime de bens. Separação obrigatória. Maior de 70 anos. Incompatibilidade. Código Civil. Constituição Federal. Dignidade da Pessoa Humana. Autonomia Privada. Isonomia. Inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

This thesis examines the regime of mandatory separation of property required for individuals older than 70 years of age, under art. 1,641, II of the Brazilian Civil Code, so as to demonstrate its unconstitutionality. It considers the historical development of family units and their current concept under the 1988 Brazilian Constitution and the 2002 Brazilian Civil Code. Additionally, brief conceptualizations made about matrimonial regimes in the current Civil Code will be assessed. It is then followed by an analysis of the freedom of choice doctrine and the current position of the elderly in Brazilian society. Lastly, on the main point, the arguments for, and against, the standing of art. 1,641, II of the Brazilian Civil Code are presented. The objective here, therefore, is to demonstrate the complete incompatibility of said article with the provisions of the Brazilian Constitution currently in force, given the violation, by the former, to the fundamental principles of equality, liberty and solidarity, as well as to the primary purpose of the democratic rule of law -- namely, human dignity.

**Keywords:** Family Law. Matrimonial regime. Mandatory separation. Older than 70 years of age. Incompatibility. Civil Code. Federal Constitution. Human Dignity. Freedom of Choice. Equality. Unconstitutionality.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A ENTIDADE FAMILIAR</b>	14
2.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO	14
<b>2.1.1 A nova concepção de família sob a égide da Constituição Cidadã de 1988 e do novo Código Civil de 2002</b>	21
<b>2.1.2 A função social da família: a entidade familiar enquanto instrumento de proteção à dignidade do indivíduo</b>	24
2.2 O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL	27
<b>2.2.1 O casamento: noções conceituais, finalidade, natureza jurídica e efeitos</b>	27
<b>2.2.2 A união estável: noções históricas, conceituais e contemporâneas e os efeitos decorrentes</b>	34
<b>3 OS REGIMES PATRIMONIAIS DE BENS</b>	45
3.1 REGIME DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: NOÇÕES GERAIS	45
<b>3.1.1 Dos regimes da comunhão parcial e universal de bens e da participação final dos aquestos</b>	52
3.2 DOS REGIMES DE SEPARAÇÃO DE BENS	55
<b>3.2.1 Da separação convencional</b>	56
<b>3.2.2 Da separação legal</b>	58
3.2.2.1 A problemática da súmula 377 do STF e a incomunicabilidade dos bens do casal no regime de separação	59
<b>4 DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS</b>	63
4.1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITUALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO	63
4.2 CONTEÚDO E LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	68

<b>5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL PARA OS MAIORES DE 70 ANOS</b>	73
5.1 O MAIOR DE 70 ANOS	73
5.2 O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL APLICÁVEL AO MAIOR DE 70 ANOS: ORIGEM, HISTÓRICO E NOÇÕES GERAIS	79
5.3 ARGUMENTOS EM FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE: A PROTEÇÃO CONTRA O “GOLPE DO BAÚ” E AOS BENS DA PROLE (O PATRIMÔNIO DA FAMÍLIA)	84
5.4 A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE	88
<b>5.4.1 A violação direta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada e da Igualdade, reputando presunção injustificada de incapacidade ao idoso</b>	88
<b>5.4.2 O descompasso entre as regras direcionadas ao casamento e a união estável</b>	95
5.5 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	97
<b>6 CONCLUSÃO</b>	104
<b>REFERÊNCIAS</b>	109

## 1 INTRODUÇÃO

Nas palavras de Blaise Pascal<sup>1</sup>: “*Le cœur a ses raisons, que la raison ne connaît point*”.<sup>2</sup>

E, para tanto, quem pode mandar em seu próprio coração? Ou, em maior grau de complexidade, questiona-se: ao menos, quem pode dizer-lhe que não mais se encontra em idade de apaixonar-se?

Numa perspectiva contemporânea do Direito das Famílias, o presente trabalho acadêmico cumpre a tarefa de elucidar o preceito inconstitucional inserto no Código Civil de 2002, em sede do artigo 1.641, II, que, em tentativa natimorta, busca estabelecer desarrazoada limitação de idade para a escolha entre os nubentes daquele regime de bens que melhor lhes convém – na medida do seu relacionamento e do quanto estejam dispostos a compartilhar numa verdadeira comunhão de vidas.

No atual Direito das Famílias brasileiro, a nova concepção das entidades familiares, pluralizadas, abertas e multifacetadas – em inteira consonância com a evolução social, a globalização e as perspectivas modernas –, ganhou fragoroso alento quando da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e, mais a diante, na edição do Código Civil de 2002.

Neste espeque, as famílias tornaram-se instrumentos, ou seja, um meio para o alcance da felicidade e da realização pessoal de seus membros, não mais protegida em si mesma, na instituição que representava, mas, agora, protegida pela tutela dirigida a seus componentes, individualmente considerados em seus anseios, sonhos e em suas necessidades enquanto seres humanos.

Assim, em uma sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito, não há como sustentar dispositivo legal em tão claro e inegável confronto aos princípios e garantias fundamentais que estabelecem a igualdade e a liberdade do homem-indivíduo na concretização da razão suprema desse Estado: a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> Blaise Pascal (Clermont-Ferrand, 19 de Junho de 1623 – Paris, 19 de Agosto de 1662) foi um físico, matemático, filósofo e teólogo francês autor da frase em destaque de célebre conhecimento mundial.

<sup>2</sup> “O coração tem razões que a própria razão desconhece” (tradução livre). Da obra *Pensées* (1669), I.423-277.

Para tanto, o presente trabalho foi confeccionado no intuito claro de evidenciar os pontos de completa inconsistência e inviabilidade do regime de separação obrigatória que se abate sobre aqueles indivíduos que atingiram a maior idade – pela lei, medida aos 70 anos. Isto porque, embasando-se no desenvolvimento que recai sobre a sociedade moderna, nos avanços tecnológicos que permitem a cada dia um envelhecimento mais tardio e saudável, de maneira a conservar a sanidade e o discernimento do indivíduo até o momento mais postergado possível, relegar a essa parcela populacional (evidentemente em crescimento avançado) a condição de incapacidade, presumida de maneira absoluta, vai de encontro a toda a evolução do ordenamento jurídico pátrio e à própria composição social hodierna – em que indubitavelmente se afirma: vem tornando-se um país de idosos.

Desta forma, não há como ignorar a gritante violação aos princípios constitucionalmente tutelados da isonomia, solidariedade, liberdade, além do próprio instituto da autonomia privada.

As políticas públicas exercitadas pelo Estado, no que tange à proteção e a tutela do idoso, que cominaram na edição do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), são argumentos bastantes e evidentes à flagrante incompatibilidade da imposição de um regramento diferenciado e desprestigiador a sujeito de direitos aos quais se reservam todas as prerrogativas dos demais cidadãos, exercendo todos os atos da vida civil de maneira plena, vez que a maior idade, de maneira geral, atribui-lhes nada mais que extensa sabedoria e apurada maturidade.

Imprescindível, neste diapasão, que não se olvide a sociedade de buscar os meios próprios para afastar daqueles de maior idade – e lembre-se que num futuro, invariavelmente, todos o seremos – a afronta a sua dignidade enquanto pessoas, senhores de seus direitos e cumpridores de seus deveres. De forma alguma deve-se tolerar que os direitos, frutos de exaustivas lutas e que, enfim, foram compilados em um corpo de normas – como o louvável Estatuto do Idoso – permaneçam inertes em letras mortas que jamais sairão do papel.

Com efeito, a partir do estudo da evolução da sociedade, em contraposição à manutenção de leis que datam do século passado, destituir-se-ão as justificativas que deram azo a tamanha desarrazoabilidade e injustiça. Por conseguinte, abre-se espaço à permissão de que o sentimento entre duas pessoas, que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem (ou em razão de um destino) em

comum, possam conjugar suas vidas tão intimamente, e na medida que lhes convier, por meio do casamento, usufruindo dos direitos provenientes do enlace formal, inclusive, e principalmente, determinando o regime de bens que melhor lhes veste.

Neste propósito, inicia-se esta monografia por meio de considerações necessárias quando à formação e atual formatação das entidades familiares. Para isso, remonta-se à origem de referidas entidades, com subsequente exploração de sua gênese nas sociedades romanas, a influência da igreja católica sobre a sua conformação e os ditames do Código Civil de 1916, até atingir-se o atual conceito das famílias no contexto contemporâneo, regido pela Constituição Federal de 1988 – em todo o seu esteio cidadão e humanista – e pelo Código Civil de 2002. Não se olvide a importância projetada pelas explanações a respeito da moderna função social relegada às entidades familiares dentro da hodierna conjuntura social brasileira que, neste trabalho, é merecedor de ponto isolado.

Mais à frente, contudo ainda em ares propedêuticos, avança-se no sentido de delinear a matéria dos regimes de bens. Nesse ponto, elucidam-se, de logo, as noções gerais, a conceitualização e aqueles princípios peculiares que recaem sobre os regimes patrimoniais expressos no *Codex* e que incidem sobre o casamento e a união estável. Por conseguinte, são caracterizados os quatro principais regimes de bens que o ordenamento brasileiro oferece aos nubentes, em aprofundamento – pela evidente pertinência temática –, ao regime de separação obrigatória ou legal de bens, as suas hipóteses e a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Valendo ressaltar que a própria dilação sobre a referida súmula já traz argumentos à inconsistência da aplicação do regime legal de separação de bens.

Posteriormente, volta-se à apreciação, em capítulo exclusivo, da autonomia privada. Em linhas primeiras, conceitualizam-se e expõem-se noções gerais a respeito do instituto no direito nacional e, para completo entendimento, referencia-se seu aproveitamento em sede de direitos estrangeiros. Em seguida, norteia-se a sua aplicação contemporânea no Direito das Famílias, delineando o âmbito de atuação dos particulares e demonstrando as razões para o afastamento do Estado quando desnecessária a sua atuação impositiva.

Por fim, chega-se ao ponto principal deste trabalho acadêmico. Em capítulo mais extenso e verdadeiramente dedicado ao tema, desenvolve-se todo o entendimento em favor da inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil Brasileiro.

Para isso, considerações de importância primeira são feitas a respeito da atual situação do maior de 70 anos na sociedade brasileira, bem como traz-se à tona toda a evolução histórica do dispositivo reputado inconstitucional.

No intuito claro da perspectiva justa, aclaram-se as alegações em que se fundam a manutenção do dispositivo no ordenamento contemporâneo, embora não prosperem quaisquer chances à sua sobrevivência, vez que todos eles são espancados argumentativamente, e em seguida desanuviados relativamente à completa e gritante inconstitucionalidade da imposição do regime restritivo aos indivíduos senis.

Em derradeiro, parte-se à elucidação do posicionamento jurisprudencial sobre a temática que, em vias finais, corrobora a confecção das conclusões obtidas no decorrer de todo o processo compositivo da presente monografia.

## 2 A ENTIDADE FAMILIAR

A entidade familiar, entendida aqui, em seu sentido basilar, como agrupamento de seres humanos, é a precursora das formas de união entre os indivíduos no que tange à seara biológica e social, tendo sofrido constantes transformações desde os primórdios da humanidade, até apresentar-se em sua conformação atual, multifacetada e globalizada.

Em consonância, já dizia o autor Luiz Edson Fachin<sup>3</sup>:

Inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

Em assim sendo, é verdade irrefutável que a variedade de elementos sociais termina por não permitir a fixação de um modelo familiar uniforme. De tal forma, para o completo entendimento do instituto da entidade familiar, é pressuposto lógico que se deva atinar aos movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo<sup>4</sup>. Por conseguinte, em completa sintonia, expõe Michelle Perrot, historiadora francesa, em artigo divulgado pela Revista Veja, que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”<sup>5</sup>.

Com efeito, para o entendimento deste instituto, e pela pertinência temática a este trabalho monográfico, fazem-se necessárias breves considerações históricas e evolutivas a respeito da metamorfose infundável que se aplica à entidade familiar, no intuito de esclarecer sua atual faceta, ou, dito ainda melhor, suas atuais faces.

### 2.1. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

A Entidade Familiar e, portanto, a noção de família, conforme já mencionado, está presente dentre os agrupamentos humanos desde os primórdios da existência dessa espécie. Todavia, naquele período primitivo, a formação de grupos familiares

---

<sup>3</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.11.

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013.

<sup>5</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993, p.40.

baseava-se no instinto de preservação física dos indivíduos componentes do agrupamento estabelecido. Em convergência ao quanto premeditado pelos geneticistas, a base familiar fundava-se na conservação da carga genética<sup>6</sup>.

Neste esteio, importa salientar que o aludido instinto preservacionista/conservacionista não é característica exclusiva da espécie humana. De fato, ela pode ser observada, com flagrante constância, entre as demais espécies de animais ditos irracionais, ressaltando-se contudo, sua presença em maior grau naquela denominada mamífera – impõe-se aqui como exemplo forçoso a citação dos primatas e cetáceos<sup>7</sup>.

Mantendo um pensamento convergente ao quanto exposto, pode-se citar ainda Maria Berenice Dias<sup>8</sup>, que afirma:

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à **solidão**. (Grifos constantes no original)

Ao longo dos anos a entidade familiar tem sido objeto de multiplicáveis obras e estudos dirigidos pelos mais nobres autores através dos séculos. Como preleciona Caio Mario da Silva Pereira<sup>9</sup>:

As obras de Mac Lennan, Morgan, Spencer, Engels, D'Aguano, Westermarck, Gabriel Tarde, Bachofen, com base em monumentos históricos ou na observação dos chamados "primitivos atuais" (as tribos indígenas da America, os grupos polinésios ou africanos, os agrupamentos étnicos que no século XIX e ainda no XX cultivam um padrão de vida rudimentar ou quase selvagem), têm procurado reconstituir o organismo familiar em suas origens. Oferecem dados inequivocamente valioso. Mas pecam, às vezes, pelas afirmações generalizadas, que afrontam os mais vivos impulsos da natureza humana.

Os mais diversos sociólogos e antropólogos debruçaram-se sobre o tema, buscando entender melhor a origem e o modelo original e posteriormente estabelecidos de família entre as sociedades humanas até a formação da conjugação atual. Divergências de posicionamentos existem por todos os vieses de formação, desde a estruturação monogâmica ou poligâmica das famílias – neste último caso, a título exemplificativo, citem-se as tribos indígenas que permaneceram por longo período apartadas do convívio social e apenas há pouco foram contatadas e,

<sup>6</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.27.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.22.

consequentemente, utilizadas como fontes de pesquisa – até a organização sobre a formatação preponderantemente matriarcal ou patriarcal.

Muito embora dissensões intermináveis existam a respeito do modelo de disposição original das famílias, a análise de toda uma gama de informações passíveis de confirmação através dos registros históricos, monumentos literários e fragmentos jurídicos apontam para a vivência, pela sociedade ocidental, de um longo período em que a família se estruturava sob o formato “patriarcal” idealizado no âmago da sociedade romana.

Preconiza Carlos Roberto Gonçalves<sup>10</sup> que as famílias no Direito Romano, esse ancestral intelectual do modelo familiar brasileiro, eram organizadas sob o princípio da autoridade. Deste modo, o *pater familias*, considerado o ascendente masculino comum vivo mais velho, possuía o direito de vida e morte sobre os filhos – *ius vitæ ac necis*. Tinha, portanto, poder de ingerência sobre a vida destes para castigá-los, vendê-los e, até mesmo, submetê-los à morte. A mulher, em sua seara, era totalmente subordinada à autoridade marital – exceto aquelas casadas sob formatação *sine manu*, que, ainda assim, estavam longe de viver em estado de igualdade com o cônjuge<sup>11</sup> –, podendo, inclusive, ser repudiada por ato unilateral do marido.

Em consonância, dita Caio Mario da Silva Pereira<sup>12</sup>:

O *pater* era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitæ ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Com efeito, o *pater familias* estendia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa, bem como sobre as mulheres casadas *cum manu* com seus descendentes<sup>13</sup>. Afirma, ainda, Caio Mario Pereira da

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>11</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família – Origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.26.

<sup>13</sup> WALD, Arnoldo; Fonseca, Priscila M. p.Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 18. ed.

Silva<sup>14</sup> que “somente o *pater* adquiria bens, exercendo a *dominica potestas* (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da *manus* (poder sobre a mulher)”. A família era, portanto, concomitantemente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, exercendo o *pater familias* o papel de chefe político, sacerdote e juiz<sup>15</sup>.

A evolução da família romana, contudo, trouxe em seu bojo a restrição progressiva da autoridade do *pater*. Assim, com o passar do tempo, arrefeceu-se a severidade das regras patriarcalistas, e as necessidades militares estimularam a criação de um patrimônio independente para os filhos, a ser constituído pelos bens adquiridos como soldado (*peculium castrense*), pelo exercício de atividades intelectuais, artísticas ou funcionais (*peculium quasi castrense*), e pelos que vinham por formas diversas desses (*peculium adventicium*).

No mesmo esboço, com o Império de Constantino, a partir do século IV, o Direito romano passa a abarcar a concepção cristã de família, a qual se fixa, em completude, nas preocupações de ordem moral, vivenciando neste ponto a existência do espírito de caridade.

Importa clarificar que, no que se refere ao casamento, os romanos entendiam pela necessidade da *affectio* não só no momento de sua celebração, mas também enquanto perdurasse o enlace matrimonial. De tal maneira, era imprescindível o consentimento das partes não apenas inicialmente, mas de forma continuada, tanto que a ausência de convivência entre os cônjuges, bem como o desaparecimento da afeição, era causa necessária de dissolução do casamento.

Posteriormente, na Idade Média as relações familiares regiam-se em caráter exclusivo pelo Direito canônico e, por consequência, o casamento foi, entre os séculos X a XV, a única formatação familiar conhecida. Contudo, em via contrária ao quanto defendido pelos romanos, os canonistas opunham-se à dissolução do vínculo matrimonial, vez que o casamento titularizava o *status* de sacramento – portanto, indissolúvel pela vontade dos homens: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

Entrementes, ainda é forçoso salientar que, embora o Direito romano continuasse a

---

reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Direito de Família. Vol. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p.26.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

exercer influência no que tange ao pátrio poder e ao estabelecimento das relações patrimoniais entre os cônjuges, observou-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica sobre o instituto do casamento, bem como nas relações de família. Conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves<sup>16</sup>, “podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica”.

É imprescindível dizer que, por força das grandes transformações históricas, culturais e sociais, apenas recentemente o direito de família passou a seguir seus próprios rumos, adaptando-se à realidade do país, de maneira a perder o caráter dogmático intocável, de influência canônica, cedendo espaço à “natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”<sup>17</sup>.

Já no século XX, a entidade familiar e suas implicações encontravam-se sob a égide do Código Civil de 1916, bem como das leis posteriores vigentes naquele período. Tais ordenamentos regulavam a família constituída única e exclusivamente através do matrimônio, sendo, portanto, inserta no modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal – herança do Direito canônico citado alhures. Sobre o tema e em completa consonância, afirmou Silvio Venosa<sup>18</sup> a confirmação social do casamento como regra de conduta.

Ou seja, originalmente o referido *Codex* era adepto à visão estreita e discriminatória da entidade familiar, limitando-a, pois, àqueles indivíduos interligados pelo vínculo do casamento, o qual, frise-se, era indissolúvel, imperando a regra do “até que a morte nos separe”, em detrimento da felicidade pessoal dos membros da família<sup>19</sup>.

Em equilíbrio às consequências da revolução industrial, a família era entendida como unidade de produção, evidenciando-se, de certo, os laços patrimoniais firmados no matrimônio. Neste diapasão, os vínculos afetivos, por sua vez, foram preteridos em favor da construção do patrimônio, futuramente deixado sob o título de

---

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.32.

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7-8.

<sup>18</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Aplicação do direito. Perfil dos novos aplicadores; em especial, o direito de família. In: RODRIGUES, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e Solidariedade: Teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: IBDFAM/ Lumen Juris, 2008.

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013.

herança à prole. Assim, é a partir dessa lógica que se justifica a indissolubilidade do vínculo formado pelo casamento, tendo em vista que a desagregação familiar, via de regra, corresponderia à desagregação social.

Isto posto, insta dizer que determinadas premissas se revelam, aqui, estanques no que diz respeito à disciplina do instituto familiar no Código Civil de 1916, dentre elas: a prevalência do casamento como forma legítima de associação entre indivíduos; a obrigatoriedade da diversidade de sexo e o caráter primário da função reprodutiva das uniões; incidência de valores morais sobre o enlace, ressaltando a influência religiosa e o critério da autoridade atuando através da direção familiar pelo chefe de família<sup>20</sup>.

De maneira complementar e conclusiva, aduz Maria Berenice Dias<sup>21</sup>:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. (...) Sendo entidade **patrimonializada**, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. (Grifos constantes do original)

Ocorre que, com as constantes transformações que se abateram sobre o instituto da entidade familiar ao longo dos anos, tornaram-se forçosas as mais diversas alterações legislativas, na tentativa de conformação da realidade jurídica à realidade social. De maneira esclarecedora pondera Giselda Hironaka<sup>22</sup> que a família é entidade “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”.

Com efeito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald<sup>23</sup> aduzem que:

[...] a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível nem admissível, que esteja submetida a idéias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

Neste esteio, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada de forma a englobar as

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.28.

<sup>22</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.17.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.41.

referidas transformações sociais, adotando, via de consequência, uma nova ordem de valores, com foco eminente na dignidade da pessoa humana. Deflagrou-se, deste modo, uma verdadeira revolução no Direito das Famílias – assim colocado em flexão pluralizada tendo em vista seu hodierno caráter multifacetário, conformado no próprio art. 226 da Carta Magna. Como sinteticamente expôs Zeno Veloso<sup>24</sup>, a Constituição de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito.

Conclui-se facilmente, então, que a feição assumida pela família está intimamente atada à imagem da própria sociedade, feitas as devidas considerações de tempo e espaço. Por conseguinte, infere-se a necessária compreensão contemporânea da entidade familiar, considerados os avanços sociais e filosóficos do homem.

Entende-se que os novos valores que influem na sociedade contemporânea rompem com a concepção tradicionalista de família. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>25</sup>, “a arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”.

Dentre os novos elementos que compõem as relações familiares, dá-se papel de destaque ao afeto, que atua como mola propulsora do núcleo familiar. Igualmente, atribui-se à entidade o escopo primeiro de promover o progresso e o aperfeiçoamento de seus membros, através da solidariedade social. Portanto, nessa linha de raciocínio, a família socioafetiva é aquela que passa a ter posicionamento prioritário na doutrina e na jurisprudência brasileira. Corroborando ao quanto dito, suscita Maria Berenice Dias<sup>26</sup>:

Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho e de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa.

Assim, é imperiosa a confirmação de uma nova concepção da entidade familiar baseada no alicerce principiológico da Carta Magna de 1988 e nas evoluções naturais da sociedade, havendo que se ressaltar o caráter inexorável de

---

<sup>24</sup> VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. *Jornal O Liberal*. Belém do Pará, 22 maio 1999, p.3

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.40.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.28.

mutabilidade da compreensão do instituto da família – conquanto não possua este pretensão de inalterabilidade conceitual, mas, ao revés, admita fundar-se em elementos variáveis aos valores e ideais predominantes em cada momento histórico<sup>27</sup>.

### **2.1.1 A nova concepção de família sob a égide da Constituição Cidadã de 1988 e do novo Código Civil de 2002**

Numa acepção tradicional a respeito da conformação do quanto tido como família, Clóvis Beviláqua<sup>28</sup> assevera:

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar.

Contudo, sabe-se que a partir das diversas transformações naturalmente ocorridas no seio social, de ordem técnica, científica e cultural, tornaram-se inevitáveis as alterações operadas sobre a gama conceitual, jurídico-social, presentes em todo o sistema. Assim, em consonância com esse entendimento, fenômeno diferenciado não se poderia fazer ver no âmbito das famílias, passando estas a serem enxergadas como elemento garantidor do desenvolvimento de seus membros, e não mais como unidade econômica ou célula de produção de patrimônio.

Sobre o tema, pondera acertadamente Cristiano Chaves de Farias, ao dizer que:

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades especiais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar o novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.

Imperioso é, portanto, uma releitura no que diz respeito aos elementos estruturantes da entidade familiar, passando a enxergar os mais diversos tipos de relacionamentos estabelecidos – dentre eles os sexuais, afetivos, de amizade e as

---

<sup>27</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.42.

<sup>28</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.20.

ligações existentes entre pais e filhos, sob a nova ótica advinda da modernidade, e feitas as devidas considerações ao desenvolvimento biotecnológico, à globalização, à derrubada de barreiras econômicas e culturais, de maneira a perpetrar uma verdadeira revolução das famílias, enquanto células nucleares da sociedade.

Outrossim, baseada nessas transformações nutridas no âmago social, dá-se a transição familiar de unidade econômica à uma compreensão igualitária do instituto, que assume a função principal de *locus* de desenvolvimento e aprimoramento da personalidade de seus integrantes. A percepção contemporânea se faz no sentido de atrelar à família a condição de organização subjetiva fundamental ao alcance individual da felicidade.

O avanço corre, do mesmo modo, no sentido da compreensão socioafetiva da célula familiar, fundada no afeto entre os indivíduos dela constituintes e na ajuda mútua. Exsurge, em contraponto às visões tradicionais baseadas na legitimidade e consanguinidade, o primado da afetividade como elemento ressignificador das relações familiares

Nesse espeque aponta Anthony Giddens<sup>29</sup> para “um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento”. Em sentido convergente, arremata Farias e Roselvald<sup>30</sup>: “a comunicação emocional, ou intimidade, apresenta-se como pedra de toque para o desenvolvimento harmônico das relações familiares. Veja-se que é a partir da interlocução que os membros das comunidades familiares se aproximam, estreitando os processos de confiança.”.

Nesta seara, o casamento deixa de reinar soberano nas relações familiares como forma única e exclusiva de alcance da proteção jurídica, mas outros arranjos familiares despontam na realidade social – a união estável, a família monoparental, as uniões homoafetivas – efetivando a função de transmissão cultural e formação da pessoa humana digna.

Nessa nova ambientação é imprescindível a compreensão da família inserida no contexto democrático, em substituição ao caráter centralizador e patriarcal da

---

<sup>29</sup> GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.70.

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.43.

concepção tradicional. Na compreensão hodierna sobressai-se a criação de um espaço aberto ao diálogo e, como diria o já citado Giddens<sup>31</sup>, a uma verdadeira “democracia das emoções”. Para tanto, o formato hierarquizado da família cede lugar à sua democratização, prezando as relações atuais pela igualdade e pelo respeito mútuo entre os conviventes.

Neste contexto moderno e revolucionário, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã, é marco principal na estruturação e na formação do novo conceito de família inserto na sociedade contemporânea. Confirma-se o quanto dito pelo caráter democrático, solidário e igualitário da Carta Magna, revogando todas as incompatíveis e primitivas disposições do Código Civil de 1916, conquanto recheado este de discriminações descabidas e mandamentos injustificados. Ainda no mesmo esteio, afirma Luiz Edson Fachin<sup>32</sup> que, após a Constituição, o Código perdeu o papel de lei fundamental no direito de família.

Em consonância, dispõe Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias<sup>33</sup> que a Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito das Famílias”.

Por conseguinte, tem-se a entrada em vigor do “novo” Código Civil de 2002 em 11 de janeiro de 2003 – aqui escrito entre aspas porque, como dito pela já citada Maria Berenice Dias<sup>34</sup>, “o ‘novo’ código, embora bem-vindo, chegou velho”, tendo em vista que seu projeto original data-se de 1975, tramitando no Congresso Nacional antes, inclusive, de ser promulgada a própria Constituição Federal de 1988”.

Neste esboço, sabe-se que o projeto do “novo” código necessitou sofrer diversas alterações para que se adaptasse às diretrizes cidadãs da Constituição em vigor. Mas, ainda assim, não restou o texto final do *Codex* completamente atualizado, nem provido da clareza necessária e compatível ao estágio social atual, principalmente no que diz respeito à área das famílias, tendo em vista a inserção retalhada da nova concepção de entidade familiar em seu corpo.

---

<sup>31</sup> GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

<sup>32</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>33</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e no novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, prefácio.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.31.

Portanto, em verdade, não é possível, nesta celeuma, dizer-se um novo código, pois nada mais é que um código antigo, malgrado estar recheado com um novel texto, na tentativa – falha, ressalte-se – de adaptar-se às profundas modificações ocorridas na seara familiar pós-moderna.

Em assim sendo, resta “imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem, quem sabe, até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece”.<sup>35</sup>

Contudo, há que se ressaltar o papel fundamental da Constituição Cidadã de 1988 no atual direito das famílias, atuando de maneira decisiva na conformação da concepção contemporânea da entidade familiar. De tal sorte, a *Lex Fundamentalis* determina um novo norte à seara familiar, que tem como objetivos indisponíveis a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial. Portanto, a família no novo milênio, constitucionalmente alicerçada, é igualitária, democrática e plural, restando protegido qualquer modelo de vivência afetiva, compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade<sup>36</sup>.

### **2.1.2. A função social da família: a entidade familiar enquanto instrumento de proteção da dignidade do indivíduo**

O conceito atual de família, conforme concluído em tópico anterior, é, portanto, resultado das mais diversas transformações e evoluções socialmente vividas, de maneira a atribuir a entidade familiar concepção múltipla, plural, que se refere a ligação existente entre um ou mais indivíduos por traços biológicos, sociais ou psicoafetivos, com o escopo finalístico de propiciar o desenvolvimento de cada um.

Em assim sendo, a família se caracteriza como instituição social primária, espécie de regime de relações interpessoais sociais com o intuito último de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo. Em total pertinência temática, numa visão ainda mais ampliada, já afirmava o memorável Ruy

---

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.31.

<sup>36</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.48.

Barbosa, no início do século passado, que a pátria é a família amplificada<sup>37</sup>:

O sentimento que divide, inimiza, retalia, detrai, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A Pátria é a família amplificada.

E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula, e tendes o organismo.

Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sanguínea.

Cumpra dizer que a concepção constitucionalizada da família traz, por conseguinte, a aplicação do instituto da função social à entidade familiar. De tal forma, torna-se este instrumento de persecução da felicidade e dos projetos de vida dos seus membros de forma individual.

É neste ponto que vem à tona a noção da família eudemonista, voltada à satisfação individual dos seus componentes e na convivência sustentada sobre a afetividade e a solidariedade mútuas, independentemente da existência ou não de laços de consanguinidade. Não é, portanto, por qualquer outro motivo que Diogo Leite de Campos<sup>38</sup> define a entidade familiar como instituto “destinado a ser instrumento de felicidade” de seus membros.

Sobre o tema, pertinentes as considerações de Rosa Maria de Andrade Nery<sup>39</sup>, cumprindo papel de protagonista no esclarecimento sobre o papel dos juristas na teorização da função social das famílias. Assim:

É possível semear a crença de que a ciência, aliada à ética, pode conceber soluções precisas e preciosas para os fenômenos sócio-jurídicos vivenciados no âmbito da família. É dever do jurista, enquanto cientista do Direito, buscar com seu intelecto cumprir o papel que a ciência se propõe a desenvolver na sociedade: dar aos homens, dentro de parâmetro ético e preciso, e de regras jurídicas dele conhecidas, segurança em suas relações.

Resta evidente, portanto, a virada hermenêutica que se abate sobre o instituto familiar e sua função no seio social, deixando este a condição de **fim**, realizado em si mesmo, e galgando rumo a tornar-se **meio** instrumental à realização dos desígnios de seus indivíduos, dentro da dinâmica das relações interpessoais

<sup>37</sup> BARBOSA, Rui. **A pátria é a família amplificada**. In Discurso no Colégio, em 13 dez. 1903. Disponível em: <[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/07\\_os.filhos.da.familia.em.litigio.judicial.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/07_os.filhos.da.familia.em.litigio.judicial.pdf)>. Acesso em 18.04.2013 às 22:53.

<sup>38</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.271.

<sup>39</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Resvista dos Tribunais, 2008, p.253.

estabelecidas<sup>40</sup>.

A Constituição Federal de 1988, quando da defesa dos direitos fundamentais, dentre eles e em posição de destaque a **dignidade da pessoa humana**, permite e embasa a justificativa de que a devida proteção dirigida aos novos modelos familiares se destina – mediata e imediatamente – aos próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade<sup>41</sup>.

Pois bem, em assim sendo, não há mais guarida para a proteção da família pela família em si, pela instituição que representa, mas sim à proteção da pessoa humana e de sua realização no seio social. Ou seja, numa visão contemporânea, a entidade familiar existe em razão de seus membros, e não estes em função daquela.

De forma conclusiva, torna-se evidente a inconstitucionalidade latente quando da tentativa de violação à dignidade da pessoa humana sob o pretexto de garantir proteção à família enquanto instituto social. Resta evidente seu progresso dentro do direito das famílias, deixando para trás a ideia de família-instituição em função do caminhar em direção ao conceito de uma família-instrumento – diga-se, instrumento de desenvolvimento e proteção da dignidade do homem, com esteio na igualdade substancial dos membros familiares e na solidariedade entre eles (art. 1º e 3º da CF/88<sup>42</sup>).

Em convergência, Gustavo Tepedino<sup>43</sup> assevera sobre o tema:

O constituinte de 1988, todavia, além dos dispositivos acima enunciados, consagrou, no art. 1º, III, entre os princípios fundamentais da República, que antecedem todo o Texto Maior, a dignidade da pessoa humana, impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família.

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p.97-98.

<sup>41</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.47

<sup>42</sup> 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;

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2010).

<sup>43</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. *In*: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.78.

Conclusivamente, arremata Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>44</sup> que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado de maneira tal que possui o dever de propiciar um ambiente afeito à promoção da dignidade e à realização da personalidade de seus componentes, servindo como alicerce fundamental ao alcance da felicidade.

## 2.2 O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

### 2.2.1 O casamento: noções conceituais, finalidade, natureza jurídica e efeitos

O casamento, na forma como atualmente é concebido pelos doutrinadores, é fruto de um longo desenvolvimento humano, moral, espiritual e patrimonial. É, assim, instituição milenar, que congloba valores culturais, religiosos, sociais, biológicos e jurídicos, remontando sua origem àquela própria do homem.

A partir das alterações de paradigmas e aspectos no decorrer do tempo, chega-se a noção atual do casamento como sendo a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio – ainda com toda a evolução que se abateu sobre a seara familiarista – é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo-se como o pilar do esquema moral, social e cultural do país<sup>45</sup>. Com efeito, há doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz<sup>46</sup> que suscitam ser ele o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”. No mesmo sentido afirma Maria Berenice Dias<sup>47</sup> ser o casamento a *cellula mater* da sociedade, elemento estruturante de sua própria forma organizada.

Com isso, exercendo um raciocínio lógico, podemos asseverar que a sólida organização da família, segurança das relações humanas, constitui o alicerce de

---

<sup>44</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p.48.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.39.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.151.

toda a estrutura da sociedade e da preservação e do fortalecimento do próprio Estado. Sendo, então, o casamento uma – senão a mais importante – das bases da família, sua ocorrência é imprescindível para a manutenção do Estado, cuja força, desenvolvimento e vitalidade dependem da solidez do núcleo familiar, reunido através do enlace matrimonial.

Importa, preliminarmente, dizer que, conforme preleciona Arnaldo Wald e Priscila Fonseca<sup>48</sup>, a palavra casamento comporta duas acepções diferentes: uma delas se refere ao **vínculo jurídico** estabelecido entre os nubentes; enquanto a outra, por sua vez, faz referência ao **ato jurídico** criador desse vínculo. Ou seja, tem-se o casamento-vínculo e o casamento-ato jurídico. A grande maioria das explanações feitas a seguir, referem-se à ideia do casamento enquanto vínculo, porquanto sua importância elevada no tema em discussão.

Na codificação de 1916 o casamento gozava do *status* de forma única de constituição da “família legítima”. Em via transversa, a família formada fora dos laços matrimoniais era considerada ilegítima, adulterina, não merecendo, por isso, qualquer resguardo ou proteção estatal no que tange ao ambiente familiar, mas tão somente na seara obrigacional.

Assim, a Constituição federal de 1988 foi para o casamento – da mesma maneira que para a entidade familiar como um todo – a pedra angular de formação das suas concepções e noções atuais. De tal forma, como já antes exposto, a família assume feição plural, perdendo o casamento o poder que lhe era exclusivo na constituição da entidade familiar. Todavia, cumpre dizer, não perdeu a devida proteção estatal, reduzida a termo em dispositivos espaçados nas mais diversas legislações infraconstitucionais e no próprio art. 226, §§1º e 2º da Carta Magna<sup>49</sup>.

Em via concomitante, ainda no que se refere ao *Codex* de 1916, há que se ressaltar o caráter indissolúvel e eterno emprestado do casamento quando daquela oportunidade, da mesma forma que salta aos olhos a feição religiosa que transvestia

---

<sup>48</sup> WALD, Arnaldo; Fonseca, Priscila M. p.Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013, p.108.

<sup>49</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2010).

todo o enlace – ainda que a laicização do Estado já houvesse sido proclamada desde o advento da República.

Neste ponto, é forçoso referir-se à importância primordial da Lei do Divórcio de 1977<sup>50</sup> e à posterior Emenda Constitucional n. 66/2010, responsáveis pela oportunização da dissolução do vínculo matrimonial através do divórcio, eliminando a exigência da determinação de culpa e da prévia separação no decurso do longo e injustificável prazo de dois anos.

De tal sorte, com o passar dos anos, grandes adaptações foram exigidas do aparato de leis infraconstitucionais regentes do sistema de direito das famílias, no claro intuito de conformação ao quanto determinado pelos novos padrões, concepções e conceitos trazidos e inseridos no seio social pela Constituição Cidadã de 1988.

Com efeito, assegurada a nova tábua axiológica, originada na Carta Magna, onde instalam-se os valores essenciais de proteção à pessoa humana, à dignidade, à solidariedade, à igualdade e à liberdade, torna-se imperioso a compreensão das normas familiaristas e, por consequência, casamentárias, a partir da nova lógica constitucional de garantismo social e humanitário.

No mesmo sentido das mudanças recaídas sobre a instituição familiar – conforme explicitado em subtítulo anterior –, o casamento toma posição funcional no cerne social, assumindo, destarte, a papel de “núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana”<sup>51</sup>.

No que tange à conceitualização do casamento, sabe-se que dissertações e teses já foram apresentadas ao longo da história da humanidade no intuito de fornecer a concepção exata para o “instituto”. Assim, em consonância a conceitos romanos antigos, Pontes de Miranda<sup>52</sup> afirma ser o casamento uma “regulamentação social do instinto de reprodução”, do que não parece discordar Washington de Barros Monteiro<sup>53</sup> ao enxergar o casamento como “uma união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

---

<sup>50</sup> Lei n. 6.515 de 1977.

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.185.

<sup>52</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. v. 1. Campinas-SP: Bookseller, 2001, p.85.

<sup>53</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 38. ed. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p.21.

Contudo, observação que se faz recorrente aos antigos conceitos criados para o casamento, e sendo mandatória a sua reparação – tendo em vista o gritante descompasso frente aos ditames da Constituição de 1988 –, é a necessidade da dissolução da ideia de casamento mediante a ideia de finalidade procriatória – afinal, não se anulam os casamentos dos quais não decorrem filhos. De fato, com os avanços tecnológicos experimentados pela sociedade moderna, atualmente não é sequer preciso casar ou formar qualquer tipo de união para que se adote ou conceba uma criança.

Também há que se atentar para a inaceitável vinculação do casamento às referências religiosas e à indissolubilidade do vínculo. O Estado, como dito supra, é laico, de modo que não há qualquer possibilidade de atrelamento do casamento civil às exigências do casamento religioso. É previsão constitucional expressa a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial por vontade de um ou de ambos os cônjuges – inclusive, hodiernamente, através de mero procedimento administrativo, em cartório, havendo-se consenso entre as partes.

Por fim, faz-se pertinente referência à mais importante das atualizações constitucionais vividas pela sociedade brasileira, qual seja, a da relativização da obrigatoriedade da diversidade de sexos para a comunhão matrimonial. Atentando-se à jurisprudência das Cortes Superiores, é perfeitamente possível, atualmente, o chamado casamento homoafetivo, não mais havendo espaço para os ditames preconceituosos de legislações e dispositivos ultrapassados.

Feitas as devidas considerações a respeito das mudanças valorativas aplicáveis ao tema face à Carta Magna de 1988, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>54</sup> trazem conceito esclarecedor, onde afirmam que o casamento é

[...] uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoa, social e patrimonial.

Em sentido convergente, Caio Mario da Silva Pereira<sup>55</sup> afirma que o casamento é uma das diversas e variadas formas de convivência afetiva, através da união de duas pessoas “realizando uma integração fisiopsíquica”. Ainda em consonância,

---

<sup>54</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.190.

<sup>55</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.53.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>56</sup>, citando José Lamartine Corrêa de Oliveira, assim conceitua o enlace casamentário:

[...] negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.

Seguindo o viés esposado – a nova tendência familiarista –, o Código Civil de 2002 expõe em seu art. 1.511 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Valendo transcrever o quanto descrito pelo Código Civil Português de 1966<sup>57</sup> a respeito do tema, vez que é este um dos únicos diplomas no mundo que objetiva definir o instituto do casamento: “é o contrato celebrado entre duas pessoas, de sexo diferente, que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

Importa também dizer que, ainda em dias atuais, existem autores que atribuem ao casamento a finalidade precípua da reprodução, da legalização das relações sexuais, da educação da prole e, até mesmo, da atribuição do nome ao cônjuge ou reparação de erros do passado. Dentre eles pode-se citar a honrável Maria Helena Diniz<sup>58</sup> que, em confirmação ao quanto dito, expõe: “não é a procriação dos filhos a única finalidade do casamento, nem mesmo a purificação dos prazeres sexuais, mas a união mais perfeita entre o homem e a mulher em todas as várias esferas”.

Contudo, são carentes de plausibilidade as afirmações da referida autora. Em via contrária, mas em total paralelismo à tendência moderna, afirma-se que “a finalidade precípua do casamento é o estabelecimento de uma comunhão de vida, não se prestando a fins específicos, que podem ou não estar presentes nas mais diferentes relações de casamento”<sup>59</sup>. Em linha de seguimento, afirma Carlos Roberto Gonçalves<sup>60</sup> que:

sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1511 do Código Civil de 2002,

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

<sup>57</sup> Decreto-lei n. 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.38-40.

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.192.

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.47.

impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência.

Em síntese apertada, mas certa, diz-se que a finalidade do casamento é, portanto, a comunhão de afetos. E assim expõe Sergio Resende de Barros<sup>61</sup>:

o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeioam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é afeto que define a família: é o *afeto conjugal* (grifos constantes do original)

Por fim, é imprescindível dizer que, conquanto diversas teorias hajam se formado, no que tange à temática da natureza jurídica do casamento – determinando-o instituição, contrato ou ato complexo –, inegável é o quanto exposto por Camilo de Lélis Colani Barbosa<sup>62</sup>, que afirma que tal questão, em verdade, “revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época”.

Assim sendo, referido doutrinador afirma, com total consonância às concepções e aos valores sociais atuais, que o “casamento *está* contrato”<sup>63</sup> e, em coro, a respeito da natureza jurídica casamentária, afirma Paulo Nader<sup>64</sup> que “trata-se de negócio jurídico complexo, pois se perfaz com o consentimento dos interessados”.

Indiscutível, deste modo, a natureza negocial que toma o casamento quando do advento da lei n. 11.441/07, a qual traz a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial através de mero procedimento administrativo, formalizado em cartório, quando existente o consenso entre os cônjuges. Naturalmente, entretanto, há que se ressaltar sua natureza contratual/negocial especial, vinculada ao direito de família e, portanto, não submetida a todas as regras do direito contratual.

É, em resumo, um negócio jurídico *sui generis*, conforme preceitua Eduardo Espínola<sup>65</sup>: “Parece-nos, entretanto, que a razão está com os que consideram o casamento um contrato *sui generis*, constituído pela recíproca declaração dos

<sup>61</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 14, jul/set. 2002. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2002, p.08.

<sup>62</sup> BARBOSA, Camilo de Lélis Colani. **Direito de Família: Manual de Direitos do Casamento**. São Paulo: Suprema Cultura, 2003, p.19.

<sup>63</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>64</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.63.

<sup>65</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p.48-50

contratantes, de estabelecerem a sociedade conjugal, base das relações de direito de família.” E continua:

Em suma, o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas nos pontos essenciais, por normas de ordem pública.

Em explanação final, mas não menos importante – ao contrário, de especial relevância pela completa pertinência ao tema do presente trabalho monográfico –, é imprescindível elucidar os efeitos surtidos quando do casamento. Desta forma, caracterizando-se o casamento como comunhão de vidas, é cediço assinalar os numerosos e complexos e efeitos jurídicos que dele decorrem. Assim, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>66</sup>, “são consequências que se projetam entre os cônjuges, de índole pessoal ou patrimonial, bem como deles para os terceiros (os filhos, por exemplo) e para a sociedade como um todo.”

Sobre o tema, Maria Berenice Dias, citando José Lamartine C. De Oliveira e Francisco José F. Muniz, expõe: “Casamento tanto significa 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 comunhão de vidas, ou comunhão de afetos.” E assim segue: “O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento”. Em suas próprias palavras, completa a autora: “São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre os cônjuges (CC 1971). A imprescritibilidade cessa somente quando do divórcio.”<sup>67</sup>

Portanto, forçoso asseverar que do casamento-ato decorrem três espécies de efeitos: aqueles sociais, que regulamentam a projeção das implicações na esfera de terceiros; aqueles de ordem pessoal, que se materializam nos direitos e deveres recíprocos entre os consortes; e, por fim, os efeitos patrimoniais, que reconhecem resultados econômicos decorrentes das núpcias.

Vale dizer, são os efeitos patrimoniais aqueles pertinentes ao tema central que aqui se discute, por isso os regimes de bens serão tratados de maneira mais extensa em

---

<sup>66</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.290-291.

<sup>67</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.148.

capítulo condizente e próprio. Contudo, não se pode olvidar dizer, desde logo, que o aspecto patrimonial que toca a relação matrimonial nada mais é do que as consequências e implicações das relações travadas entre os cônjuges, e entre estes e terceiros. Conforme disserta Diogo Leite de Campos<sup>68</sup>: “a comunhão de vida introduz necessariamente nas relações patrimoniais ingredientes que não existiriam entre duas pessoas absolutamente estranhas”.

De maneira sucinta, entende-se que da comunhão de interesses econômicos advindos do casamento, motivou-se a caracterização do regime de bens, regulamentado pelo *Codex* brasileiro. De tal forma, as consequências do regime de bens e a massa patrimonial formada direcionam-se ao objetivo último de crescimento da sociedade afetiva.

Neste espeque, Valdemar Luz<sup>69</sup>, citando San Tiago Dantas, dita:

“Não se pense, entretanto, que a repercussão econômica sobrepujaria o caráter afetivo-solidarista do casamento – e das relações familiares, como um todo. Em verdade, as conseqüências patrimoniais do matrimônio têm de estar conectadas na proteção da dignidade humana e de seus valores existenciais. O interesse econômico ‘é subalterno’ e por conseguinte, o regime de bens ‘está atualmente submetido a uma defesa dos fins morais do casamento”.

De tal forma, conclusivo e inegável o direcionamento dado pelos princípios constitucionais da igualdade e solidariedade às relações patrimoniais estabelecidas entre os cônjuges quando do enlace matrimonial.

### **2.2.2 A união estável: noções históricas, conceituais e contemporâneas e os efeitos decorrentes**

Para entendimento da matéria, faz-se necessário um breve esboço histórico a respeito da temática da união estável, tendo em vista todo o seu conteúdo conflituoso, alvo de grandes dilações ao longo dos anos.

É preciso, para tanto, dizer que a união afetiva livre entre pessoas, de sexos opostos (ou não, como costumeiro no Império Romano), não é fenômeno contemporâneo, de formações joviais, mas remonta à antiguidade, quando, inclusive, sequer era motivo

---

<sup>68</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.380.

<sup>69</sup> LUZ, Valdemar p.da. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p.70.

de reprovação ou condenação social<sup>70</sup>.

De tal forma, muito embora não faltassem esforços da Igreja no intuito de combater e eliminar esse tipo de associação afetiva, a união livre não deixou de existir ao longo dos séculos. No Brasil, bem como no resto do mundo, a união estável apenas foi reconhecida em âmbito legislativo após inúmeras tentativas e evoluções jurisprudenciais.

Assim, cumpre dizer que, em território nacional, o relacionamento estabelecido entre homem e mulher livre de formalidades nunca foi considerado ato ilícito ou ilegal. Não obstante, suas implicações e consequências se estendiam apenas à seara obrigacional, jamais ao Direito das Famílias.

Conforme explanado em tópico relativo à evolução história da entidade familiar, durante um longo período – incluindo toda a vigência do Código Civil de 1916 – a única forma de constituição familiar reconhecida e juridicamente aceita era o casamento. Tal situação, por óbvio, causava sério impasse social. Entrementes, quando da dissolução de fato do casamento (já que não dissolvido o vínculo legal, vez que àquela época isso ainda não era permitido), o estabelecimento do convívio marital com outrem jamais poderia ser protegido pelo direito. Não se geravam, portanto, efeitos jurídicos no âmbito familiar quando do desquite, mas tão somente consequências referentes ao Direito Obrigacional.

A união informal estabelecida entre pessoas recebia o título generalizado e pejorativo de **concubinato**, o qual se referia tanto àqueles relacionamentos entre indivíduos impedidos de casar (concubinato “impuro”), quanto àqueles que simplesmente optavam pela não-formalização do vínculo (concubinato “puro”). Sobre o tema, assevera Gustavo Tepedino<sup>71</sup>: “durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos.”.

Via de consequência, em virtude do grande número de uniões livres que existiam no país, o Poder judiciário foi pressionado no sentido de se posicionar de maneira a promover a merecida proteção jurídica para tais formas de relacionamento e

---

<sup>70</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013.

<sup>71</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.327.

constituição familiar. Muito embora os passos evolutivos tenham sido lentos, passou-se a reconhecer a existência de uma **sociedade de fato** entre os concubinos. Porém, quando da divisão de bens adquiridos na constância do vínculo, se sobrevinda a separação, porque considerados “sócios”, exigível seria dos consortes a prova da contribuição financeira para a aquisição do patrimônio em comum.

Assim, confirma e completa Maria Berenice Dias<sup>72</sup>: “tais subterfúgios eram utilizados para justificar a partição patrimonial, evitando-se com isso o enriquecimento injustificado de um dos companheiros.”

Contudo, prezando pela evolução que àquele momento se fazia necessária, é pertinente suscitar a colocação de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>73</sup>:

A ciência jurídica não pode ignorar a realidade social! Já é tempo de afastar do Direito, especialmente do Direito das Famílias (que é marcado pelo sentimento humano), a hipocrisia que tanto lhe impregnou, para reconhecer o afeto como grande mola propulsora das relações (inclusive jurídicas) familiares.

Em consonância, a Suprema Corte – naquela época detentora da competência para tais matérias, editou, em resposta aos aclamados pedidos dos conviventes em concubinato, as Súmulas n. 380<sup>74</sup> e 382<sup>75</sup> que, conquanto ainda representassem avanços apenas em âmbito patrimonial (mas não pessoal), foram responsáveis pela “abertura dos portões” para a acolhida da evolução familiarista que se seguiu.

Há que se dizer que a firme postura dos Tribunais veio a influenciar o Poder Legislativo de maneira tal que diversas normas legais foram editadas em resposta à proteção exigida ao concubinato.

Contudo, apenas quando promulgada a Constituição Cidadã de 1988 as relações concubinárias foram elevadas à “categoria” de entidades familiares e, portanto, objeto do Direito das Famílias e da especial proteção do Estado – é o que se

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.168.

<sup>73</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.509.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 380**. 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. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0380.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>75</sup> *Ibidem*. **Súmula n. 382**. A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0382.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0382.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

depreende da leitura do art. 226, §3º<sup>76</sup> da referida Carta Magna. Há que se ressaltar, por óbvio, que o concubinato alçado a tal posição protetiva foi aquele intitulado de “puro”, ou seja, aquele encenado por pessoas desimpedidas ao casamento, agora denominados de conviventes, pois que se encontram em situação de **união estável** (nova denominação, utilizada no intuito de evitar a estigmatização do sentido duplo e pejorativo que se aplicava à palavra “concubinato” – a partir de então, apenas utilizado em referência à modalidade “impura”).

Diversas foram as leis posteriores à *Lex Legum* que se propuseram a disciplinar o novo instituto da união estável (à exemplo da lei n. 8.971/94<sup>77</sup>), as quais, em via inicial, continham propostas discriminatórias ou desarrazoadas, como se observa na antiga exigência do prazo comprovado de cinco anos de convivência para a caracterização da união. Felizmente, tais requisitos foram posteriormente expurgados da legislação brasileira conjuntamente àquelas concepções primitivas e obsoletas sobre o Direito das Famílias.

É forçoso asseverar que atualmente a união estável não possui conceito estritamente definido. Assim, nos ditames do art. 1.723 do Código Civil de 2002, sem a pretensão de formar concepção estanque, está disposto que estável é a união “entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Deste modo, observa-se que a união estável nasce da simples convivência, ou seja, origina-se como fato jurídico que, devido aos efeitos e direitos consequentes, evolui em sentido à caracterização de um ato jurídico. Neste esteio, entende-se que é exigível apenas a “efetiva convivência *more uxorio*, com características de união familiar, por um prazo que indique estabilidade e objetivo de manter a vida em comum entre o homem e a mulher assim compromissados”<sup>78</sup>

A partir da própria Lei Maior de 1988, a união estável, também denominada de

---

<sup>76</sup> 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. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>77</sup> Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Impedimentos Matrimoniais na união estável**. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vocation legis. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.175.

**companheirismo**, é considerada a situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes (ou não mais) e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxorio*), caracterizando uma entidade familiar. Neste sentido, Patrícia Fontanella<sup>79</sup> expõe que “o legislador optou por evitar rigorismos conceituais, pois ao abster-se de conceituar rigidamente a união estável, deixou para o juiz, diante de cada caso concreto, a tarefa de analisá-la e reconhecê-la ou não.”.

Assim, a união estável, na expressão protagonizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>80</sup>, por óbvio, nada mais é que um *casamento de fato*, ou seja, a união entre duas pessoas livres que, embora não formalizada, merece a especial proteção do Estado, vez que decorrente de fenômeno natural da espécie humana, da liberdade que lhe é inerente, acompanhada da autodeterminação de estabelecer relacionamentos entre si.

Vale ressaltar que, embora a união estável se estabeleça entre pessoas livres, aquelas impedidas de contrair novo casamento porque ainda juridicamente casadas, mas separadas de fato, já encontram-se em poder de constituir união estável, como prescrito no art. 1.723 do *Codex* brasileiro. Tal afirmativa se justifica porque a falta de convivência entre os cônjuges faz cessar a sua característica fundamental, qual seja, o **afeto** entre ambos.

É inegável e de forçosa citação, portanto, a evolução que se abateu sobre o instituto da união estável através dos esforços jurisprudenciais e, posteriormente, legislativos, no intuito de alcançar a sua configuração e delineamento atuais, mas, acima de tudo, de galgar sua posição constitucionalmente protegida, provedora e originária de novas entidades familiares.

Hodiernamente, com a disciplina constitucional (art. 226, §3º) e do *Codex* (Título III) é notório que a união estável conta com todos os efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, de maneira amplamente semelhante ao casamento – o que se conclui, inclusive, pelo princípio da facilitação da conversão da união estável em casamento, atualmente informador do Direito das Famílias. Não é outra a posição de

---

<sup>79</sup> FONTANELLA, Patrícia. **União Estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p.26.

<sup>80</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.528.

Belmiro Pedro Welter<sup>81</sup>, quando afirma:

O comportamento rançoso e odioso, notoriamente conceitual e infectado de interesse patrimonial e ideologia judaico-cristã, foi afastado pela Constituição Federal de 1988, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o Código Civil, que equipararam a união estável ao casamento.

Cumprido dizer que, independentemente da formatação assumida, a entidade familiar se perfaz através do afeto existente entre seus componentes, de forma tal que não se justifica a discriminação por formas, se o amor e a solidariedade recíproca existente entre os parceiros é o que embasa a união estabelecida no intuito de promover a sua realização plena.

Por conseguinte, é exigível do ordenamento jurídico, e do Direito como um todo, que se cerquem de toda a coerência possível, no intuito de respeitar o elemento afetivo inserto nas relações de Direito de Família, protegendo, via de consequência, os componentes da família, independentemente do modelo sobre o qual se funda, se previsto ou não em lei. Destarte, conclui-se que “o Direito não pode criar o fenômeno familiar, lhe competindo [sic], apenas, tutelar as famílias que se formaram naturalmente”<sup>82</sup>.

Com efeito, conforme limites traçados no já referido tópico anterior, a família contemporânea guarda uma função instrumentalista e, portanto, a tutela jurídica à entidade familiar não se justifica em si mesma, mas como forma de proteção aos seus componentes. De tal forma que é irrelevante o arranjo familiar adotado, pois este é merecedor de proteção especial do Estado, no intuito de se promover e garantir a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Carlos Eduardo Ruzyk<sup>83</sup> conclui que o atual desafio do operador do direito é permitir uma leitura da união estável, enquanto fenômeno jurídico, sem uma perspectiva abstrata errônea, mas da valorização das pessoas concretas que encenam essas relações, de forma tal que esse modelo de entidade familiar se mostre como forma de proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana, sendo não apenas um fim em si mesmo.

Portanto, a união estável exerce papel de importância primária na sociedade atual,

---

<sup>81</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.39

<sup>82</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.507.

<sup>83</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Sintese, n. 7, out/dez. 2000, p.7.

vez que possibilita a compreensão desse caráter instrumentalista da família contemporânea. Além de tornar-se mandatória a interpretação do instituto através de uma ótica constitucionalizada e efetivadora dos princípios gerais e específicos do Direito das Famílias, de modo que qualquer norma infraconstitucional que vá de encontro a este mandamento deva ser expurgada do ordenamento – não havendo sentido a legislação infraconstitucional fazer distinções sobre aquilo que não foi constitucionalmente diferenciado.

Assim, qualquer tipo de tratamento discriminatório no tocante às entidades familiares e suas conformações, via de consequência, implicará em negação à proteção da própria pessoa humana. Sobre o tema, assevera Belmiro Pedro Welter<sup>84</sup>:

Há necessidade de se afastar essa *baixa constitucionalidade*, que insiste em desigualar os que vivem em igualdade de condições, ao não reconhecer a igualdade entre casamento, união estável e a família monoparental. Há de compreender que a *Constituição (ainda) constitui*, não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal<sup>85</sup>, “entendendo que a única interpretação razoável das normas infraconstitucionais é no sentido de garantir a mesma proteção a toda e qualquer pessoa humana que compõem entidade familiar, independente da celebração de casamento”. Por isso, arremata: “Enfim, onde se encontra protegido o cônjuge, tem de estar, por igual, o companheiro”.

Assim, mais do que comprovada a inexistência de qualquer justificativa que baste a distinção entre a união estável e o casamento, de modo que não são solenidades e formalidades na constituição de uma família que darão ensejo a efeitos maiores ou menores sobre as pessoas que a compõem – do contrário, claro atentado à dignidade da pessoa humana estaria perpetrado.

Neste tocante, é cabal referir-se às explanações de Maria Berenice Dias<sup>86</sup>:

Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tais referências como não escritas. Sempre que o legislador deixar de nominar a união estável frente a prerrogativas concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ser tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Igualmente, em todo texto em que é citado cônjuge, é

---

<sup>84</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 2003, p.37.

<sup>85</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.510.

<sup>86</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.171.

necessário ler-se cônjuge ou companheiro.

É, por fim, através dessa ótica que deve ser enxergado o instituto atual da união estável, protegido pela Carta Magna e detentor do poder de originar a entidade familiar – merecedor, portanto, de todas as prerrogativas direcionadas àquelas formadas por meio do matrimônio. Isto porque, nas palavras dos mestres Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal<sup>87</sup>, “tudo que um casamento pretende é ser uma *união estável*, diferenciando-se, apenas, pela exigência de solenidades para a constituição.”

Em última explanação, é preciso referir-se aos efeitos gerados pelo estabelecimento da união estável. Vez que variadas consequências jurídicas, de ordem pessoal e patrimonial, decorrem da formação de qualquer entidade familiar, não poderia ser diferente no companheirismo. E ainda que a união estável não se confunda com o casamento, é imperioso dizer que seu estabelecimento gera um “quase casamento” no que tange aos efeitos sobrevividos, porquanto reja-se por regras patrimoniais extremamente semelhantes.

Portanto, ainda que não seja o objetivo final do estabelecimento da união, efeitos patrimoniais naturalmente dela advirão, independentemente da vontade das partes. Desta maneira, pode-se dizer que a união estável, ao promover uma gama de efeitos pessoais, descritos no art. 1.724<sup>88</sup> do *Codex*, entre os companheiros, desencadeia outros, de ordem patrimonial. Todos eles, conjuntamente, necessitam de regulação através da lei e do Direito, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal por morte ou por ato entre vivos.

Sobre o tema, no que tange à problemática deste trabalho científico, cumpre elucidar os pontos mais importantes e característicos dos efeitos patrimoniais na dissolução da união estável. Neste espeque, o primeiro alvo a ser clarificado é que, na mesma linha do instituto casamentário, na união estável, se não produzido prévio contrato de convivência determinando a forma como se procederá o regime de bens entre os companheiros, aplicar-se-á a comunhão parcial.

Haverá, então, presunção absoluta de colaboração dos cônjuges para a formação

---

<sup>87</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p.529.

<sup>88</sup> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

do patrimônio quando ainda conviventes. Assim, conforme disposto no art. 1.725<sup>89</sup>, do Código Civil de 2002, desnecessária a comprovação do esforço em comum para que ocorra a meação dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância da união, em eventual dissolução do vínculo.

Corroborando ao quanto exposto, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>90</sup> informa ser necessária apenas a “demonstração da união, e a partilha se dará automaticamente, se não houver pacto prevendo o estatuto patrimonial dos conviventes”. Em apoio, Maria Berenice Dias<sup>91</sup> afirma:

Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em partes iguais. Instala-se um estado de **condomínio** entre o par, que é chamado de **mancomunhão**. A presunção de propriedade do titular aparente no registro não é mais absoluta, e o companheiro é patrimonialmente equiparado ao cônjuge. Adquirindo o bem por um, transforma-se em **propriedade comum**, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução do vínculo.” (Grifos constantes do original)

Vale dizer que o esforço em comum – que não admite contraprova quando da formação irrefutável da união – não precisa se caracterizar em ajuda única e impreterível de ordem material. O esforço em comum se caracteriza também pela simples convivência, no âmbito do lar, que propicia ambiente favorável ao crescimento dos membros e da família em campo psicológico e patrimonial. É o que se encontra exposto nos ditames da Lei n. 9.278/96, e é dessa forma que tende a se manifestar a Corte baiana, quando determina em acórdão exarado pela Terceira Câmara Cível, em relatoria da Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, nos Embargos de Declaração n. 0000570-32.2006.8.05.0237/50001<sup>92</sup>:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SANADA SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE. Apesar de suficientemente fundamentado, o acórdão embargado, de fato, não se pronunciou sobre algumas questões relevantes, tais como o direito da embargada à partilha dos bens. Vale esclarecer que, para fins de fixação de regime de bens, observa-se

<sup>89</sup> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>90</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.117.

<sup>91</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.179.

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Embargos de Declaração n. 0000570-32.2006.8.05.0237/50001, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, j. 26/06/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=41640&vICaptcha=mwccww>>. Acesso em: 03 mar 2013.

que o de cujus contava com 66 (sessenta e seis) anos de idade, por ocasião do início da união estável (fls. 10 e 12). Neste aspecto, comungo no sentido da inaplicabilidade analógica do art. 1.641, II, do Novo CC à união estável. Com efeito, mesmo que a regra contida no art. 258, parágrafo único, II, do CC/16, tenha sido recepcionada no novo Código Civil, no art. 1.641, II, que impõe o regime obrigatório da separação de bens à pessoa maior de sessenta anos, temo que tal dispositivo expresse aparente inconstitucionalidade, visto que atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1.º, III, da CF, além do direito e garantia fundamental de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, onde deve necessariamente se enquadrar a idade.

Os bens amealhados durante a convivência, considerando que a união estável teve início no ano de 1996 e fim em 2003, aplicável o disposto no art. 1.725 do Código Civil que dispõe que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

**Comprovada a existência da união estável, os bens adquiridos na sua constância devem ser partilhados na proporção de cinquenta por cento para cada convivente, dispensada a prova de que ambos contribuíram financeiramente para a aquisição dos bens, eis que se presume fruto da colaboração comum.** Sanada a omissão suscitada, não há que se falar em violação a qualquer dispositivo infraconstitucional ou constitucional. Embargos acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos apenas com o fim de sanar a omissão apontada, mantendo a decisão embargada em sua íntegra. (Grifos aditados).

O esforço em comum para a aquisição dos bens só terá sua presunção de comunicabilidade revogada em três hipóteses específicas: 1) se houver contrato de convivência dispendo em sentido contrário; 2) se a aquisição ocorrida durante a vigência da união for fruto de sub-rogação de bens adquiridos anteriormente; e, por fim, 3) no caso de aquisições ocorridas quando os companheiros já se encontravam em separação de fato. Coaduna-se com esse entendimento Wania Triginelli<sup>93</sup>:

Trata-se de presunção *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade (CC 1.659 e 1.661): bens recebidos por herança, por doação ou mediante sub-rogação legal. Ao convivente que quiser livrar da divisão determinado bem adquirido durante o período de convívio, cabe a prova de alguma das exceções legais. Em face da **presunção de comunicabilidade**, incumbe a quem alega comprovar a situação que exclui o patrimônio da partilha. (Grifos constantes do original)

Outro ponto que se faz óbvio é que, se aplicável ao companheirismo as regras da comunhão parcial de bens, conclusão lógica que a administração do patrimônio em comum pertencerá a ambos os companheiros ou qualquer um deles, bem como, conseqüentemente, a administração dos bens individuais caberá àquele que detém a sua propriedade.

Deve-se ainda, em via final, atentar-se ao fato de que, por caracterizar-se como

<sup>93</sup> TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. A interface entre o direito de família, direito registral e notarial. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.680.

união de fato, dispensando a exigência de registros formais, a união estável não pode ser oponível nem vinculativa a terceiros de boa fé e, por isso, a outorga entre cônjuges, quando da alienação do patrimônio em comum, não pode ser exigida para comprovar a anulação do negócio. Nesse caso, resta apenas a resolução através de indenização por perdas e danos entre os companheiros, ou seja, é de âmbito responsabilizatório entre eles.

Os efeitos patrimoniais advindos de uma relação de união estável, portanto, apenas se findarão com a cessão da vida em comum, seja pelo evento morte ou pela dissolução do vínculo por escolha dos companheiros – neste último caso, dispensável a chancela judicial para a sua extinção.

### 3 OS REGIMES PATRIMONIAIS DE BENS

#### 3.1 REGIMES DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: NOÇÕES GERAIS E CONCEITO

Como decorrência da celebração matrimonial entre dois indivíduos, certo é que diversos efeitos de ordem pessoal, social e econômica, são observados. Isto porque, conforme conceitualização expressa em capítulo anterior (exclusivamente dedicado às entidades familiares), o casamento se conforma numa comunhão plena de vidas<sup>94</sup>, no esboço primeiro da realização fisiopsíquica dos seres humanos que compõem aquele ente familiar. Destarte, a conjugação matrimonial projeta inferências nas pessoas que se casam e, igualmente, em seu patrimônio<sup>95</sup>.

Dentre aqueles efeitos advindos da celebração do casamento, além da própria constituição da entidade familiar, pode-se citar, *v.g.*, a mudança do estado civil, a possibilidade de adoção do sobrenome do consorte, a emancipação do contraente menor de 18 anos, o estabelecimento de deveres recíprocos de fidelidade, guarda, sustento e educação da eventual prole e o auxílio mútuo<sup>96</sup>.

Há que se dizer, todavia, que na esfera patrimonial, as consequências do estabelecimento formal da união, porque mais complexas, requerem uma atenção

---

<sup>94</sup> Neste ponto, há que se referir consequência lógica do art. 1.511 do CC/02, *in verbis*: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>95</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.323.

<sup>96</sup> Deveres legalmente impostos pelos artigos 1.565 e 1.566 do CC/02. Transcreve-se: “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.” (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

ainda mais minuciosa. Neste amparo, Paulo Nader<sup>97</sup> realiza comparação entre o ente familiar e a empresa. Para tanto, pondera: “detém patrimônio, produz ou presta serviço, lida com o ativo e o passivo, embora sua contabilidade seja informal.”

Há que se observar que a feição patrimonial das relações matrimoniais são consequências naturais das relações travadas entre os consortes e terceiros e entre eles mesmos. Conforme preleciona Farias e Rosenthal<sup>98</sup>, “a entrega de um cônjuge ao outro – reflexo intuitivo do afeto que os entrelaça – também implica em uma plena comunhão de vida, alcançando situações econômicas.”

Note-se que, dentre aqueles efeitos patrimoniais inevitavelmente gerados pela generalidade e abrangência que o toca, e pela pertinência temática a este trabalho, imperiosa a referência à instauração do **regime de bens**<sup>99</sup>, à parte do direito à sucessão e aos alimentos (conquanto estejam fora do corte epistemológico desta monografia).

Ou seja, a comunhão de interesses de ordem econômico-patrimonial que advém daquela comunhão de vidas estabelecida entre os consortes, quando do evento matrimônio, implica na regulação pela Lei Civil de um particular “estatuto patrimonial do casamento”<sup>100</sup> – caracterizado pelo regime de bens adotado ou legalmente imposto –, no intuito de defender os diversos interesses ali presentes.

Fato é que em momento algum deve-se dissociar a repercussão econômica do caráter afetivo-solidarista do casamento – ou de qualquer tipo de ente familiar. Ao contrário, certo é que os efeitos do matrimônio, sejam eles pessoais, sociais ou patrimoniais, devem estar interligados à proteção da dignidade da pessoa humana, à igualdade substancial e à solidariedade social – princípios constitucionalmente expressos e, indiscutivelmente, informadores do Direito das Famílias contemporâneo.

Neste diapasão, entende-se que a regulação jurídica da situação patrimonial que se impõe quando da formalização da união entre os consortes é comumente

---

<sup>97</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.431.

<sup>98</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.324.

<sup>99</sup> Em referência, observa-se o art. 1829, III, do CC/02.

<sup>100</sup> Expressão utilizada por Orlando Gomes (GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.165) e de ampla aceitação dentre os principais doutrinadores familiaristas, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, Arnaldo Wald e Priscila Fonseca, Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz.

denominado de regime patrimonial/de bens do casamento ou regime econômico do matrimônio. Tal regime é responsável pela disciplina, não só daqueles bens adquiridos quando em curso o casamento, mas também daqueles privativamente pertencentes aos consortes – porque, de uma maneira ou de outra, podem sofrer intervenções por vistas da celebração matrimonial.

Assim, o referido estatuto patrimonial atuará sobre todos os efeitos econômicos advindos do estabelecimento da relação afetiva, ou seja, gerará ilações sobre a propriedade dos bens, a sua administração e disponibilidade, direitos e deveres obrigacionais e a responsabilidade civil dos consortes perante terceiros.

Como instrumento de eficácia desse estatuto, têm-se os regimes de bens legalmente previstos no Código Civil de 2002, que, em geral, começam a vigorar após a celebração do matrimônio e se estendem até a dissolução da sociedade conjugal por ato de vontade ou pela morte de um dos cônjuges. Vale dizer, a incidência do regime patrimonial é tão indispensável que, na hipótese do silêncio das partes, ainda assim, a lei impõe regime supletivo – qual seja, ver-se-á mais adiante, da comunhão parcial dos aquestos<sup>101</sup>.

Neste espeque, imprescindível referir-se às concepções e aos conceitos sobre o regime de bens. Assim, Arnaldo Wald e Priscila Fonseca<sup>102</sup> asseveram:

Regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre cônjuges, na constância do matrimônio. Ou seja, o regime de bens consiste no conjunto de regras que regulam as relações jurídicas referentes aos bens pertencentes ao casal, havidos, ou não, durante o matrimônio.

Noutro giro, porém em igual sentido, Carlos Roberto Gonçalves<sup>103</sup> indica que:

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 adquiridos na constância da união conjugal.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>104</sup>, a seu turno, fazem importante alusão à necessária distinção entre os conceitos de regime de bens e de comunhão

---

<sup>101</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.220.

<sup>102</sup> WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. p.Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013, p.161.

<sup>103</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.440.

<sup>104</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.332.

de bens, bem como ao fato de que o regime de bens não resume toda a gama de efeitos que exsurge da celebração do matrimônio, conquanto também subsistam aqueles de ordem pessoal e social. Para tanto, o regime de bens, nas palavras dos citados mestres, é:

O estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte.

O honrável Luiz Edson Fachin<sup>105</sup>, em expressão mais ampla e extensa, afirma:

Regras e princípios administram o transito patrimonial dos bens no casamento. É mais que o complexo de normas sobre relações econômicas. O direito regula os efeitos que das relações decorrem sob a nomenclatura dos regimes matrimoniais de bens. O governo dos bens pretéritos, dos presentes e futuros, objeto material do casamento e sua dinâmica.

Ou seja, o regime patrimonial que rege os casamentos realizados no espaço territorial brasileiro, são, tão somente, um plexo de normas e regramentos que disciplinam todos os efeitos econômicos advindos da celebração matrimonial entre os nubentes.

Ainda no campo das postulações propedêuticas, impende-se referência às classificações aplicáveis ao regimes de bens matrimonial, quais sejam, quanto à origem ou quanto ao objeto. Na primeira, os regimes podem ser convencionais ou legais, vez que, respectivamente, incidem por comum acordo dos nubentes ou por imposição legal – é aqui que se assenta o regime em discussão neste trabalho acadêmico. Já na segunda classificação, indica-se a distinção entre aqueles regimes onde existe uma comunhão entre os bens do casal ou sua separação.

Neste diapasão há que se dizer, embora nos países estrangeiros diversos sejam os modelos de bens disponíveis aos nubentes, o Código Civil Brasileiro faz referência e regulamenta apenas quatro: comunhão parcial<sup>106</sup>, comunhão universal<sup>107</sup>, participação final nos aquestos<sup>108</sup> e separação<sup>109</sup> – tais espécies serão esmiuçadas em tópico seguinte. Contudo, não se olvide que embora discipline e disponibilize apenas quatro modelos expressos, o diploma cível permite aos cônjuges a regulação do travamento de suas relações econômicas por meio da conjugação dos

---

<sup>105</sup> FACHIN, Luis Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.181.

<sup>106</sup> Disciplinado nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil brasileiro.

<sup>107</sup> Disciplinado nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil brasileiro.

<sup>108</sup> Disciplinado nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil brasileiro.

<sup>109</sup> Disciplinado nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil brasileiro.

regimes expressamente dispostos ou, até mesmo, elegendo um novo e distinto<sup>110</sup>. Valendo apenas ressaltar que as espécies de regimes frutos dessa liberdade de criação disponibilizada aos nubentes encontram limites nos princípios de ordem pública e na natureza e fim próprios do casamento<sup>111</sup>.

Por fim, mandatário se debruçar sobre os princípios peculiares informadores da sistemática dos regimes de bens, porquanto seja matéria de importância primeira nesta temática. Assim, é cediça a existência de três princípios fundamentais na regência dos regimes patrimoniais, positivados entres os artigos 1.640, parágrafo único, 1.639, *caput* e §2º<sup>112</sup>. Utilizando-se, sob empréstimo, das denominações dadas pelos mestres Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>113</sup>, têm-se, portanto, os princípios da variabilidade, liberdade de escolha e mutabilidade.

A variabilidade refere-se, conforme já explicitado, à existência de múltiplos regimes disponíveis à escolha dos nubentes quando da celebração matrimonial, bem como à sua prerrogativa de alterá-los e combiná-los na criação de regime peculiar àquele enlace. Isto porque, na atual conjuntura contemporânea familiar, composta por entes familiares plurais das mais diversas ordens, é imprescindível disponibilizar a essas famílias modelos de regimes que satisfaçam suas necessidades pluralizadas.

Em sua conta, a liberdade de escolha do regime que melhor lhes aprouver é decorrência da própria variabilidade, e se conforma na faculdade dos consortes em selecionar aquele regime de bens que melhor atende aos seus interesses e anseios

---

<sup>110</sup> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>111</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.440.

<sup>112</sup> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.” (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>113</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p.310.

peçoais. Faz-se aqui referência expressa à autonomia privada que será alvo de capítulo autônomo posterior.

Importante salientar, outrossim, que a liberdade posta à disposição dos nubentes para a escolha do regime patrimonial que regerá o enlace firmado não pode ser interpretada de maneira absoluta, encontrando limites na impossibilidade de violação das normas imperativas atinentes aos fins e à estrutura casamentária<sup>114</sup>. Por outro lado, também é essencial elucidar as hipóteses que constituem-se em exceção ao princípio da liberdade de escolha, quais sejam, as previsões legais dos regimes de separação compulsória – também alvos principais deste trabalho acadêmico – e aquelas situações em que incide o regime supletivo ou legal.

Por fim, ao seu turno, o princípio da mutabilidade é aquele que traz aos cônjuges o permissivo de alteração, ao longo da constância do matrimônio, do regime de bens previamente estipulado, mediante autorização judicial. Tal estipulação consiste em inovação trazida pelo Código Civil de 2002, conquanto na letra da Lei de 1916 não houvesse posta tal prerrogativa<sup>115</sup>.

A título de complementação, vale dizer que Maria Berenice Dias acrescenta ao rol dos princípios peculiares aos regimes de bens aquele da **comunicabilidade**, fundamentado na comunhão de vidas, no dever da mútua assistência e na responsabilidade compartilhada pelos encargos da família. Esta nova proposição, embora encontre diversas vozes em sentido contrário, tem o escopo de evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes às custas do outro e, assim, impedir que apenas um deles responda pelas obrigações econômicas advindas da sociedade conjugal.

Contudo, impende ressaltar, o princípio da comunicabilidade não é em nenhuma maneira absoluto e, por isso, pode ser afastado pela vontade dos consortes, no todo ou em parte, vez que está submetida à esfera da autonomia privada deles. Neste esboço, Dias<sup>116</sup> assevera:

---

<sup>114</sup> WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. p. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013, p.164.

<sup>115</sup> Art. 230. O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável. (BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>116</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.223-224.

Trata-se de princípio de nítido colorido ético, pois evita a possibilidade de enriquecimento sem causa de um dos cônjuges frente ao outro. Para ser afastada tal lógica, mister que haja a manifestação das partes, antes do casamento, mediante pacto antenupcial. Também a alteração pode ocorrer mediante a mudança do regime de bens, durante o casamento, mas sempre por vontade dos cônjuges manifestada em juízo. Portanto, mesmo quando não tenha havido a participação efetiva dos dois, há que dividir o patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido.

Com efeito, para o completo entendimento da matéria, embora sem tentativa de esgotar o vasto conteúdo do regime de bens no Direito Civil pátrio, em tópico seguinte far-se-á referência, em síntese breve, ao teor das espécies de regimes patrimoniais alhures enumerados.

Contudo, em vias finais, cumpre ponderar sobre a incidência do regime de bens no que tange à seara das uniões de fato, ou seja, à união estável. Neste ponto, malgrado inexistir previsão legal no título referente aos regimes de bens dentro do Código Civil de 2002, à referida união estável é reconhecida a incidência do regramento de regime próprio, qual seja, nos ditames do art. 1.725<sup>117</sup>, a comunhão parcial de bens – se inexistente prévio instrumento contratual regulando de forma diferente o chamado “contrato de convivência”.

Portanto, o que se conclui é: incide sobre tal ente familiar o princípio da liberdade de escolha dos nubentes, na mesma medida existente no casamento – que se materializa na possibilidade de estabelecimento do contrato de convivência, independente de instrumento público e de registro em cartório competente; bem como, em semelhança às uniões matrimonializadas, incorre a presunção absoluta do esforço em comum dos cônjuges, determinando a comunicação dos bens em futura e eventual dissolução do vínculo.

No que tange aos bens previamente adquiridos ou provenientes de aquisição gratuita, por óbvio não incide a referida comunicação, pois ausente o elemento da colaboração mútua.

Por fim, em sintonia aos preceitos constitucionalmente expressos, é lícito aos conviventes a alteração do regime de bens que incide sobre a união, inclusive de maneira visivelmente mais simples do que aquela exigível no casamento. Ou seja, sem necessária intervenção judicial, acompanhada de publicação de editais,

---

<sup>117</sup> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

homologação por juiz competente e pronunciamento Ministerial; mas tão somente por simples contrato escrito, por instrumento público ou particular.

### **3.1.1 Dos regimes da comunhão parcial e universal de bens e da participação final dos aquestos**

Dentre aquelas espécies de regime de bens expressamente previstas no Código Civil brasileiro de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de referido ano, três delas (comunhão parcial e universal, e separação) são remanescentes da codificação anterior (1916). A quarta (participação final nos aquestos), contudo, apresenta-se de maneira inovadora, como consequência da nova concepção plural das famílias.

A **comunhão parcial de bens** – também denominada comunhão de aquestos, comunhão de adquiridos, comunhão limitada, regime misto ou separação relativa – faz referência à ideia de comunhão quanto ao futuro patrimonial do casal. Porém, em mesmo assento, refere-se à separação quanto às propriedades passadas<sup>118</sup>.

O regime da comunhão parcial, importa sobremaneira dizer, é o regime legal ou supletivo adotado pela legislação brasileira a partir da Lei do Divórcio, promulgada em 1977<sup>119</sup>. Assim, dispensa a celebração do pacto antenupcial e prevalece no caso de silêncio das partes ou na hipótese da invalidação da convenção<sup>120</sup>.

Neste regime ocorre a comunhão dos bens adquiridos na constância da união a título oneroso ou eventual<sup>121</sup>. Contudo, restam excluídos desde patrimônio comum aqueles bens adquiridos antes das núpcias ou durante o matrimônio quando a título gratuito – caso das heranças<sup>122</sup>. Em sentido convergente, Silvio Rodrigues<sup>123</sup> assevera ser o regime que exclui da comunhão “os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como

---

<sup>118</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.235.

<sup>119</sup> Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

<sup>120</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.387.

<sup>121</sup> Referencia-se o art. 1.660 do Código Civil de 2002.

<sup>122</sup> Referencia-se o art. 1.659 do Código Civil de 2002.

<sup>123</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.178.

as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso”.

Tal regimento atua sobre a realidade de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de esforço comum, de colaboração conjunta entre os consortes para a construção do patrimônio e para o bem andar da sociedade conjugal. Neste espeque, a presunção recai sobre o auxílio prestado por um cônjuge ao outro, ainda que psicológica, afetiva ou moralmente, na aquisição dos bens, não havendo, pois, que se falar em falta de empenho de um ou outro consorte.

Vale mencionar ainda que, quanto à administração do patrimônio comum, esta caberá a ambos os cônjuges<sup>124</sup>. Entretanto, aquela referente aos bens particulares, por óbvio, será de titularidade do respectivo proprietário.

Por outro lado, no regime de **comunhão universal de bens** – ou comunhão total, por obviedade da sua denominação –, todo o patrimônio do casal, pretérito, presente e futuro, será repartido igualmente entre eles na hipótese de eventual separação – ainda que o casamento não perdure por extenso espaço de tempo. Tal regime, durante longo período – pelas raízes históricas da própria entidade familiar – foi considerado a mais perfeita expressão dos desígnios tradicionais da instituição matrimonial.

Em linhas gerais, com o estabelecimento do regime de comunhão total, há que se ver cessada toda a individualidade patrimonial dos consortes, em primazia da formação de uma universalidade patrimonial, onde estarão agregados todos os bens, créditos e débitos de cada cônjuge. Nas palavras de Farias e Rosenvald<sup>125</sup>:

É uma verdadeira fusão de acervos patrimoniais, constituindo uma única massa que pertence a ambos, igualmente, condomínio e em razão da qual cada participante terá direito à *meação* sobre todos os bens componentes desta universalidade formada, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois das núpcias, a título oneroso ou gratuito.

Igualmente, Maria Berenice Dias pondera que a comunhão universal instaura-se num estado de “mancomunhão, ou seja, propriedade em mão comum”. Isto porque cada um dos consortes:

[...] é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio,

<sup>124</sup> Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>125</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.391.

constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento.<sup>126</sup>

Há que se perquirir a relatividade que se impõe a tal comunhão total de bens. Pois o Código Civil, em seu art. 1.668<sup>127</sup>, elenca alguma exceções, ou seja, enumera aqueles bens que não farão parte da propriedade em comum dos consortes, ainda que unidos sob o regime de comunhão universal.

Nada mais natural concluir que, diante da disposição conformativa que veste o regime em discussão, a administração dos bens, salvo disposição contrária em pacto antenupcial, será realizada conjuntamente pelo casal, excetuando-se aqueles bens que, conforme acima explicitado, estão excluídos da comunhão por disposição legal. Para estes, a administração será feita pelo proprietário, individualmente.

Por fim, mas não menos importante, cumpre estabelecer considerações sobre o novel regime da **participação final nos aquestos**. Conquanto haja sido criado inserto na realidade da seara familiarista somente em 2002, pelo Código Civil que entrou em vigor naquele ano, esse regime específico apresenta-se sob as características de regime misto, híbrido e decorrente de uma mescla entre as regras da separação convencional e da comunhão parcial de bens.

O imperativo que o rege, para tanto, é simples, nas palavras de Farias e Rosenvald<sup>128</sup>:

[...] durante o casamento, cada cônjuge mantém um patrimônio próprio, individual e livremente administrado e, quando da dissolução do patrimônio (e todo casamento se dissolve por morte ou por divórcio), cada um deles terá direito à meação sobre os bens que o outro adquiriu, a título oneroso, na constância da convivência.

<sup>126</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.240.

<sup>127</sup> Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659." (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>128</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.403.

Ou seja, neste regime – da participação final nos aquestos –, durante a convivência, os consortes são regidos pelas regras da separação convencional. Todavia, na eventualidade da dissolução do vínculo, incidirão as regras atinentes à comunhão parcial de bens e, assim, repartir-se-ão os bens adquiridos onerosamente, por cada um, durante a constância do enlace conjugal.

Nas célebres palavras de Farias e Rosenvald, o referido regime estabelece uma verdadeira “*comunhão de destinos*, centrando as forças da comunhão patrimonial na ajuda recíproca para que, ambos, ao final, tenham superávit econômico.” E, neste assento, induz Caio Mario da Silva Pereira<sup>129</sup>:

Nesta reconstituição nominal [dos aquestos] (não *in natura*), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado... A comunhão não se verifica na constância do casamento, mas terá efeito meramente contábil diferido para o momento da dissolução.

Por fim, cabe dizer que a liberdade existente para a administração dos bens pelos cônjuges proprietários não é de todo absoluta e ilimitada. A livre disposição se abate sobre os bens móveis pertencente de maneira individual a cada consorte. Porém, no que tange aos bens imóveis, num claro interesse de proteção à família e à dignidade de cada um dos cônjuges, estabelece-se a limitação à sua livre administração, conquanto imponha-se a necessária outorga do cônjuge diverso para a alienação e oneração desse patrimônio.

Todavia, imprescindível concluir que tal limitação pode ser afastada se, em sede de pacto antenupcial celebrado entre os nubentes, estes estipulem a livre administração dos bens particulares, dispensando a exigência da outorga, um do outro, para a alienação ou oneração de bens imóveis, bem como para a concessão de fiança ou aval.

Em seguida, vez que de maior pertinência temática ao trabalho aqui construído, far-se-ão considerações mais apuradas sobre os regimes de separação, em suas facetas convencionais – de interesse, neste ponto, menos relevante – e naquelas legais, que constituem, aqui, o “centro das atenções”.

### 3.2. DOS REGIMES DE SEPARAÇÃO DE BENS

---

<sup>129</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.229.

Portando-se como o último dos regimes de bens aqui descritos, o regime de separação, seja ele legal ou convencional, representa, por excelência, a oposição aos demais regimes patrimoniais, conquanto estes, em maior ou menor grau, comportem espaço à comunhão de bens entre os consortes.

Neste esboço, cumpre elucidar a existência de duas subespécies de regime de separação de bens: o legal ou compulsório, e o convencional ou absoluto. Valendo ressaltar o caráter dispositivo do segundo, aplicando-se apenas na hipótese de escolha livre e desimpedida das partes; e o caráter obrigatório/mandatório do primeiro, consequência de alguma espécie de punição determinada pela lei.

### **3.2.1 Da separação convencional**

No tocante à separação convencional – também denominada de pura, total ou absoluta –, há que se dizer, de logo, que o Código Civil concedeu à regulamentação desta apenas dois artigos. Assim, trata-se daquele regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial entre os nubentes. Neste esboço, obsta a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento – a qualquer título, oneroso ou gratuito<sup>130</sup>.

Em resumo, sob a égide da separação absoluta de bens quando do casamento, inexistente ponto de interseção de bens entre os patrimônios dos cônjuges. Configura-se, por certo, naquele regime de caráter mais simplório dentre os estabelecidos na legislação brasileira, vez que afasta qualquer controvérsia possível em eventual momento de dissolução da relação matrimonial.

Neste ponto, diversos autores consideram o regime da separação convencional o mais adequado e de melhor conjugação das novas concepções do Direito das Famílias. Assim, Paulo Lôbo assegura-o como o regime “que melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros, como tendência das sociedades ocidentais”, porque “a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e na vida econômica torna indispensável a motivação subjacente a sua proteção”. E, por isso, conclui que o regime de separação total convencionalizado pelas partes é “o mais justo

---

<sup>130</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.397.

e o que melhor respeita à dignidade e a liberdade de cada cônjuge”<sup>131</sup>.

Em síntese de excelência, Silvio Rodrigues<sup>132</sup> determina que:

Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas e seu destino. Mas por meio do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união a fim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial. De modo que, embora sejam marido e mulher, cada cônjuge continua dono daquilo que era seu, será senhor exclusivo dos bens que vier a adquirir e receberá, sozinho, as rendas produzidas por uns e outros desses bens. É lógico que, em tal regime, a cada cônjuge compete a administração dos bens que lhe pertencem, pois, em tese e a rigor, só ele tem interesse nisso.

Por óbvio, observa-se que a administração dos bens, conquanto inteiramente particulares de cada cônjuge, na mesma medida, serão de atuação e disposição independente de cada um deles. Ou seja, não existe qualquer obrigatoriedade de outorga para aliená-los ou onerá-los<sup>133</sup>.

Em derradeiro, imperioso dizer que o único ponto em que há certa relativização da separação dos patrimônios dos consortes diz respeito às despesas com a manutenção do lar. Vale dizer, no que concerne aos gastos necessários ao funcionamento do lar e à manutenção dos filhos, se houver, cada consorte deverá contribuir na proporção de seus ganhos. É o que se encontra disposto, inclusive, no art. 1.688 da Codificação Civil de 2002<sup>134</sup>.

Em conclusão lógica também entende-se que, embora a separação absoluta determine a completa dissociação entre os bens dos consortes, por opção destes mesmos, isso não impede que voluntariamente estes adquiram bens em condomínio. E para tanto, na hipótese de futura e eventual dissolução do vínculo conjugal, poderá qualquer dos consortes reivindicar sua metade correspondente, se registrados esses bens em nome de apenas um deles.

---

<sup>131</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.328.

<sup>132</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.191.

<sup>133</sup> Art. 1.687. 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. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>134</sup> Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

### 3.2.2 Da separação legal

Ao seu turno, o regime de separação legal – ou obrigatória, ou compulsória – faz referência àquele imposto as partes como uma espécie de punição, por escolherem a opção do matrimônio quando, em verdade, “não poderiam”. Ou seja, por força de circunstâncias de ordem pública – reputadas de relevância pela (pretensa) proteção a determinadas pessoas ou situações específicas, o artigo 1.641<sup>135</sup> do *Codex* brasileiro encarregou-se de estabelecer hipóteses em que, independentemente da vontade dos nubentes, estes deverão se casar sobre o regime de separação de bens.

Deste modo, Farias e Rosenvald<sup>136</sup>, fazendo menção ao pensamentos de Érica Varícia de Oliveira Canuto, ponderam trata-se de “hipóteses verdadeiramente sancionatórias, em que o legislador impõe restrições à disponibilidade patrimonial de determinadas pessoas que resolvem casar.”

Neste diapasão, as pessoas casadas sob a regência do regime de separação legal não têm direito à partilha de bens comuns; não contam com a possibilidade de estabelecimento de sociedade entre si, nem mesmo com terceiros; e dispensam a vênua conjugal quando do intuito de dispor dos seus bens. Não podem nem mesmo participar, os cônjuges, da concorrência sucessória, porquanto não lhe assistam direitos nesta seara – mesmo que haja manifestação em sede de pacto antenupcial, o qual será desconsiderado.

Com efeito, cumpre evidenciar as hipóteses de incidência do regime de separação obrigatória de bens. Todavia, desde logo, importante ressaltar que, tendo em vista o escopo deste trabalho acadêmico, vale dizer, prezando-se pela pertinência temática, haverá aprofundamento verdadeiro apenas no que se refere à segunda hipótese trazida pelo Código Civil (art. 1.641, II), ou seja, o regime legal incidente sobre as pessoas maiores de 70 anos. Contudo, forçoso elucidar quais são as demais hipóteses sobre as quais o regime, naquele ponto reputado inconstitucional, se

---

<sup>135</sup> 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 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.” (BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>136</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.337.

debruça.

Por isso, há que se dizer que existem três situações em que o regime legal atuará, quais sejam: 1) quando o matrimônio se realiza com violação das causas suspensivas contempladas no art. 1.523 da Codificação; 2) quando um dos nubentes conta com idade igual ou superior a 70 anos; 3) quando um dos noivos depende de autorização judicial para casar, seja pelo suprimento de idade ou de consentimento.

Ocorre que, conforme será exaustivamente comprovado em capítulos posteriores, o regime de separação legal, se não no todo, ao menos em parte – aqui em referência clara ao inciso II do citado art. 1.641 do *Codex*, que faz menção aos nubentes maiores de 70 anos –, é flagrantemente atentatório às garantias constitucionalmente expressas e aos princípios deflagrados na Constituição Cidadã de 1988.

Assim, Rolf Madaleno<sup>137</sup>, em suas sábias palavras, assevera:

manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens, porque pessoas se casaram sem observar as causas suspensivas da celebração do casamento (art.1.641, inciso I, do NCC) ou porque contavam com mais sessenta anos de idade (art. 1.641, inciso II do NCC), ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial (art. 1.641, inciso III do NCC), é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional, respeitantes à igualdade das pessoas, que não podem ser discriminadas em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Sobretudo – ele prossegue – porque atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana

### 3.2.2.1 A problemática da súmula 377 do STF e a incomunicabilidade dos bens do casal no regime de separação

Neste ponto, cumpre salientar que, conforme exposto, a determinação proposta no multicitado art. 1.641, do Código Civil de 2002 é deveras inconsistente, a ponto de a jurisprudência pátria pronunciar-se em resolução ao impasse. Assim, neste diapasão, foi editada, pelo Supremo Tribunal Federal, a Súmula 377, que em seu bojo preleciona: “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos

---

<sup>137</sup> MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.190-191.

na constância do casamento”<sup>138</sup>.

A partir da edição da súmula, entende-se que nos casamentos realizados sob a égide do regime de separação legal, os aquestos (aqueles bens adquiridos onerosamente na constância da relação matrimonial) se comunicam, tendo em vista o esforço em comum do casal para obtê-los.

Vale dizer, apesar da existência de vozes contrárias (a exemplo de Caio Mario da Silva Pereira, Pontes de Miranda e Orlando Gomes, justificando-se por via da não-reprodução, pelo novo Código, do art. 259<sup>139</sup> daquele anterior), está em consonância a maioria da doutrina contemporânea – Cristiano Chaves, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias, entre outros – e a mais abalizada jurisprudência<sup>140</sup>, que entendem pela presunção do esforço em comum para a construção do patrimônio dos consortes, dispensando, de todo modo, sua comprovação em vistas à comunhão dos aquestos.

O esforço em comum supra, imperioso ressaltar, não traz caráter imprescindível, no que tange à sua materialidade pecuniária. Ou seja, a própria coexistência afetiva e o apoio moral e psicológico prestado por um dos cônjuges ao outro é suficiente para determinar a necessária comunicação dos bens.

O intuito primeiro, neste caso, é evitar o locupletamento ilícito de um dos consortes às custas do outro. Para tanto, obrigar a comprovação pecuniária do esforço dos cônjuges seria inviabilizar, de todo modo, a mencionada Súmula 377.

Sobre o tema, Maria Berenice Dias<sup>141</sup>, sabiamente, em referência à própria justificativa do STF para a edição da Súmula, pondera:

O legislador limitou-se a reproduzir o dispositivo que havia no Código Civil anterior [refere-se ao art. 258 do CC/16 que previu a separação obrigatória], não atentando que a justiça já o havia alterado. A restrição a autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377. Assim é justificado o

<sup>138</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 25 mai. 2013.

<sup>139</sup> Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. (BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>140</sup> Vide: TJSP, AI 689.362-4/1-00, 1ª Câ. De Dir. Priv., rel. Des. Rui Cascardi, j. 2.2.2010; e STJ, Resp 736627/PR, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.4.2006

<sup>141</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.250-251.

seu enunciado: a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime de separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços.

Espelhando o teor da Súmula, dispõe o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido pelo Min. Paulo Furtado em Agravo de Instrumento n. 1119556/ PR<sup>142</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO E PARTILHA DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO ATACADA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REAVALIAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. PRONUNCIAMENTO SUFICIENTE DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A CONTROVÉRSIA. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPROVIMENTO. I - Não há que se falar em violação a dispositivos de lei federal quando todas as questões postas a debate foram analisadas e decididas pelo Tribunal a quo, ainda que de maneira contrária aos interesses da recorrente. II - Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no STJ, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da súmula 377/STF. III - Aplicam-se os verbetes sumulares n.º 7 e 83 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso reclama a análise de elementos fático-probatórios analisados ao longo da demanda, bem como na hipótese da decisão agravada se coadunar com a jurisprudência desta Corte. IV - O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. V - Agravo regimental improvido.

Entende-se que o fundamento da Súmula 377 é, em exata medida, o respeito aos valores personalíssimos, a proteção da pessoa humana envolvida no caso concreto. Desta maneira, preza-se ainda pelo afastamento da indevida ingerência estatal em âmbito privado.

Para tanto, conclusão imperiosa é a da inviabilidade atual do próprio artigo 1.641 do *Codex*, vez que a sua aplicação, por absurdo, tornou-se inviabilizada quando da edição da própria súmula, reafirmando uma espécie de comunhão parcial quando no regime de separação legal. Na palavras do mestre baiano Orlando Gomes<sup>143</sup>: “não faz mais sentido conservá-la [a separação legal], devendo[-se] considerá-la revogada por ser ociosa.”

Em derradeiro, cumpre asseverar que, por óbvio, a multicitada Súmula não se aplica aos regimes de separação absoluta (convencional). Do contrário, estar-se-ia

<sup>142</sup> STJ, AI 1.119.556, 3ª T. rel. Min. Paulo Furtado, j. 15.6.2010).

<sup>143</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.175-176.

incidindo em clara afronta à autonomia privada das partes que, voluntariamente, porque em seu âmbito de escolha, elegeram regime separatório para seus bens. Portanto, apenas cabível a Súmula 377 do Supremo – conhecida como “Súmula dos aquestos” – nas hipóteses de separação legal ou obrigatória, previstas no art. 1.641, do Código Civil de 2002.

Contudo, há que se dizer, a comunhão de bens em regime de separação convencional poderá ocorrer na hipótese de comprovada sociedade de fato em que ambos os cônjuges hajam concorrido para a construção de determinado patrimônio. Neste sentido:

A circunstancia de os cônjuges haverem pactuado, como regime de bens, o da separação não impede que se unam, em empreendimento estranho ao casamento. Isso ocorrendo, poderá caracterizar-se a sociedade de fato, admitindo-se sua dissolução, com a consequente partilha de bens. O que não se há de reconhecer é a existência de tal sociedade, apenas em virtude da vida em comum, com o atendimento dos deveres que decorram da existência do consórcio.<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 30.513-9/MG, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.4.1994. *In*: RT, 710/174. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&dt\\_publicacao=13/06/1994&num\\_registro=199200324770](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=13/06/1994&num_registro=199200324770)>. Acesso em: 1 mai. 2013.

## 4 DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

### 4.1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITUALIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO

Um dos temas que traz pertinência ao presente trabalho acadêmico, sendo, portanto, de forçosa exploração, é a autonomia privada no âmbito do direito privado moderno – mais especificamente, na seara familiarista. Valendo ressaltar a importância primeira das mudanças surgidas com o advento do novo Código Civil de 2002 e das transformações jurisprudenciais que se abateram sobre o próprio direito familiar.

É o que se vê a partir de posicionamentos encenados pelo Supremo Tribunal Federal quando da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>145</sup>, bem como da alteração constitucional e legal que permite o divórcio através de escritura pública, lavrada em cartório, se presente o consentimento mútuo dos cônjuges<sup>146</sup>.

Com efeito, o estudo da autonomia privada no âmbito do direito das famílias contemporâneo é uma tentativa de compreensão a respeito de qual seria a “competência” atribuída aos particulares para ditarem regras nesta seara, e de descobrir o grau de eficácia dos atos destinados à **autorregulamentação**.

Sobre este ponto, necessário suscitar um breve esboço histórico sobre a autonomia da vontade no Direito brasileiro, lembrando, para tanto, que, quando da vigência do Código Civil de 1916, a tutela da família ocorria com ênfase em seu aspecto externo, ou seja, a preocupação recaía sobre a própria entidade abstratamente considerada, não havendo nada que se falar sobre a proteção dos indivíduos componentes. Nesse contexto, a família era considerada “pertencente” ao Estado, e não como célula componente da sociedade. Consequentemente, o Estado detinha o poder sobre praticamente todo o regramento do Direito de Família, sendo, consequentemente, pouco ou quase inexistente o espaço reservado ao exercício da

---

<sup>145</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132

<sup>146</sup> Lei n. 11.411 de 2007.

liberdade dos membros da entidade familiar.

Como já esclarecido, a única entidade familiar reconhecida era a família matrimonializada, proveniente, portanto, do casamento – afastado qualquer reconhecimento às relações espúrias, adulterinas ou concubinárias, e, dentro dessa entidade, a estrutura se formava sobre bases patriarcais da autoridade do *pater familias*.

Conseqüentemente, num sistema heterocompositivo, alicerçado pela ideia de autoridade, não gozavam de espaço a liberdade, a autoregulação e, por conseguinte, a autonomia. Abundante, nesse contexto, a incidência de normas cogentes, em detrimento ao exercício da autonomia privada dos membros familiares, que só eram destinatários de certa liberdade quando da escolha do regime de bens.

No entanto, as transformações ocorridas no século XX, dentro das relações sociais – e aqui importa ressaltar a importância primeira do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), a emancipação feminina, mas fundamentalmente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 – foram responsáveis pela mudança de cenário.

Nesse ponto, com a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a autonomia privada perdeu sua conotação exclusivamente patrimonial e passou a ser aplicada, de maneira igualitária, às relações de direito extrapatrimonial – como ao Direito das Famílias.

A Constituição Federal, ao possibilitar que a família se forjasse em instituição democrática e horizontal, reduziu o espaço atribuído anteriormente à autoridade de um dos cônjuges. A preocupação maior, neste espeque, torna-se a felicidade pessoal de todos os membros da família, bem como a sua dignidade e realização de seus direitos de caráter fundamental. A família, portanto, não é mais uma entidade estatal, mas, sim, de contornos sociais, o que permite a ampliação dos limites e formas de exercício da autonomia privada como fonte reguladora de suas relações.

Sobre a temática, Débora Vanessa Caús Brandão<sup>147</sup> infere:

O homem volta a ser o núcleo, o centro, a razão, merecedor da plena tutela do Estado. Todo o ordenamento jurídico brasileiro repousa sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, que, além de fundamento, é um objetivo,

---

<sup>147</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Regime de bens no novo Código Civil. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Coleção Professor agostinho Alvim**. São Paulo: Saraiva. 2007. p.15.

uma meta a ser perseguida pelo país. No Estado contemporâneo, o individualismo não tem mais o lugar que tinha na antiga ordem jurídica brasileira.

Em seguimento, cabe referir-se aos conceitos de autonomia privada, bem como de sua distinção no tocante à autonomia da vontade, muito embora a confusão entre os institutos seja corrente ainda nos dias atuais.

Segundo a autora portuguesa Ana Prata<sup>148</sup>:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado com sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

Em nível nacional, contudo, Orlando Gomes<sup>149</sup> entende que:

[...] autonomia privada é a esfera de liberdade do indivíduo, na qual pode constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, auto-regulando seus interesses sem limitações outras que as decorrentes dos princípios dos bons costumes e da ordem pública e as normas dos bons costumes.

Vale ressaltar que ambos os conceitos trazem pontos em comum, quais sejam, o exercício da autonomia da vontade por pessoas, a possibilidade de criação de normas para a autorregulamentação de interesses privados e os limites que se impõem ao exercício desse poder de criação.

Além do que, é forçoso observar o cunho especialmente econômico que as conceituações impõem à autonomia privada. Sendo, neste espeque, necessário ratificar tal atuação, vez que, nos dias atuais, a autonomia privada envolve tanto os direitos de ordem patrimonial quanto aqueles extrapatrimoniais. Neste sentido, já em 1999, Giovanni Ettore Nanni<sup>150</sup> concluía que:

[...] a autonomia privada da pessoa humana não se limita às normas negociais patrimoniais que decorrem daquela, mas manifesta-se em diversos outros aspectos, sempre que não ocorra limitação de ordem legal no poder individual de regrar sua atividade.

Destarte, a autonomia privada, em verdade, nada mais é que a possibilidade conferida às pessoas, pelo ordenamento jurídico, de estabelecer relações jurídicas cujo conteúdo e efeitos são por ele reconhecidos e tutelados, bem como de auto regular suas ações, desde que dentro dos limites da validade e legalidade<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina. 1982. p.11.

<sup>149</sup> Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 9, p.258-9

<sup>150</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgão e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos I de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. n. 2. p.264.

<sup>151</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. *In*: LOTUFO, Renan

Deste modo, assevera-se que:

Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito, este torna-se apto a estabelecer 'mini-ordenamentos jurídicos' para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas de seu dia-a-dia.<sup>152</sup>

Deve-se elucidar, contudo, que a autonomia privada pode ser entendida em seu sentido lato ou estrito e, assim, no primeiro refere-se àquele espaço de liberdade facultado a cada um dentro da ordem jurídica; no segundo, ao poder atribuído à pessoa para entrar em relações privadas e escolher a maneira de criação de normas nesses situações<sup>153</sup>.

Em consonância, Francisco Amaral<sup>154</sup> informa que a autonomia privada pode ser compreendida sob os seguintes aspectos: 1) como poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas privadas; 2) como princípio informador do sistema, isto é, como princípio aberto que reflete ideia diretriz ou justificadora da configuração do funcionamento do próprio sistema jurídico; 3) como cânone interpretativo, porquanto aponte razões para o caminho a ser seguido na pesquisa do sentido e no alcance da norma jurídica; 4) como concretização do princípio da dignidade humana, que determina que cada um escolha seu destino em busca da felicidade e seja responsável por suas escolhas.

Vale suscitar que, no ordenamento jurídico português, inexistente previsão constitucional expressa e específica sobre a autonomia privada como fundamento constitucional. Por isso a já citada autora Ana Prata<sup>155</sup>, quando da análise do referido ordenamento, rejeita a possibilidade de concepção da tutela constitucional à autonomia privada como garantia direta, autônoma e global, afastando, portanto, a liberdade negocial em seu aspecto intrínseco e prioritário da liberdade humana e jurídica, já que "o conceito constitucional de liberdade não supõe nem admite uma indiscriminada liberdade jurídico-econômica.

---

(Coord.). **Coleção Professor agostinho Alvim**. São Paulo: Saraiva. 2007. p.15

<sup>152</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva. 2009. p.47.

<sup>153</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2. ed., 2000. Tomo I, p.217.

<sup>154</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2006. p.345.

<sup>155</sup> PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p.56.

Em outro giro, Enzo Roppo<sup>156</sup>, ao se referir ao sistema jurídico italiano, entende que a liberdade contratual é o instrumento para o exercício de outros direitos, como os de iniciativa econômica e o de propriedade, possuindo, no plano constitucional, garantia apenas indireta. Neste esboço, referido autor conclui que a legitimidade constitucional de qualquer prescrição normativa que limite a autonomia privada fica subordinada ao fato de as limitações deverem buscar os fins sociais, sujeitando-se ao princípio da reserva legal.

Há que se dizer, desta maneira, que na Alemanha e em Portugal, em explanação genérica, a autonomia da vontade tende a reconduzir a autonomia privada ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, dotando-a da mais forte das garantias constitucionais. A Lei Fundamental alemã, portanto, consagra o livre desenvolvimento da personalidade, que positiva tanto a proteção da intimidade quanto o reconhecimento e a preservação da autonomia privada<sup>157</sup>.

No âmbito nacional, a tutela constitucional da autonomia privada pode ser diretamente deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque a liberdade dada ao indivíduo é indispensável à tomada de decisões responsáveis e torna-se requisito cogente da própria possibilidade de decidir.

Por fim, em breve síntese, imperioso referir-se à distinção havida entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, muito embora estas expressões, frequentemente, ainda nos dias atuais, sejam utilizadas como sinônimos em referência a uma situação em comum. Ocorre que não se perfaz coerente tal confusão, enquanto que a teoria da vontade há tempos foi superada pela teoria da autonomia privada.

Há que se perquirir que a autonomia da vontade é fruto do contexto histórico do século XIX – momento em que se consolidou o poder político da burguesia por meio da implementação do Estado Liberal e da afirmação de valores patrimonialistas –, estando, por isso, intimamente associada a uma concepção individualista, egoísta e excessivamente privatística do Direito Civil. Nesse contexto, a mera expressão da vontade seria o bastante para a constituição de negócio jurídico independente da ordem jurídica em que se inseriria. Ou seja, a autonomia da vontade era uma fonte

---

<sup>156</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p.298.

<sup>157</sup> COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6119](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6119)>. Acesso em: 5 de abril de 2013

de direitos.

Entrementes, a teoria da autonomia privada rompeu o paradigma estatuído pela autonomia da vontade, no sentido de negar a constituição negocial pela simples declaração da vontade. Ao contrário, é preciso análise mais profunda, no intuito de comprovar a conformidade de tal vontade ao ordenamento jurídico, aos requisitos de validade impostos, a exemplo da capacidade e legitimidade dos sujeitos; e da forma e do conteúdo da avença.

Vale dizer que essa mudança de paradigma só se concretizou quando da mudança de funções exercidas pelo Estado, deixando de se portar como mero espectador das atividades privadas (Estado Liberal) para se tornar um ente que intervém no âmbito particular dos cidadãos, tutelando-os, inicialmente como Estado social e, hoje, como Estado Democrático de Direito.

Assim, Janice Silveira Borges<sup>158</sup> informa que a autonomia da vontade “é uma visão essencialmente liberal, que não faz mais sentido em face de um novo modelo estatal, o democrático de direito”. Por outro lado, a autonomia privada “é considerada como o livre exercício e desenvolvimento da pessoa, nos termos da sociedade e intersubjetividade, conforme o ordenamento jurídico”.

Conclui-se, em via final, que a autonomia privada, no direito brasileiro, entende-se como aquela autorização concedida pelo Estado ao particular para que este possa gerir e administrar sua vida íntima da forma que lhe convier, tendo em vista que o próprio Estado fixará ações com relação ao seu conteúdo, com seus efeitos e suas conseqüências jurídicas, pois, de antemão, o ordenamento reconhece e protege tais ações.

#### 4.2 CONTEÚDO E LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Conforme por vezes elucidado ao longo deste trabalho acadêmico, a doutrina contemporânea e a realidade social têm constantemente afirmado que as preocupações com a dignidade da pessoa humana, consagrada nos preceitos da Constituição Cidadã de 1988, e as transformações ocorridas nos últimos anos têm

---

<sup>158</sup> BORGES, Janice Silveira. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: IOB, 2007, p.94-95.

provocado uma despatrimonialização, com aumento contínuo do enfoque no tratamento da pessoa enquanto ser humano individual, conseqüentemente ampliando o campo de atuação da autonomia privada – agora, curvando-se também sobre o Direito das Famílias<sup>159</sup>.

O objetivo aqui, portanto, é comprovar a admissibilidade, as possibilidades jurídicas e, até mesmo, a obrigatoriedade (por que não?), em determinados casos, da aplicação da autonomia privada na área do Direito das Famílias, tendo em vista as modificações que sobre ele se abateu ao longo das últimas décadas.

Para isso cabe elucidar o conceito de Direito de Família, que Maria Helena Diniz<sup>160</sup> afirma ser:

[...] o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

Neste sentido, trata-se, portanto, de ramo do direito civil regido, em grande parte, por normas cogentes que possuem o objetivo de impedir abusos cometidos pelos particulares, escusando-se em interesses individualistas (baseados na autonomia da vontade) que põem em risco o equilíbrio da família e, via de regra, a harmonia social. Não se aplica, aqui, a situação de retirada do Direito das Famílias do âmbito de abrangência do Direito Privado. Contudo, ocorre, neste ponto, uma postura mais intervencionista por parte do Estado no sentido de coibir violações a preceitos de ordem pública, dada a nítida função social aplicável à entidade familiar contemporânea.

Entretanto, conclusão lógica que esse dirigismo estatal, no que se refere à seara familiarista, não pode e não deve ter caráter extremado a ponto de gerar a usurpação total do poder dos indivíduos, enquanto sujeito de direitos, de decisão acerca de seus interesses – mesmo porque tais relações (do Direito de Família) dão-se em contexto eminentemente privado.

Tal direito de exercício da autonomia privada no âmbito das relações de família encontra-se inserto na Carta Magna, e o fenômeno da constitucionalização do

---

<sup>159</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>160</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.3-4.

Direito das Famílias acaba por abrir espaço amplo ao indivíduo e às suas escolhas. É um espaço onde não há lugar para a intervenção estatal desmedida. Corroborando Rodrigo da Cunha Pereira<sup>161</sup>:

Ficou muito claro que a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Ao garantir ao indivíduo a liberdade, através do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é o que deve interessar ao Estado.

A partir desta concepção, tornou-se possível então o reconhecimento da união estável como entidade familiar, ou, mais recentemente, da própria união estabelecida entre indivíduos do mesmo sexo – comumente chamada de união homoafetivas; e possibilitou também a ocorrência dos divórcios consensuais de maneira mais célere, em cartório e sem a necessidade do crivo jurisdicional<sup>162</sup>. Tudo isso porque o Estado permitiu-se reconhecer, como marca primeira da entidade familiar, o *affectio familiae* (afeto).

Não resta dúvidas, neste esteio, de que o afeto é o principal fundamento estruturante das relações familiares, de forma que se esse elemento estiver presente, teremos a liberdade de formação da família. Porém, caso ausente, também corresponderá a isto a liberdade de sua extinção. Ainda que o afeto, neste sentido, não conste como direito fundamental de maneira expressa, ele decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana. É do afeto, pois, que decorre a autorização do exercício da autonomia privada.

Por isso, o já mencionado autor Rodrigo da Cunha Pereira<sup>163</sup> completa:

A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade (leia-se autonomia privada), principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade.

Corroborando Leonardo Barreto Moreira Alves dispõe que

[...] o reconhecimento do afeto tem o condão de definitivamente permitir o exercício da autonomia privada por parte dos componentes da família. É preciso que cada indivíduo, no seu âmbito familiar, tenha liberdade para realizar a sua própria dignidade como melhor lhe aprouver, sob pena de

---

<sup>161</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.158.

<sup>162</sup> Lei n. 11.441 de 2007.

<sup>163</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.182.

frustração do seu projeto pessoal de felicidade.<sup>164</sup>

Em seguida, Tartuce<sup>165</sup> finaliza:

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.

Não obstante, forçoso elucidar que a autonomia privada sofre limitações de ordem pública, protagonizadas, dentre outros, pelos bons costumes, vícios de consentimento, pela boa-fé, pelos princípios da confiança e da função social. Contudo, as limitações impostas pelo Estado ao exercício da autonomia privada não devem fazer perder de vista o essencial, pois na grande maioria das vezes referida autonomia torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhe são impostos; de outro modo, poder-se-ia passar despercebida em meio à massa informe de um jogo desregrado.

Deste modo, há que se dizer que a autonomia privada, em verdade, enriquece-se com novas manifestações, quando contraditada. Bem como, por óbvio, se associa à ideia de autorresponsabilidade atribuída ao exercitador da própria autonomia individual.

Em assim sendo, impossível se cogitar sociedade de feições modernas – governada e regida por um Estado Democrático de Direito, protetor primário da Dignidade da pessoa humana – em que a autonomia privada, no Direito das Famílias, encontre-se em posição desprivilegiada. Assim, em realidade, numa sociedade democrática, não há como existir dignidade da pessoa humana sem a presença da autonomia privada no bojo da regulamentação à entidade familiar, vez que a família é espaço de afetividade, da busca da felicidade – em resumo, da liberdade de escolha.

Embasada nessa ideia, começa a ganhar contornos a flagrante inconstitucionalidade que assola o regime de separação legal aplicável ao indivíduo maior de 70 anos. Isto porque, em vista dos argumentos suscitados e do balizamento ao atual contexto social – de proteção do indivíduo em si mesmo, e não mais do próprio instituto em que se conformava a família –, bem como pela necessária aplicação da autonomia

---

<sup>164</sup> MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.139.

<sup>165</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochard; RIBEIRO, LEITE, Gustavo (Coords). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p.45.

privada no âmbito do Direito das Famílias, é mais do que evidente a incompatibilidade entre regramento (art. 1641, II do Código Civil) que traga arraigado em seu bojo a supressão da liberdade e da expressão da vontade do indivíduo em seu âmbito de atuação privado e uma Constituição de feições cidadã, que preze em primeira e última instância pela dignidade da pessoa humana.

## 5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL PARA OS MAIORES DE 70 ANOS

### 5.1 O MAIOR DE 70 ANOS

Numa primária análise do ponto de vista histórico, percebe-se a flagrante inversão de papéis que se abateu sobre o idoso no âmbito social. Tal afirmativa se justifica no desprestígio que assola a maior idade, no atual cenário social. Isto porque a força de trabalho, a capacidade de produção e circulação de riquezas são, numa sociedade capitalista, a norma primária, exigência elementar do indivíduo. Deste modo, para aqueles cujas capacidades tais encontram-se reduzidas, reduzidos também se tornarão seus papéis de destaque no seio social.

Neste esteio, Maria Berenice Dias afirma que “a palavra *idoso* parece ter conotação pejorativa. É ainda cercada de um certo desprestígio e dispõe de conteúdo quase ofensivo”<sup>166</sup>. É notável, portanto, a sobreposição da feição econômica sobre a social, de modos que a prática milenar de veneração ao ancião transformou-se em obsoleta.

O objetivo principal do Estado, durante muitos anos, foi a produção, a movimentação econômica, a geração de riquezas. Neste cenário não se encaixaria, por óbvio, o indivíduo senil que, acreditando-se não mais ser colaborador ativo para o setor, apresentava capacidades reduzidas para cooperar no alcance daquele objetivo social principal. Por isso, a discriminação ao idoso se tornou constante, consequência da visão instituída sobre este como um peso, um encargo social, um gasto repartido entre os demais cidadãos.

De maneira lamentável, há que se admitir que, no tocante à situação da terceira idade, o Poder Estatal é constantemente regido e guiado pela visão única e exclusiva dos gastos advindos da manutenção das necessidades do indivíduo idoso. Não há discussões saudáveis nem necessárias a respeito da implementação de políticas direcionadas ao provimento de melhores condições de vida e dignidade daquelas pessoas que encontram-se no ápice de suas vivências.

---

<sup>166</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p.468.

Forçoso concluir, portanto, conforme assevera Márcia Mendes<sup>167</sup>, que parece ter a sociedade esquecido que envelhecer é um processo natural, que a todos acometerá. É uma etapa da vida humana, e dá-se por meio de diversas mudanças de ordens físicas, psicológicas e sociais, que se abatem de maneira particularizada sobre cada indivíduo. É, assim, uma fase em que, ponderando sobre a própria existência, o indivíduo senil conclui que alcançou muitos objetivos, mas também sofreu muitas perdas, ao longo de sua caminhada.

É com pesar que se diz haver poucos avanços na concretização das proteções e prerrogativas que devem ser dirigidas aos idosos. As inovações que sufocantemente são alcançadas no mundo jurídico advêm, em sua grande maioria, da pressão social dramatizada pelas organizações e entidades não governamentais e pelas comissões de direitos humanos que se empenham na conquista e preservação dos direitos das minorias.

Foi em virtude desses citados e exaustivos esforços que submergiu o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, em 1º de outubro de 2003. O diploma da maior idade tem o objetivo claro de garantir a proteção do indivíduo senil e afastar qualquer forma de discriminação contra ele em razão de sua idade mais avançada. Em consonância, afirma Guilherme da Gama<sup>168</sup>: “a Constituição – que se quer cidadã, democrática e igualitária –, de modo diverso, cede discriminação em razão da idade, bem como lhe confere **especial proteção.**”

No intuito de cumprir o desígnios constitucionalmente exigidos, o Estatuto do Idoso, ao longo dos seus 118 artigos, se propõe a assegurar uma gama de prerrogativas e direitos às pessoas maiores de 60 anos, então consideradas idosas. Aqueles maiores de 65 anos merecem atenção ainda mais apurada no referido diploma. Assim, é mandatório dizer que, em virtude do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, as regras contidas em referida lei possuem aplicação imediata, haja vista os direitos e garantias fundamentais insertos em seu bojo.

Sobre o tema, Renata Costa<sup>169</sup> afirma que o Estatuto assegura a seus protegidos

---

<sup>167</sup> MENDES, Márcia R.S.S. Barbosa et al. **A situação social do idoso no Brasil**: uma breve consideração. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>168</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.127.

<sup>169</sup> COSTA, Renata Pereira Carvalho. **A inconstitucionalidade material da imposição do regime**

“todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Em linha paralela, Maria Berenice Dias<sup>170</sup> discorre: “O Estatuto se constitui em um microssistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado. Deve ser considerado como um verdadeiro divisor de águas na proteção ao idoso”.

Embora seja de compreensão lógica, o Estatuto dos Idosos fez questão de salientar em seu art. 8º que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”. A partir disso, conclui-se que a proteção ao envelhecimento, enquanto direito social, constitui<sup>171</sup>:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício real da liberdade.

Assim, através da conceituação acima exposta, compreende-se que o Estado é o principal responsável pela implantação dos programas e políticas públicas que garantirão melhores condições de vida aos idosos. Neste sentido, o art. 9º do referido diploma prescreve que “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.”. Bem como, em seguida, no art. 10º, dispõe: “é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”.

Neste espeque, observa-se que é determinação legal a adoção das políticas de amparo aos mais velhos, sendo também imperativo que tais programas sejam executados, preferencialmente, em seus lares. Essa imposição nada mais é que nova tentativa do Estado de desonerar-se do seu dever de proteger seus cidadãos.

---

**da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12908&p=6>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

<sup>170</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p.469.

<sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p.286-287.

Em crítica aguçada, Alice Birchal<sup>172</sup> informa que outra não poderia ser a posição estatal, vez que o lastimável sistema previdenciário, injusto e desestruturado, não permite o encontro de solução diferenciada, senão o repasse à família e à sociedade do dever de cuidado do idoso.

Desta maneira, faz-se óbvia a tentativa de efetivação, através das medidas estatais, dos direitos fundamentais do homem, entendido estes como prerrogativas jurídicas essenciais a realização, ao convívio e a sobrevivência da pessoa humana. Ocorre que a concretização de tais direitos não se traduz em fácil pretensão.

O que se depreende da observação das estatísticas da população idosa em âmbito nacional e mundial é seu significativo crescimento. Segundo pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>173</sup>, “no período de 2001 a 2011, o crescimento do número de idosos de 60 anos ou mais de idade, em termos absolutos, é marcante: passou de 15,5 milhões de pessoas para 23,5 milhões de pessoas”. Dispõe ainda que:

A participação relativa deste grupo na estrutura etária populacional aumentou de 9,0% para 12,1% no período. A participação do grupo com 80 anos ou mais de idade chegou a 1,7% da população em 2011, correspondendo a pouco mais de 3 milhões de indivíduos.

Portanto, evidente se mostra a necessidade impostergável de planejamento pelo Governo, no intuito de compatibilizar as políticas públicas à realidade social constatada. Sobretudo pela observação de que, segundo dados do referido instituto de pesquisa (IBGE), atualmente a expectativa de vida dos brasileiros é de 74,08 anos de idade<sup>174</sup>.

Sobre o tema, a Síntese de Indicadores Sociais<sup>175</sup>, divulgados pelo IBGE no ano de 2012, corrobora:

O envelhecimento da população, caracterizado pelo aumento da proporção de idosos em relação à população total, é um fenômeno já bastante evidente em países desenvolvidos. Como esse fenômeno ocorre de forma

---

<sup>172</sup> BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética família e novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. p.54.

<sup>173</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira – 2012. **Estudos & Pesquisas**: Informação demográfica e socioeconômica. Nº 29. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\_Sociais/Sintese\_de\_Indicadores\_Sociais\_2012/SIS\_2012.pdf>.

Acesso em: 25 mai. 2013.

<sup>174</sup> *Ibidem*, *loc.cit.* Acesso em: 25 mai. 2013.

<sup>175</sup> *Ibidem*, *loc.cit.* Acesso em: 25 mai. 2013.

acelerada no Brasil, rapidamente ganha importância na agenda de políticas sociais. As questões que emergem com o envelhecimento populacional estão relacionadas ao mercado de trabalho, à previdência social, bem como ao sistema de saúde e de assistência social dos idosos.

O próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, na mesma divulgação de pesquisa acima citada, ainda faz questão de declarar:

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

Tais conclusões não devem ser entendidas como maneira de justificar o peso social que recai sobre o idoso na sociedade atual. Os mais velhos devem ser enxergados, antes de mais nada, como fonte primária de experiência, capazes de mostrarem aos mais jovens aqueles erros que devem ser evitados e, em via transversa, os caminhos que devem ser seguidos em busca da realização. Indivíduos alcançadores da maior idade são – como qualquer outra pessoa recém-nascida, jovem ou adulta – seres humanos destinatários de todos os direitos e garantias fundamentais, bem como merecedores das proteções do Estado, no intuito claro de efetivação das condições mínimas de dignidade. Não só isso, gozam também de garantias especiais, vez que reclamam, ainda, a tutela de direitos pertinentes à idade atingida. Neste sentido determina Paulo Roberto Barbosa Ramos<sup>176</sup>:

(...) os idosos são sujeitos de direitos, não somente individualmente, mas coletivamente. O fato de as pessoas irem envelhecendo não lhes retira, em hipótese alguma, a sua dignidade, porquanto continuam sendo seres humanos portadores dos mesmos direitos imprescritíveis e inalienáveis dos quais são sujeitos todas as criaturas de semblante humano. Dessa forma, nenhuma sociedade pode ignorá-los, deixando de desenvolver políticas públicas voltadas a atender às suas necessidades; necessidades essas facilmente averiguáveis a partir do simples conhecimento da realidade desse segmento em cada sociedade.

O que se deduz, portanto, a partir dos dados apontados e das explicações feitas é que, por um conjunto de fatores – a exemplo do aumento da população de idosos e da expectativa de vida e melhoramento gradativo da condição do maior de 60 anos dentro da sociedade –, não se aplica mais a ideia de que o idoso é apenas indivíduo que requer cuidados em tempo integral, necessitando de ajuda e dedicação. Ao

---

<sup>176</sup> RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A proteção constitucional da pessoa idosa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos tribunais, n.º 45, p.156-174, out. – dez. 2003. p.163.

contrário, o indivíduo senil mostra-se, a cada dia, mais ativo na vida social, no mercado de trabalho e dentro da própria entidade familiar de que faz parte. Neste sentido, o IBGE divulgou pesquisa comprovando que:

Quando se mensura a inserção no mercado de trabalho para o grupo dos idosos, percebe-se que a taxa de ocupação foi de 27,0% para as pessoas de 60 anos ou mais de idade” e, ainda, que atuam estes “com rendimento médio de todos os trabalhos de R\$ 1.613,67 e 35,2 horas semanais de trabalho, em média.<sup>177</sup>

Portanto, nada mais comum, hodiernamente, do que deparar-se com pessoas idosas que diariamente exercem atividade laboral, exercitam-se nas academias, fazem compras em supermercados e shoppings, participam de encontros sociais, renovam a licença para direção de veículos automotores, entre outras atividades naturais do dia-a-dia de qualquer ser humano capaz, independentemente de sua idade. Forçoso se depreender, portanto, que o idoso possui, nos dias atuais, plena capacidade de reger suas vidas de maneira independente, sem a necessidade constante de que um terceiro lhe faça as vezes.

Com efeito, é a partir das conclusões acima esposadas – demonstrando mais completa capacidade, discernimento e autonomia do indivíduo na maior idade – que torna-se mandatória a pretensão de expurgar do ordenamento jurídico qualquer regra, prática ou conduta cotidiana que atente a tal constatação, inspirando a atos discriminatórios e favorecedores do cometimento de injustiças.

É neste espeque que a Carta Magna, em seu artigo 3º, eleva a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação, inclusive aquela decorrente da idade do indivíduo, ao grau de objetivo da República Federativa do Brasil, no intuito claro de efetivar à razão fundante do Estado Democrático de Direito, qual seja a Dignidade da Pessoa Humana.

Triste é, contudo, a forçosa afirmação sobre a inércia que se abate sobre os dispositivos anteriormente citados. Que, embora de conteúdo aplaudível, restam desprovidos de quaisquer efeitos práticos, vez que o próprio ordenamento jurídico encontra-se eivado de normas instituidoras de gritantes e injustificáveis discriminações, violando, de maneira frontal, a razão, já exposta, do próprio Estado Democrático Brasileiro. Exemplo claro se perfaz no dispositivo constante do Código Civil Brasileiro de 2002, art. 1641, II, contaminado de evidente inconstitucionalidade,

---

<sup>177</sup> *Ibidem, loc.cit.* Acesso em: 25 mai. 2013.

alvo central deste trabalho acadêmico, à frente detalhado.

## 5.2 O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL APLICÁVEL AO MAIOR DE 70 ANOS: ORIGEM, HISTÓRICO E NOÇÕES GERAIS

Remontando-se ao ponto das origens, há que se dizer que a gênese da norma legal brasileira que determina a obrigatoriedade do regime de separação de bens para os indivíduos maiores e 70 anos – atualmente disposta no art. 1641, II do Código Civil de 2002 – encontra-se em período histórico de quase um século atrás.

Neste diapasão, a primeira aparição da referida restrição da liberdade dos indivíduos senis, no tocante ao regime de bens aplicável ao matrimônio eventualmente contraído, consta do Código Civil de 1916. No artigo 258<sup>178</sup> do referido *Codex* encontrava-se disposta a obrigatoriedade da separação de bens para o homem maior de 60 (sessenta) anos e a mulher maior de 50 (cinquenta) anos.

A determinação, segundo o próprio autor do anteprojeto do mencionado diploma legal, Clóvis Beviláqua<sup>179</sup>, possuía o escopo original de proteger o patrimônio pertencente a pessoas de idade avançada. Havia, nesse contexto, tentativa considerável de afastar o infortúnio convencionalmente chamado de “golpe do baú”.

Deste modo, dissertou:

Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão. Também não podem, como, em geral, todos aqueles a quem a lei impõe o regime da separação, fazer doações *inter-vivos*, um ao outro. É essa uma proposição que dispensa qualquer esclarecimento. É uma inferência que se impõe.

Ocorre que, muito embora durante grande parte do século passado esta orientação

<sup>178</sup> Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>179</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. São Paulo: Francisco Alves. 4. ed., 1933, v. II, p.169.

tenha sido vetor principal no tocante ao regime compulsório, a sua conjugação com outras disposições normativas – a exemplo do art. 259<sup>180</sup> do mesmo diploma legal –, possibilitou berço propício ao surgimento de novos posicionamentos e crescentes questionamentos a respeito da possibilidade de comunicação entre os bens adquiridos quando da constância do enlace conjugal pelo esforço em comum dos nubentes. O referido debate, acabou por conjugar-se, em 1965, na edição da Súmula n. 377<sup>181</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, determinando a comunicação daqueles bens adquiridos quando já ocorrido e enquanto perdurando o matrimônio.

Neste diapasão, alicerçado pelos dizeres da citada súmula, conjuntamente a posterior edição da Lei do Divórcio em 1977<sup>182</sup> - mais especificamente, em pertinência ao tema, seu art. 45<sup>183</sup> –, resta evidente que o regime de separação compulsória tornou-se verdadeira faceta informe do regime da comunhão parcial. Concordando, Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>184</sup> afirma que:

Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão de aquestos, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento.

Contudo, novos embates surgem, desta vez, direcionados a dirimir a dúvida quanto à exigência ou não da comprovação do “esforço em comum” dos nubentes para que a comunicabilidade dos bens fosse aplicável – conquanto parte da doutrina fosse adepta à presunção absoluta da colaboração mútua do casal para a conformação do patrimônio.

Apoiando aqueles adeptos à imprescindível comprovação do esforço mútuo para

---

<sup>180</sup> Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. (BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013)

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 25 mai 2013.

<sup>182</sup> Lei n. 6.515/77

<sup>183</sup> Art. 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil (BRASIL. **Lei Nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF, 26 dez. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>184</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI / Paulo Luiz Netto Lôbo; Alvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p.243.

que se aplique titularidade em comum do bem, Fabrício Zamproga Mattiello<sup>185</sup> afirma:

Ainda que obrigatório o regime de separação de bens, pode o cônjuge postular participação dominial em determinado item patrimonial adquirido durante a constância do casamento, desde que prove de maneira inequívoca ter contribuído economicamente para a aquisição.

De outra via, o já mencionado autor Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>186</sup> infere:

A presunção de comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível se se tratasse de sociedade de fato. Portanto, a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos.

Deste jeito ou outro, a verdade é que se abateu sobre o instituto da separação legal uma verdadeira perda de sentido, de maneira tal que o próprio mestre Orlando Gomes<sup>187</sup> – autor do anteprojeto do Código Civil de 1963 –, após a edição da já mencionada Lei do Divórcio de 1977, concluiu que, em consonância ao convertimento do regime de comunhão parcial à posição de regime legal supletivo, a separação obrigatória, na forma como disposta, carecia de sentido jurídico e aplicabilidade social. Por assim ser, dever-se-ia tê-la por revogada. Em suas próprias palavras:

Substituído por lei o regime legal pelo da comunhão parcial que exclui da comunhão os bens trazidos pelos cônjuges, cessa a razão de ser da imposição do regime de separação [...]. Não faz sentido conservá-la, devendo-se considera-la revogada por ser ociosa em face da mudança do regime legal [...]. Nem poderia ser d'outro modo num país em que os tribunais reconhecem à companheira participação nos bens adquiridos durante o concubinato. Justo não seria que a mulher do maior de sessenta anos se recusasse à comunicação dos bens adquiridos, a título oneroso na constância do casamento, presumida a sua cooperação.<sup>188</sup>

Ulteriormente, quando promulgada a Constituição Cidadã de 1988, novos questionamentos vieram igualmente à tona, desta vez elevados em vista do princípio da isonomia – constitucionalmente expresso no art. 5º, *caput* –, e do reconhecimento e da positivação da união estável enquanto fonte da entidade familiar<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> MATTIELO, Fabrício Zamproga. **Código Civil Comentado**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: LTr, 3. ed., 2007, p.1072.

<sup>186</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI / Paulo Luiz Netto Lôbo; Alvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p.243.

<sup>187</sup> GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense. 7. ed. 1987.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p.167-168.

<sup>189</sup> 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. **Constituição**

Neste espeque, o completo descompasso normativo que recaía sobre o art. 258 do Código Civil de 1916 era evidente, por um lado, no que tange ao tratamento desigual oferecido aos seus destinatários, vez que fere de morte a Constituição Federal em seu art. 5º, *caput* e inciso I<sup>190</sup>, ao determinar disposição discriminatória, senão pela faixa etária, pela diferenciação descabida em relação ao gênero.

De outro lado, a união estável, por não possuir tais regulamentações – atribuídas ao casamento –, mas tão somente prever a aplicação do regime supletivo de bens, consubstanciava-se em alternativa mais vantajosa aos nubentes senis, vez que não trazia em seu bojo qualquer tipo de limitação ou discriminação em relação ao regime de bens aplicável aos anciões quando da tentativa de conformação de entidade familiar.

Esta contradição, inclusive, vai de encontro aos preceitos do próprio ordenamento familiar, já que o reconhecimento da união estável possuía a pretensão de incentivar a celebração do próprio casamento – e não o contrário –, ao oferecer este, em tese, mais proteções e garantias aos indivíduos desejosos da formação familiar.

Nesta contenda, quando da elaboração e do trâmite do projeto do novo Código Civil, posteriormente editado em 2002, sabe-se que o texto originário – mantido inicialmente pela Câmara dos Deputados, subscrito no artigo 1.641 – contava com a seguinte redação: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem comunhão de aquestos: (...) II – do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos”. Contudo, acertadamente o Senado Federal emendou-o a fim de ajustá-lo aos ditames do mencionado art. 5º, I, da Constituição Federal. Desta maneira, igualou-se, de logo, o critério de idade entre homem e mulher.

Por outro lado, outra emenda foi realizada já na fase final de tramitação do projeto perante a Câmara dos Deputados. Esta, por sua vez, prestou-se à alteração do *caput* do citado artigo 1.641, no intuito de suprimir sua parte final (“sem a comunhão

---

**da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2013)

<sup>190</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013)

dos aquestos”), o que se justifica porque:

Em se tratando de regime de separação de bens, os aquestos provenientes do esforço em comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).<sup>191</sup>

Em acertada consonância ao tema, Washington de Barros Monteiro<sup>192</sup> ratifica que “não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles [cônjuge], desde que representem trabalho e economia de ambos.”

No tocante à tentativa de justificar a manutenção do dispositivo na nova codificação, o senador Josaphat Marinho, pugnando por sua permanência, contudo, não mais embasava-se na proteção contra casamentos por interesse ou pelo espírito eminentemente patrimonialista que vigorava no *Codex* de 1916, mas, sim, por se tratar de “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”<sup>193</sup>. No entanto, essa justificativa apenas traz à baila o viés sucessório presente naquela norma, no que tange ao interesse dos herdeiros do nubente senil cujo patrimônio não seja fracionado na abertura da sucessão se, por ventura, ocorrido o evento morte.

Em contrapartida, há que se ressaltar, ao menos, o nivelamento de idades ocorrido no texto final do art. 1.641, no tocante ao gênero do nubente senil, inserido por respeito à isonomia – tutelada em âmbito constitucional. Muito embora ainda permaneça a disposição legal em completo desnível à parte geral do próprio Código Civil de 2002, porque ao estabelecer tratamento desigual em face da idade, vai de encontro aos seus artigos 3º e 4º, que não estabelecem a idade avançada como causa de supressão (referindo-se ao absolutamente incapaz) ou diminuição (referindo-se ao relativamente incapaz) da capacidade civil – tentativa que parece se esforçar para encenar o art. 1.641.

Posteriormente, a edição da Lei n. 10.741/03, o Estatuto do Idoso, também não acarretou grandes mudanças no cenário observado, muito embora tenha contribuído, ao determinar as garantias e tutelas dirigidas àquele que atingiu a maior

<sup>191</sup> ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado; MALUF, Carlos Alberto Dabus; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Código Civil comentado**. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord.). São Paulo: Saraiva. 6. ed., 2008, p.1791.

<sup>192</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 38. ed. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p.219-220.

<sup>193</sup> ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado; MALUF, Carlos Alberto Dabus; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op.cit.*, p.1791.

idade (maior de 60 anos), para o crescimento daquela parcela doutrinária que se posiciona de maneira contrária à discriminação injustificada e gritante do artigo em análise.

Não obstante, a Lei n. 12.344/2010, alicerçada pelo comprovado aumento da expectativa de vida da população nacional, teve o condão apenas de esticar a limitação imposta, agora aplicável aos maiores de 70 (setenta) anos.

Em via final, cabe divulgar a existência de duas proposições nas Casas Legislativas que possuem o escopo primordial da revogação do inciso II do art. 1.641 do *Codex*, embora encontrem-se ambas arquivadas. Correspondem aos Projetos de Lei do Senado n. 209/2006 e 604/2007, o primeiro em tentativa única de revogação do mencionado artigo; o segundo, mais abrangente, propõe-se à criação de um Estatuto das Famílias, que retiraria a disciplina jurídico-familiar de dentro do próprio Código Civil.

### 5.3 ARGUMENTOS EM FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. 1641 DO NOVO CODEX: A PROTEÇÃO CONTRA O “GOLPE DO BAÚ” E AOS BENS DA PROLE (O PATRIMÔNIO DA FAMÍLIA)

A justificativa principal que alicerça a origem e a manutenção do art. 1641, II do Código Civil de 2002, determinando a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória para os indivíduos maiores de 70 anos, está intimamente, e de maneira indissociável, ligada à proteção desses indivíduos contra o famoso “golpe do baú”.

Desde a sua gênese, os precursores da defesa da aplicação do regime acenam para a necessidade de manter em esfera protetiva aqueles cidadãos ou aquelas cidadãs que encontram-se em situação de fragilidade ou insertos numa espécie de “grupo de risco”, mais suscetível à investida dos “golpistas”.

Desta maneira, quando da edição da codificação civil de 1916, positivando a referida norma restritiva de direitos – em seu art. 258, II –, havia o entendimento – diga-se, machista e patriarcalista – de que o envolvimento entre mulheres mais novas e homens mais velhos – dentro da visão antiquada daquele momento histórico – devia-se somente aos atributos físicos das mulheres, taxadas, portanto, de

oportunistas e interesseiras. Isto porque, presumia-se, somente essas qualidades – beleza e atrativos físicos – eram capazes de atrair a atenção de um homem. Como explanado anteriormente, havia uma valorização, ainda que na seara familiarista, voltada à visão econômica e patrimonialista em detrimento do afeto – que hoje, sabe-se, rege as relações do direito familiar de maneira absoluta.

Inserido nessa construção social, acreditava-se (e acredita-se) que a proteção dos bens do homem maior de sessenta anos se fazia necessária por parecer estar, este último, vulnerável frente às investidas de mulheres mais novas. Neste contexto se distingue, inclusive, a imposição legal do regime de bens do casamento em relação ao homem e a mulher, sendo a esta aplicável após os 50 (cinquenta) anos; e àquele, aplicável após os 60 (sessenta) anos.

Corroborando esse entendimento, o próprio Pontes de Miranda<sup>194</sup> – embora em verdade seja um crítico da imposição do regime da separação legal aos indivíduos senis – reconhece que o escopo da lei é evitar "explorações consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva."

Com efeito, foi sob tal justificativa que a norma jurídica se perpetrou e – embora impossível não lembrar as críticas que desde sempre abateram-se sobre ela –, não bastante, a codificação seguinte – Código Civil de 2002 – repetiu a hipótese normativa.

Conforme já suscitado alhures, o senador Josaphat Marinho, quando da votação do projeto do referido diploma legal, pugnou pela permanência da imposição do regime legal, embora, ressalte-se, não mais cimentado na proteção contra casamentos por interesse ou pelo espírito eminentemente patrimonialista que vigorava no *Codex* de 1916, mas sim por se tratar de “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”<sup>195</sup>. Em suas próprias palavras, citadas por Carlos Roberto Gonçalves<sup>196</sup>, indica que:

---

<sup>194</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *apud* VELOSO, Zeno. **Regime matrimonial de bens**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf)>. Acesso em: 10 mai., 2013.

<sup>195</sup> ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado; MALUF, Carlos Alberto Dabus; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Código Civil comentado**. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo: Saraiva. 6. ed., 2008, p.1791.

<sup>196</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.410.

Trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. 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. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar conseqüências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento.

Não obstante, sob a ótica defensora da normatividade em contenda, o objetivo maior seria o afastamento do casamento de conteúdo unicamente patrimonial, privilegiando-se o aspecto que nele se relaciona à comunhão de vida, ao afeto, à formação e ao desenvolvimento da família.

Atualmente, é esta a posição de Zeno Veloso, para quem, na grande maioria das hipóteses onde ocorre o casamento em que pelo menos uma das pessoas conta com a idade igual ou superior aos 70 anos, e em especial quando uma delas é mais nova, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. Argumenta o doutrinador:

Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse.<sup>197</sup>

Em linha de seguimento, o referido autor conclui que "a regra protetiva – o casamento sob o regime imperativo da separação – deve ser mantida" pois "os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por 'golpe do baú'".<sup>198</sup>

No tocante à defesa da constitucionalidade do regime de separação compulsória positivado no multicitado art. 1.641, II do *Codex*, é forçoso ainda acenar o posicionamento dos autores Washington de Barros Monteiro<sup>199</sup> e Regina Beatriz Tavares da Silva – esta última, responsável pela revisão e atualização da obra do

<sup>197</sup> VELOSO, Zeno. **Regime matrimonial de bens**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf)>. Acesso em: 10 mai., 2013.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 38. Ed. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

primeiro, que, em concordância, repetem a tese do intuito protetivo de tutela da classe dos maiores de 70 anos contra propósitos de caráter menos nobres.

Para tanto, os citados autores sustentam que a liberdade individual é passível de sofrer tais limitações, vez que justificada na fragilidade que sofrem os indivíduos de idade mais avançada, em consequência de suposta carência afetiva. Em suas próprias palavras asseveram que “se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue”<sup>200</sup>. E sobre o posicionamento do Senador Josaphat Marinho, determinam:

Como bem justificou o senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1641, n. II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras.<sup>201</sup>

No mesmo esteio, postam-se, em colaboração, os autores Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie, fazendo expressa referência à proteção contra o temido “golpe do baú”.

Em via de jurisprudência, quando ainda na vigência do Código Civil de 1916, em sentido conexo, embora sem pronunciamento exposto a respeito da constitucionalidade do artigo 258, parágrafo único, II do *Codex* revogado, a Ministra Nancy Andrichi, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o *caráter protetivo* da disposição em voto proferido ao ensejo do julgamento do Recurso Especial nº 260462-PR<sup>202</sup>.

Por outro lado, há, por fim, que referir-se à justificação do dispositivo em debate, no que tange à proteção dos bens da prole, do patrimônio da família. É de imperiosa citação o argumento porquanto seja, em verdade, o motivo real que ronda e atua nos bastidores da fundamentação da temática em discussão.

Há que se dizer que o intuito maior da norma exposta é a proteção daqueles bens

---

<sup>200</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 38. ed. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p.218.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.218.

<sup>202</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 260462-PR – Proc. 2000/0051074-2. Recorrente: Eunice Azevedo de Oliveira. Recorrido: Osiris Alvim de Oliveira. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, j. 17/04/2001. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000510742&dt\\_publicacao=11/06/2001](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000510742&dt_publicacao=11/06/2001)>. Acesso em: 11 mai. 2013.

do indivíduo senil, vez que – numa visão ultrapassada – encontra-se ele em estágio mais próximo do falecimento e da conseqüente abertura sucessória. Para tanto, o regime de separação compulsória aplicável ao maior de 70 anos justifica-se também na tutela da futura herança, do patrimônio que, julga-se, em breve fará parte do inventário do septuagenário.

Conforme comprovar-se-á a seguir, nenhuma das frágeis argumentações haverão de prosperar por muito tempo na tarefa – ressalte-se, árdua – de manter o art. 1.641, II do Código Civil brasileiro em vigor, quando evidente e gritante o seu completo descompasso à atual conformação social e às garantias e aos direitos tutelados pela Constituição Cidadã de 1988.

#### 5.4 A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE

Nesta oportunidade, será, de maneira meticulosa, demonstrada a flagrante inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, por sua determinação de obrigatoriedade relativa ao regime de separação de bens, direcionada aos indivíduos maiores de 70 anos. Inconstitucionalidade esta comprovada a partir das argumentações a seguir elencadas.

##### **5.4.1 A violação direta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada e da Igualdade, reputando ao idoso injustificada presunção de incapacidade**

Em vias iniciais, cumpre acender o intuito claro do Poder Legislativo, quando da edição da disposição normativa em comento, de reputar ao septuagenário condição de absoluta incapacidade, vez que impedido de definir as implicações patrimoniais cabíveis na eventualidade de futuro matrimônio. Forçoso asseverar, de logo, a completa incompatibilidade do regramento exposto com os Princípios da Autonomia da Vontade e da Igualdade, bem como com o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, a tutela e garantia da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste introito, é cediço que, conquanto a igualdade esteja constitucionalmente

assegurada, expressa no art. 5º, *caput* da *Lex Fundamentalis*, em situações específicas e justificadas por princípios outros e garantias constitucionais, as distinções são legitimadas no desígnio de proporcionar a efetivação do princípio da isonomia. Ou seja, nas comezinhas palavras do mestre Ruy Barbosa<sup>203</sup>, expressam-se os contornos da igualdade material através da necessidade de “tratar desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades”.

Contudo, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>204</sup>, sempre que norma dispense tratamento distinto a indivíduos que encontrem-se em situação jurídica semelhante, obrigatório se faz a perquirição sobre o fator *discrimen*, utilizado para reputar razoável e compatível a discriminação havida aos preceitos constitucionais.

Nesta temática, de maneira brilhante, José Afonso da Silva<sup>205</sup> estatui:

Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre homens. Não fosse assim, não seriam da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade da essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc., e “não se aspira [lembra Cármen Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, **nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poético que o homem possa desenvolver.** As desigualdades naturais não saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único” (Grifos adotados)

Conclusão imperiosa, portanto, que através da igualdade jurídica atenuam-se as desigualdades sociais. Todavia, não é ofertado ao poder legiferante infraconstitucional a discricionariedade para estabelecer discriminações inoportunas através de lei. É esta a hipótese que se adéqua à norma em discussão neste trabalho acadêmico, sobre a qual pretende-se demonstrar inconstitucionalidade que a fere de morte.

Cumprido ressaltar que, conquanto inserida no Código Civil em capítulo destinado ao direito patrimonial – de onde resta evidente o seu caráter privado –, acha-se o Estado impedido de intervir sobre estas questões, sob pena de incorrer em

<sup>203</sup> BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p.26.

<sup>204</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

<sup>205</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.212-213.

regulamentação além de sua competência, dando margem a dispositivos e regramentos desarrazoados e atentatórios à autonomia privada dos indivíduos – exceto naquelas eventuais situações em que essa mesma autonomia possa favorecer o cometimento de injustiças.

Neste caso, no que se refere a norma instituidora do regime de separação legal para os indivíduos senis, Francisco José Cahali, atualizando a obra de Silvo Rodrigues, é sabiamente citado por Carlos Roberto Gonçalves<sup>206</sup> ao ponderar 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”.

Com efeito, é triste, porém imperioso, conformar que a ingerência Estatal sobre temática que não reclamava sua atuação teve por consequência lesão aos direitos e garantias fundamentais do idoso na sociedade contemporânea, a exemplo da sua liberdade, igualdade e, em caráter principal, dignidade da pessoa humana. Não obstante, acertadamente João Batista Villela<sup>207</sup> 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.”.

Finalizando, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald<sup>208</sup> acenam postar-se a referida norma em rota de colisão ao movimento de intervenção mínima do Estado nas relações e família (fenômeno também denominado de direito de família mínimo) e afrontando, via de consequência, a autonomia privada.

No que tange às argumentações proferidas pelos defensores da constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil de 2002, a respeito da proteção ao famoso “golpe do báu” ou, até mesmo, ao patrimônio da família, estas argumentações são facilmente derrubadas, tendo em vista que - se não pelo completo descompasso existente entre a norma e à realidade atual - não se justifica a restrição da autonomia privada do indivíduo numa proteção descabida a situação que, não só a ele, mas a todos pode atingir.

---

<sup>206</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.469.

<sup>207</sup> VILLELA, João Batista. Liberdade família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 1980, v. 7, p.35.

<sup>208</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.340.

Neste desiderato, em apoio, Caio Mario da Silva Pereira<sup>209</sup>, em sua obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, infere que:

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.

Para tanto, no mesmo esteio, calha reproduzir os comentários de Silvio Rodrigues<sup>210</sup>:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimonial de quem a detém.

Referido doutrinador segue informando não haver:

[...] inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária [leia-se septuagenários com o advento da Lei n. 12.344/10] ricos se casem pelo regime de comunhão, se assim lhe aprover.

Portanto, falha e inconsistente é o argumento de proteção ao idoso contra pretensões obscuras da aplicação de golpes ou de tutela do patrimônio familiar. Nessa corrente, Farias e Roselvald<sup>211</sup> combatem a fundamentação quando alegam que inexiste prejuízo aos familiares no que tange à partilha de bens, em eventual abertura de sucessão, pois seus interesses já encontram-se a salvo legalmente pela instituição da legítima destinada aos herdeiros necessários. Sem contar o fato realístico de que a maior parcela dos indivíduos idosos no Brasil não contam com patrimônio de grandes montantes, em sua grande maioria sobrevivendo às custas de um salário mínimo. Neste esteio, não haveria motivos reais e sociais que justificassem tal restrição ao âmbito privado daquele grupo senil, porque tal realidade não seria representativa da situação factual de parcela absolutamente majoritária dos brasileiros<sup>212</sup>. Não foi, portanto, aquela norma, via de consequência, resultado de aclamação popular que justificasse a grosseira intervenção Estatal.

Há que se atentar, ainda, ao fato do dispositivo em comento trazer, atrelado a si, anormalidades inaceitáveis quando do seu cotejo ao princípio da igualdade, da

---

<sup>209</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.194.

<sup>210</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.183.

<sup>211</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.280.

<sup>212</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011, p.325-6.

autonomia privada e ao fundamento maior do Estado, a dignidade da pessoa humana. Isto porque o regime fundado no dispositivo citado dispensa tratamento desigual ao indivíduo maior de 70 anos e ao jovem maior de 18 anos e adultos. Contudo, ao contrário da hipótese explicada anteriormente, em que se permite a desigualdade formal em vista do alcance àquela em ordem material, a distinção, aqui, não se baseia em qualquer evidencia conclusiva ou aceitável.

Ora, como pode o legislador atribuir ao indivíduo senil a condição de incapacidade para discernir a respeito daquele regime de bens que deseja ver reger o seu eventual matrimônio, quando, a estes mesmos indivíduos – contando com toda a sabedoria e experiência que lhes aproximam em decorrência da própria idade – são garantidos cargos e funções, dentro do próprio Governo, que lhes permitem a gestão da vida de todos os cidadãos – a exemplo da função de Presidente da República ou Ministros dos Tribunais Superiores?

Não obstante, sobre tais questionamentos, não é preciso lançar-se tão além, vez que a estes indivíduos (os maiores de 70 anos), por si só, estão garantidos o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive alienar, doar e dar a destinação que lhe convier a todos os seus bens. Não há lógica, neste diapasão, que justifique a interferência estatal no âmbito do regime de bens quando da celebração de matrimônio entre os indivíduos que atinjam a condição senil, porque trata-se de presunção absoluta de incapacidade completamente ilegal e desarrazoada.

Nesta linha de pensamento, a autora Maria Helena Diniz<sup>213</sup> pondera que:

[...] não se pode olvidar que o nubente, que sofra ta; *capitis diminutio* 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.

Em linha paralela, Maria Berenice Dias apoia:

[...] com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é **absoluta**, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. (Grifo constante do original)

Contudo, arrematando, imperioso se faz referenciar a opinião expressada por

---

<sup>213</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.165.

Silmara Juny Chinelato ditando, assim, a inexistência de qualquer razão científica para a restrição imposta no dispositivo em contenda, já que pessoas com mais de 70 anos carregam maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, que lhe atribuem a capacidade de decisão por si mesmas – ao contrário do que pressupõe o regramento suscitado. Em suas próprias palavras, Chinelato completa que “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.”<sup>214</sup>

Levantando questionamento mais do que pertinente a respeito da contradição intrínseca que assola a norma do art. 1641, II do Código Civil, bem como o atentado à isonomia perpetrado, a autora acima referida faz menção ao fato de que a vida prática:

[...] nos dá exemplo de pessoas do mais alto discernimento que ultrapassamos sessenta [leia-se, setenta] anos. Os legisladores do novo código, por exemplo, e muitos dos juizes e desembargadores que irão julgar causas que envolvam direta ou indiretamente inciso II do art. 1.641.<sup>215</sup>

E ainda completa: “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”<sup>216</sup>.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald posicionam-se de forma igualitária, sustentando configurar-se caso de absurda presunção absoluta de incapacidade decorrente da idade avançada, o que afronta os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988, viola a dignidade do titular e a razoabilidade entre a finalidade cobiçada pela norma imperativa e os valores por ela comprometidos. Em suas palavras, informam tratar-se “de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais”<sup>217</sup>.

Outrossim, filiando-se à corrente, o abalizado Paulo Lôbo, em sua obra *Código Civil Comentado*<sup>218</sup>, afere que:

<sup>214</sup> CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, p.290-291.

<sup>215</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>216</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>217</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.341.

<sup>218</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco direito*

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

Finalizando, Camilo Colani Barbosa<sup>219</sup>, em breve explanação sobre o tema em obra própria dirigida a entidade família do casamento, infere:

É de se criticar o disposto no inciso II, do artigo 1.641, do novo Código Civil, que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens para as pessoas maiores de 60 (sessenta) [leia-se, 70] anos. Isso porque equipara tais pessoas àquelas dotadas de capacidade diminuída, sujeitas a proteção do Estado.

Destarte, resta indubitavelmente demonstrado que, em suposto propósito de proteção ao patrimônio familiar ou aos bens da prole – e até mesmo do próprio senil, às derradeiras tentativas golpistas contra seu patrimônio –, o legislador desconsiderou os dissabores que obrigariam aquelas pessoas maiores de 70 anos a experimentar. Isto porque ao imiscuir-se em seara familiarista que é, ou ao menos deveria ser, privada, o Estado sugeriu a incapacidade absoluta daqueles indivíduos abarcados pela norma do art. 1.641, II do *Codex* para a determinação daquele regime de bens que vigoraria em supostas novas núpcias.

Necessário ainda referir-se à afronta do mencionado dispositivo legal face à Lei n. 10.741/03 (o Estatuto do Idoso), vez que contrário a suas regras, mandamentos e ao seu próprio fundamento de existência, qual seja, a proteção do idoso às discriminações injustificadas e ao tratamento desigualmente estabelecido. Neste sentido, Farias e Rosenthal<sup>220</sup> novamente prelecionam: “atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente a sua autodeterminação.” E completam: “É, enfim, um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que pouco se acostumou a valorizar a pessoa, e não o seu patrimônio. O ser e não o ter!”.

Em vias finais, cumpre transcrever a incontestável opinião da Ilustre Maria Berenice Dias, que determina:

A limitação à autonomia da vontade [leia-se, autonomia privada] por

---

patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI / Paulo Luiz Netto Lôbo; Alvaro Villaça Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003, p.242-243

<sup>219</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.160.

<sup>220</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENTHAL, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.339-340.

implemento de determinada idade, além de odiosa, é **inconstitucional**. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 1.177 a 1.186). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatório que o interditando seja interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa.

Portanto, resta comprovada a completa dissonância entre a regra estabelecida em dispositivo multicitado do Código Civil de 2002 e os princípios e normas fundamentais constantes da Constituição Federal de 1988. Conquanto não possa haver restrição imposta por norma infraconstitucional que não encontre guarida na Lei Maior ou, pior, que confronte seus mandamentos fundamentais, não pode aquela resistir injustificadamente, impondo limitações à esfera da liberdade, da autonomia privada e da dignidade de qualquer cidadão, menos ainda daqueles de idade avançada e maturidade em estado máximo.

#### **5.4.2 O descompasso entre as regras direcionadas ao casamento e à união estável**

Não bastassem os argumentos de inconstitucionalidade trazidos à tona no tópico anterior, quando se expõe o atentado aos princípios da Igualdade, Liberdade, Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana – que desaguam numa ilegal e injustificável presunção de incapacidade absoluta daquele que atingiu idade superior aos 70 anos –, há que se referir ainda ao descompasso existente entre o regramento inconstitucional aplicável ao casamento e a sua inaplicabilidade à união estável.

Forçoso, portanto, enfrentar a segunda faceta do atentado a isonomia constante do regramento instituidor do regime de separação compulsório aos senis. Isto porque o regramento, de constitucionalidade repudiada no presente trabalho, conquanto de aplicação compulsória às entidades familiares formadas através do casamento, não se abate sobre aquelas outras de formação de fato, ou seja, através da união estável.

Assim, em completo desacordo ao ordenamento jurídico em geral, aos princípios do

direito de família – em especial, a facilitação de conversão da união estável em casamento – e as regras constitucionais – que a partir da *Lex Fundamentalis* de 1988 apregoa a equiparação em patamares iguais de todas as formas de constituição familiar –, o art. 1.641, II do Código Civil de 2002 estabelece a aplicação do regime de separação legal obrigatória para os indivíduos maiores de 70 anos que desejem firmar matrimônio, conquanto não reste configurada regra expressa, neste sentido, aplicável à união estável.

Fundamentando-se no fato de regras restritivas de direitos deverem ser interpretadas de maneira igualmente restritiva, não há que se cogitar de sua aplicação às uniões de fato, porque ampliar seu âmbito de atuação atribuiria ilegalidade ainda maior a regra já eivada de inconstitucionalidade.

Contudo, tal lacuna corrobora com a inconstitucionalidade do multicitado artigo, pois, além de todos os argumentos já apresentados, conforma tratamento desigual à união estável em detrimento ao casamento, em atentado ao princípio da isonomia que ao sistema é tão caro.

Neste sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>221</sup> anunciam:

Não incide, pois, como regra geral, na união estável o regime de separação obrigatória de bens. Exemplificando: se uma pessoa maior de setenta anos de idade vier a casar, estará sob o regime da separação obrigatória, mas, estabelecendo uma união estável estará sob a égide da comunhão parcial, o que denota um tratamento desigual em relação ao casamento, atentando ao contra a regra constitucional da *especial proteção do Estado* (CF/88, art. 226). Assim, temos sustentado que a limitação imposta ao casamento colide frontalmente com a tábua axiológica constitucional, garantidora da especial proteção da pessoa humana, devendo ser afastada, também, no casamento.

Outrossim, sobre o tema, Maria Berenice Dias<sup>222</sup> assevera:

Há uma circunstância que faz a união estável mais vantajosa do que o casamento, ao menos quando um, ou ambos, têm mais de 70 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei 9CC 1.641 II), que impõe o regime de separação obrigatória de bens. Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos.

Neste espeque, conclui-se, novamente, pela necessária declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil em vigor, por ser, em todas as suas facetas, atentatório à isonomia constitucionalmente protegida e à dignidade da

---

<sup>221</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.564.

<sup>222</sup> DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p.181.

pessoa humana.

Neste sentido, corroborando, imprescindível esmiuçar o posicionamento jurisprudencial a respeito da temática. O que será feito em tópico seguinte.

## 5.5 A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Amplamente exibidos e comprovados os argumentos que rogam pela inconstitucionalidade do regime de separação legal que se abate sobre os maiores de 70 anos, bem como largamente expostas as opiniões doutrinárias sobre a temática, cumpre, em vias finais, asseverar os posicionamentos jurisprudenciais que, diga-se, há tempos vêm corroborando a futura e inevitável declaração de inconstitucionalidade do referido regime.

Neste esteio, primeiramente, há que se referir à já citada – em tópico exclusivamente a ela dedicado – Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Isto por ter exercido papel crucial e primário no reconhecimento da comunicação dos aquestos adquiridos quando da constância da união sob o regime de separação obrigatória.

Neste ponto, como já visto, desencadeou-se a bifurcação doutrinária no tocante à necessária consideração do esforço em comum do casal para que se viabilizasse a comunhão do patrimônio adquirido. Nessa contenda, pensar de forma diferenciada seria dar azo ao enriquecimento ilícito de uma das partes, às custas daquela outra que, na mesma medida, concorreu para a construção e aquisição dos aquestos. Para tanto, em concordância, vislumbra-se jurisprudência da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida em junho de 1992<sup>223</sup>:

DIREITO DE FAMÍLIA. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. ESFORÇO EM COMUM. COMUNICABILIDADE. SÚMULA STF, ENUNCIADO N. 377. CORRENTES. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 258/259. RECURSO INACOLHIDO. I – EM SE TRATANDO DE REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA (CODIGO CIVIL, ART. 258), COMUNICAM-SE OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO PELO ESFORÇO COMUM. II – O ENUNCIADO N. 377 DA SÚMULA STF DEVE

<sup>223</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 9938. Recorrente: Abram Sznifer. Recorrida: Elvira Degenszajn. São Paulo. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 09/06/1992. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199100067717&dt\\_publicacao=03/08/1992](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100067717&dt_publicacao=03/08/1992)> Acesso em: 05 mai. 2013.

RESTRINGIR-SE AOS AQUESTOS RESULTANTES DA CONJUGAÇÃO DE ESFORÇOS DO CASAL, EM EXEGESE QUE SE AFEIÇO A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO E REPUDIA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. III – NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL NÃO É ADMISSÍVEL A APRECIÇÃO DA MATÉRIA FÁTICA ESTABELECIDAS NAS INSTÂNCIAS LOCAIS.

Visto que o acórdão transcrito data de momento sob regência do Código Civil de 1916, ocorre que, quando da edição do novo Código de 2002, sobreveio dúvida sobre a continuidade da aplicação da Súmula n. 377, vez que, conquanto embasada no art. 259<sup>224</sup> do antigo Código Civil, a não-repetição do dispositivo na nova codificação poderia significar a desestabilização do entendimento sumulado pelo Supremo.

Todavia, de logo, a dúvida foi dirimida pelas Cortes Superiores, como se observa pela leitura do acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido em junho de 2003<sup>225</sup>. Leia-se:

REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMUNHÃO DE AQUESTOS. PRECEDENTES DA CORTE. 1. ESTA TERCEIRA TURMA JÁ ASSENTOU QUE “NÃO VIOLENTA REGRA JURÍDICA FEDERAL O JULGADO QUE ADMITE A COMUNHÃO DOS AQUESTOS, MESMO EM REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA, NA LINHA DE PRECEDENTES DESTA TURMA” (RESP Nº 208.640/RS, DE MINHA RELATORIA, DJ DE 28/5/01; RESP Nº 138.431/RJ, RELATOR O SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER, DJ DE 12/3/01). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

A partir de então, o entendimento pelo qual a comunhão dos bens adquiridos na constância do matrimônio, ainda que em regime de separação legal, comunicam-se pela presunção de colaboração das partes – independentemente de prova do esforço em comum, tendo em vista que a comunhão de vidas abrange seara não apenas patrimonial, mas também os aspectos morais, afetivos e pessoais – torna-se majoritário e de força expressiva no cenário jurídico. Veja-se<sup>226</sup>:

UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO

<sup>224</sup> Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013).

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 341612. Recorrente: José Maria de Monteiro e Andrade. Recorrida: Eneida Girão de Andrade - Espólio e Outro. São Paulo. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 26/06/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101024184&dt\\_publicacao=08/09/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101024184&dt_publicacao=08/09/2003)> Acesso em 05 mai. 2013.

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ac.3ªT. REsp. 736.627/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.4.06, DJU 1.8.06, p.436. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2390346&sReg=200500418301&sData=20060801&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2390346&sReg=200500418301&sData=20060801&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 05 mai. 2013.

TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. 1. NÃO HÁ VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUANDO O TRIBUNAL LOCAL, EXPRESSAMENTE, EM DUAS OPORTUNIDADES, NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO E NO DOS DECLARATÓRIOS, AFIRMA QUE O AUTOR NÃO COMPROVOU A EXISTÊNCIA DE BENS DA MULHER A PARTILHAR. 2. **AS TURMAS QUE COMPÕEM A SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DESTA CORTE ASSENTARAM QUE PARA OS EFEITOS DA SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO SE EXIGE A PROVA DO ESFORÇO COMUM PARA PARTILHAR O PATRIMÔNIO ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. NA VERDADE, PARA A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGAL, JÁ AGORA COM O ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, O QUE VALE É A VIDA EM COMUM, NÃO SENDO SIGNIFICATIVO AVALIAR A CONTRIBUIÇÃO FINANCEIRA, MAS, SIM, A PARTICIPAÇÃO DIRETA E INDIRETA REPRESENTADA PELA SOLIDARIEDADE QUE DEVE UNIR O CASAL, MEDIDA PELA COMUNHÃO DA VIDA, NA PRESENÇA EM TODOS OS MOMENTOS DA CONVIVÊNCIA, BASE DA FAMÍLIA, FONTE DO ÊXITO PESSOAL E PROFISSIONAL DE SEUS MEMBROS.** 3. NÃO SENDO COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DA MULHER, EXAMINADA NO ACÓRDÃO, NÃO HÁ COMO DEFERIR A PARTILHA, COBERTA A MATÉRIA DA PROVA PELA SÚMULA Nº 7 DA CORTE. 4. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (Grifos aditados)

Forçoso aviltar-se a respeito do descompasso na aplicação do regime de separação compulsória ao matrimônio e a sua inaplicabilidade à união estável. Porque como se depreende do julgado em seguida transcrito, proveniente da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do desembargador Rui Portanova, em Apelação Cível n. 70027012988<sup>227</sup>, a união estável entre indivíduos senis é plenamente reconhecida, inclusive em comunicabilidade dos bens adquiridos quando em sua constância. *Ipsis litteris*:

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. DECLARATÓRIA. IDOSOS. REQUISITOS. CASO CONCRETO. AMENIZAÇÃO. NO CASO EM APREÇO, A IDADE AVANÇADA DAS PARTES, A VIDA EM COMUM E A AJUDA MÚTUA - TANTO EM TERMOS EMOCIONAIS COMO FINANCEIROS - É SUFICIENTE PARA SE RECONHECER A UNIÃO ESTÁVEL EM QUE VIVIAM. POR ESTA ÓTICA, FICA CONFIGURADA A CONVIVÊNCIA PÚBLICA CONTÍNUA E DURADOURA, COM INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.

Neste ponto, subsistiria entendimento de que essa entidade familiar apresentar-se-ia em conformação mais vantajosa frente ao casamento propriamente dito de feições patrimoniais obrigatoriamente impostas. Via de consequência, estaria formalizado desestímulo às núpcias, em oposição aos mandamentos constitucionais modernos.

<sup>227</sup> RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70027012988. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 12.3.2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027012988&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027012988&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 14 mai. 2013.

Para tanto, no intuito de sanar o desacerto e estabelecer compatibilidade entre as regras aplicáveis aos institutos referidos, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão em sua Terceira Turma, em julgamento de Recurso Especial n. 736627<sup>228</sup> – datado de abril de 2006, onde afirma:

UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. 1. NÃO HÁ VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUANDO O TRIBUNAL LOCAL, EXPRESSAMENTE, EM DUAS OPORTUNIDADES, NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO E NO DOS DECLARATÓRIOS, AFIRMA QUE O AUTOR NÃO COMPROVOU A EXISTÊNCIA DE BENS DA MULHER A PARTILHAR. 2. AS TURMAS QUE COMPÕEM A SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DESTA CORTE ASSENTARAM QUE PARA OS EFEITOS DA SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO SE EXIGE A PROVA DO ESFORÇO COMUM PARA PARTILHAR O PATRIMÔNIO ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. NA VERDADE, PARA A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGAL, JÁ AGORA COM O ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, O QUE VALE É A VIDA EM COMUM, NÃO SENDO SIGNIFICATIVO AVALIAR A CONTRIBUIÇÃO FINANCEIRA, MAS, SIM, A PARTICIPAÇÃO DIRETA E INDIRETA REPRESENTADA PELA SOLIDARIEDADE QUE DEVE UNIR O CASAL, MEDIDA PELA COMUNHÃO DA VIDA, NA PRESENÇA EM TODOS OS MOMENTOS DA CONVIVÊNCIA, BASE DA FAMÍLIA, FONTE DO ÊXITO PESSOAL E PROFISSIONAL DE SEUS MEMBROS. 3. NÃO SENDO COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE BENS EM NOME DA MULHER, EXAMINADA NO ACÓRDÃO, NÃO HÁ COMO DEFERIR A PARTILHA, COBERTA A MATÉRIA DA PROVA PELA SÚMULA Nº 7 DA CORTE. 4. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

Todavia, nos últimos anos, em sede dos Tribunais de Justiça espalhados por todo o país, jorram precedentes que projetam novos entendimentos sobre a temática da separação obrigatória de bens para os indivíduos maiores de 70 anos, trazendo novos questionamentos e soluções. Neste espeque, baseado no princípio da mutabilidade do regime de bens, explora-se a ideia da possibilidade de modificação do regime legal em momento posterior ao firmamento do enlace. A título exemplificativo, cite-se o acórdão exarado em julgamento de Apelação Cível n. 70019358050<sup>229</sup> pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em agosto de 2007.

<sup>228</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 736627. Recorrente: S F B e outros. Recorrido: U V C. São Paulo. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 11/04/2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500418301&dt\\_publicacao=01/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500418301&dt_publicacao=01/08/2006)> Acesso em: 05 mai. 2013.

<sup>229</sup> RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019358050. Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 15.8.2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70019358050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70019358050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>. Acesso em 14 mai. 2013.

Transcreve-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. INC. II DO ART. 1.641 DO CC/02. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL, NOS MOLDES DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 515 DO CPC. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO. POSSIBILIDADE E CONVENIÊNCIA. A ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS É POSSÍVEL JURIDICAMENTE, CONSOANTE ESTABELECE O § 2º DO ART. 1.639 DO CCB E AS RAZÕES POSTAS PELAS PARTES EVIDENCIAM A CONVENIÊNCIA PARA ELES, CONSTITUINDO O PEDIDO MOTIVADO DE QUE TRATA A LEI. ASSIM, NÃO É JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL O PEDIDO DOS APELANTES - CONFORME ENTENDIMENTO EXPOSTO NA SENTENÇA - TENDO ELES O DIREITO DE POSTULAREM EM JUÍZO A TROCA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS QUE POSSUEM MAIS DE 60 ANOS NO MOMENTO DO CASAMENTO, AINDA QUE UM DELES CONTE COM MAIS DE SESSENTA ANOS, EM FACE DO CARÁTER GENÉRICO DA NORMA (INC. II DO ART. 1641 DO CC), QUE MERECE SER RELEVADA, NO CASO, DIANTE DA MANIFESTAÇÃO POSITIVA DAS PARTES INTERESSADAS E ATENTO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA). RECURSO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70019358050, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: RICARDO RAUPP RUSCHEL, JULGADO EM 15/08/2007).

Em vias finais, há que se suscitar um dos mais antigos posicionamentos em favor da temática descrita neste trabalho acadêmico, advindo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em acórdão proferido pelo então desembargador Cezar Peluso, quando do julgamento da Apelação Cível de n. 0075501-05.1996.8.26.0000 – pela Segunda Câmara de Direito Privado, em 18 de agosto de 1998, ou seja, ainda sobre a regência do Código Civil de 1916 –, já naquele momento, delinea-se a inconstitucionalidade havida quando do cotejo entre o regime compulsório e os parâmetros da Constituição Cidadã de 1988. Assim, considerado *leading case* e, portanto, publicado na Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFam<sup>230</sup>, imperiosa a sua transcrição:

(...) o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa.

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

<sup>230</sup> IBDFam. **Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFam**, vol. 1, p.98. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&vlCaptcha=uhyfj>>. Acesso em 13 mai. 2013.

falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

A ratio legis, que uníssonas lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receio político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade arcaica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico, nem fundamentação empírica, de maneira diversa para cada sexo, assim o homem, como a mulher, posto que em idades diferentes, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte. 'Estas pessoas', dizia-se outrora e repete-se hoje sem preocupação crítica, 'já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo' (CLOVIS, op.cit., p. 132, obs. 6), de modo que a proibição de que um alienasse bens a outro, ainda quando por efeito jurídico direto de regime legal adotado com entendimento lúcido e ânimo resoluto, apareceria como 'invento eficaz para neutralizar a influência desmoralizadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obcecado pela força do amor, um dos cônjuges não se empobrecesse em benefício do outro' (LAFAYETTE, 'Direitos de família', RJ, ed. Virgílio Maia & Comp., 1918, p. 211, § 97).

Assim, em sentido convergente ao quanto já apregoado pelo Ministro Cezar Peluso em momento outro, hodiernamente, em proporção crescente, os Tribunais têm proferido *decisum* que corroboram a inconstitucionalidade gritante do regime de separação obrigatória aos senis, conforme insistentemente debatido nesta monografia de conclusão de curso.

Em comprovação, cita-se o julgamento da Apelação Cível n. 2011.057535-0<sup>231</sup>, tramitada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ambos espancam a aplicabilidade do art. 1641, II do *Codex*. Conquanto a primeira determine a validade da doação ocorrida entre consortes casados sobre o regime de separação compulsória, a segunda, em seguimento, versa sobre a possibilidade de mutação do regime patrimonial em momento posterior a formalização do enlace.

Cita-se, ainda, o inolvidável Incidente de Inconstitucionalidade n. 0003/2010, apreciado pelo Pleno do Tribunal de Justiça de Sergipe, onde restou declarado o completo despropósito do multicitado dispositivo em contenda, justificando-se no fato deste consistir em "presunção de incapacidade por implemento de idade". Restrição essa que, como já comprovado anteriormente aqui, não socorre qualquer coerência.

Por fim, deve-se dizer que, atualmente, existem nas Casas Legislativas brasileiras

---

<sup>231</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2011.057535-0. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Luiz Fernando Boller. Julgado em 1.12.11. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.057535-0&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5CQAAA&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.057535-0&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5CQAAA&categoria=acordao)>. Acesso em: 15 mai. 2013.

duas proposições concernentes à revogação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002. Todavia, ambas as propostas encontram-se em situação de arquivamento. São elas o Projeto de Lei do Senado nº 209/2006<sup>232</sup>, que se manifesta no sentido de reputar revogado o referido dispositivo legal; e o Projeto de Lei nº 604/2007<sup>233</sup> – denominado Estatuto das Famílias –, que, por sua vez, propõe alteração mais abrangente: operaria uma reformulação panorâmica da matéria jurídico-familiar, onde é sugerida a retirada de sua regulamentação de dentro do próprio Código Civil.

---

<sup>232</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado Federal nº 209/2006. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=78350](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=78350)>. Acesso em: 15 mai. 2013.

<sup>233</sup> BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 604/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=342196>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

## 6 CONCLUSÃO

No escopo primeiro de demonstrar a mais flagrante inconstitucionalidade que se abate sobre o art. 1.641, II, do Código Civil brasileiro de 2002, o presente trabalho acadêmico, ao longo de toda a sua construção, prestou-se a evidenciar a completa incompatibilidade entre a regra legal [que determina o regime de separação obrigatória àqueles indivíduos de idade igual ou maior aos 70 anos, quando no intuito de celebração do enlace formalizado, ou seja, quando em tentativa de celebração do casamento] e a atual conjuntura social e aos próprios mandamentos constitucionais.

Conforme explicitado em capítulos introdutórios, a nova concepção da família consiste em perspectiva embasada nas características da pluralidade, abertura e multiplicidade de faces. Isto porque numa sociedade completamente globalizada e marcada pela evolução científico-tecnológico-social, não existe como manter-se o Direito das Famílias sob a antiquada égide patriarcalista.

Dessa maneira, a diversidade dos modelos familiares atualmente existentes – família matrimonializada, família monoparental, famílias informais, famílias homoafetivas –, todas alicerçadas no livre-arbítrio dos cidadãos, e endossadas e protegidas pela Carta Magna, encontram, no paradigma civil-constitucional, âmbito de acolhimento e garantia no intuito de propiciar ambiente seguro ao desenvolvimento de suas potencialidades.

Na atual conjuntura social, fundamenta-se o pressuposto da família eudemonista, voltada à satisfação dos anseios e objetivos pessoais de seus componentes no cotidiano edificar de sua felicidade – em detrimento, por óbvio, daquela proteção obsoleta dirigida à entidade em si mesma, enquanto instituto do Estado brasileiro. É o que se entende pela nova função social da família, que funciona como instrumento à concretização da dignidade da pessoa humana enquanto indivíduo e nas medidas de suas individualidades.

Desta maneira, os princípios tomam magnitude especial e papel relevante dentro da nova concepção das famílias, o que se observa não só pelos valores fundamentais que deles emanam, mas pela orientação por eles prestada ao regramento legal, no intuito de auxiliar a aplicação da melhor hermenêutica.

Neste ponto, há que se afirmar, o regime de bens em verdade se configura como uma espécie de estatuto patrimonial dos cônjuges, onde as regras a respeito daqueles bens havidos antes e depois das núpcias estarão prescritas e impostas de maneira absoluta. O regime patrimonial, para tanto, goza de importância sublime, a ponto de, na hipótese da ausência de definição prévia pelos nubentes, ou na eventualidade da invalidação da escolha pelo pacto antenupcial, atribuir-lhes outro em caráter supletivo, por força legal, qual seja, o regime de comunhão parcial de bens.

Em outro giro, entende-se que tais regramentos econômicos serão regidos, além daqueles princípios gerais do Direito e do Direito das Famílias, também por aqueles princípios peculiares à matéria específica. Neste ponto, referência forçosa aos princípios da variedade dos regimes de bens admitidos, da liberdade de escolha dos nubentes entre os variados regimes, da possibilidade de mutação do estatuto patrimonial e, por fim, ao princípio da comunicabilidade. Observação evidente a ligação estabelecida entre tais princípios e o instituto da autonomia privada no Direito das Famílias, bem como ao da solidariedade constitucionalmente expressa e tutelada.

Dentre os regimes patrimoniais legalmente expressos no ordenamento brasileiro, depreendem-se quatro modelos-base, a saber, o da comunhão parcial, da comunhão universal, da separação de bens e da participação final nos aquestos. Na mesma ordem apresentada, os dois primeiros regimes referem-se a uma comunicabilidade entre os bens dos consortes; o terceiro tende à completa incomunicabilidade; enquanto o quarto regime, a seu turno, tem natureza híbrida, onde se visualiza uma incomunicabilidade durante o enlace, mitigada pela comunicabilidade de aquestos quando da dissolução do vínculo.

Nesta seara, o regime de separação obrigatória de bens – temática deste trabalho acadêmico – apresenta-se como exceção à regra e aos próprios princípios informadores dos regimes e bens, pois, contrário a liberdade de escolha, em geral deferida aos nubentes, trata-se de regime imposto pelo Estado como medida punitiva àqueles consortes em situação especial.

Contudo, já na visão de completa incompatibilidade do referido regime, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou, através da Súmula 377, de maneira a afastar a aplicação do regime de separação obrigatória. Isso porque,

no que tange aos bens adquiridos pelos consortes quando da constância da união, determinou-se a sua comunicação em eventual dissolução do vínculo conjugal, porque presumido o esforço em comum dos nubentes para a construção do referido patrimônio. Desde já, portanto, observa-se a incompatibilidade do regramento esposado no art. 1.641 do *Codex*.

Dentre as hipóteses que cominam a imposição do regime legal, encontra-se aquela do indivíduo que venha a contrair núpcias quando em idade igual ou superior aos 70 anos. E é neste objeto que se funda e expande toda a razão de ser desta monografia. Isto porque, determinado originalmente em sede do Código Civil de 1916 (art. 258), o regime de separação obrigatória encontrava suporte na proteção condizente com aquele momento histórico, relativamente ao famigerado “golpe do baú” e a um amparo exacerbado ao bem da prole ou ao patrimônio da família – àquela ocasião, remetia-se à proteção da família enquanto instituto maior, em detrimento da tutela de seus membros, contrariamente ao que se configura na atual perspectiva moderna (como já referido, à família eudemonista).

Contudo, não há razão que sustente a reprodução do art. 258, II do Código Civil de 1916, no referido inciso II do art. 1.641 do novo *Codex*, porquanto incompatível com as prerrogativas constitucionalmente protegidas na Constituição Cidadã de 1988 e a própria conjuntura social contemporânea.

Vale ressaltar, neste ponto, conquanto exposto em pesquisas e estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, dúvidas não há de que a parcela de idosos na composição social atual é a que mais cresce. Portanto, inegável que o Brasil vem, a cada dia, constituindo-se em um país de idosos. Para tanto, as políticas públicas perpetradas pelo Estado visam à proteção dessa classe de indivíduos, no escopo primordial de lhes concretizar a dignidade da pessoa humana e a tutela de sua vivência, afastada de discriminações e injustiças praticadas em razão da idade.

Neste cenário foi gerado e editado o Estatuto do Idoso, compilando de maneira sistemática todas essas regras protetivas e assecuratórias dos direitos e garantias fundamentais dirigidas aos indivíduos senis, enquanto pessoas, e na condição especial de anciões. Para tanto, incompatível o regramento que determine, sem qualquer comprovação ou embasamento fático ou jurídico – porque não existe tal limitação em sede constitucional, tampouco no próprio Código Civil –, a presunção

de incapacidade absoluta de um indivíduo apenas por atingir determinada idade, escolhida por lei.

Ostensiva, neste senda, a inconstitucionalidade de um regime que atribua condição incapacitante a indivíduo que não o seja, bem como pela afronta direta e flagrante à Dignidade da Pessoa Humana, à autonomia privada conferida aos indivíduos num Estado Democrático de Direito, à Isonomia e à liberdade dos cidadãos.

Todavia, cumpre asseverar que, em mesmo caminho, a impossibilidade de subsistência da norma se dá no completo descompasso existente entre os regramentos do casamento, da união formal e daquelas uniões informais. Ou seja, num flagrante ataque à tentativa constitucional de não estabelecer tratamento privilegiado a determinadas espécies de entes familiares, na hipótese de os nubentes escolherem apenas caracterizar a união estável, por meio do contrato de convivência, por exemplo, nenhuma imposição legal incidirá sobre o enlace. Ou seja, em evidente desacerto, a regra aqui reputada inconstitucional faz diferenciação e tende a obrigar o casal ao estabelecimento do relacionamento de maneira informal, em evidente desestímulo ao matrimônio.

Neste espeque, há que se dizer, após sofrer sucessivas retificações em seu marco etário, desde a previsão constante do Código Civil de 1916 (onde a discriminação havia não só pela idade dos nubentes, mas também por seu sexo – incidindo no regime de separação legal as mulheres com idade igual ou superior a 50 anos e os homens aos 60 anos), a separação obrigatória de bens dirigida aos indivíduos senis – expressa no art. 1641, II, do novo Código Civil – é alvo de ao menos duas propostas legislativas revogadoras: o projeto de Lei do Senado n. 209/2006 e o Projeto de Lei n. 604/2007, confeccionado pelo IBDFAM e conhecido como Estatuto das Famílias.

Ademais, parcela esmagadora da doutrina pátria posiciona-se em sentido contrário à norma, preconizando sua evidente inconstitucionalidade, bem como sua exclusão do ordenamento jurídico nacional. Por outro viés, a jurisprudência também já encenou diversos julgados em que expressamente mitiga a aplicação do regime, desde 1998 com o *leading case* de relatoria do Ministro Cezar Peluzo, e na contemporaneidade, onde esse entendimento vem, a cada dia, consolidando-se, ao reputar os dizeres da norma em tela incompatíveis aos intentos da Constituição Cidadã de 1988.

Portanto, em derradeiro, a aguçada análise deste trabalho acadêmico conclui pela inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória para os indivíduos maiores de 70 (setenta) anos, porque hipótese atentatória aos desígnios da Constituição Federal de 1988, aos princípios da isonomia, solidariedade, liberdade, à autonomia privada e, primordialmente, ao fundamento maior do Estado Democrático de Direito em que se assenta o Brasil, a saber, a Dignidade da Pessoa Humana.

## REFERENCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2006.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado; MALUF, Carlos Alberto Dabus; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Código Civil comentado**. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.). São Paulo: Saraiva. 6. ed., 2008.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_, Camilo de Lelis Colani. **Direito de Família**: Manual de Direitos do Casamento. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.

BARBOSA, Rui. **A pátria é a família amplificada**. In Discurso no Colégio, em 13 dez. 1903. Disponível em: <[http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/07\\_os.filhos.da.familia.e.m.litigio.judicial.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/artigos/07_os.filhos.da.familia.e.m.litigio.judicial.pdf)>.

\_\_\_\_\_, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. v. 14, jul/set. 2002. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. v. 2. 4. ed. São Paulo: Francisco Alves. 1933.

\_\_\_\_\_, Clóvis. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética família e novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Regime de bens no novo Código Civil. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Coleção Professor agostinho Alvim**. São Paulo: Saraiva. 2007.

BORGES, Janice Silveira. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: IOB, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF, 26 dez. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 260462-PR – Proc. 2000/0051074-2. Recorrente: Eunice Azevedo de Oliveira. Recorrido: Osiris Alvim de Oliveira. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, j. 17/04/2001. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000510742&dt\\_publicacao=11/06/2001](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000510742&dt_publicacao=11/06/2001)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial n. 341612. Recorrente: José Maria de Monteiro e Andrade. Recorrida: Eneida Girão de Andrade - Espólio e Outro. São Paulo. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 26/06/2003. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101024184&dt\\_publicacao=08/09/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101024184&dt_publicacao=08/09/2003)>

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial n. 736627. Recorrente: S F B e outros. Recorrido: U V C. São Paulo. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 11/04/2006. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500418301&dt\\_publicacao=01/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500418301&dt_publicacao=01/08/2006)>

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial n. 9938. Recorrente: Abram Sznifer. Recorrida: Elvira Degenszajn. São Paulo. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 09/06/1992. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&registro=199100067717&dt\\_publicacao=03/08/1992](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&registro=199100067717&dt_publicacao=03/08/1992)>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Ac.3ªT. REsp. 736.627/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.4.06, DJU 1.8.06, p.436. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2390346&sReg=200500418301&sData=20060801&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2390346&sReg=200500418301&sData=20060801&sTipo=5&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 380**. 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. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0380.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0380.htm)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 382**. A vida em comum sob o mesmo teto, 'more uxorio', não é indispensável à caracterização do concubinato. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0382](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0382)>.

htm>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 25 mai 2013.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado Federal nº 209/2006. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=78350](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=78350)>.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 604/2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=342196>>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 30.513-9/MG, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.4.1994. *In*: RT, 710/174. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&dt\\_publicacao=13/06/1994&num\\_registro=199200324770](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=13/06/1994&num_registro=199200324770)>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Embargos de Declaração n. 0000570-32.2006.8.05.0237/50001, 3ª Câm. Cível, rel. Des. Rosita Falcão de Almeida Maia, j. 26/06/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=41640&v1Captcha=mwccww>>.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. **A inconstitucionalidade material da imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12908&p=6>>.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6119](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6119)>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 23.

ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 9.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_, Luis Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed., V. 6. Salvador: Jus Podivm, 2013.

\_\_\_\_\_, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONTANELLA, Patrícia. **União Estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

IBDFam. **Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFam**, vol. 1, p.98. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&v1Captcha=uhyfj>>.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de indicadores sociais – uma análise das condições de vida da população brasileira – 2012. **Estudos & Pesquisas: Informação demográfica e socioeconômica**. Nº 29. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2012/SIS\\_2012.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf)>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família** – Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI / Paulo Luiz Netto Lôbo; Alvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MATTIELO, Fabrício Zamproga. **Código Civil Comentado**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: LTr, 3. ed., 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MENDES, Márcia R.S.S. Barbosa et al. **A situação social do idoso no Brasil**: uma breve consideração. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v18n4/a11v18n4.pdf>>

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 38. ed., 2007.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. **Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgão e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos I de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1999. n. 2.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Impedimentos Matrimoniais na união estável**. *In*: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vocation legis. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. V. 5. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e no novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, prefácio.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. v. 1. Campinas-SP: Bookseller, 2001.

\_\_\_\_\_, Francisco Cavalcanti *apud* VELOSO, Zeno. **Regime matrimonial de bens**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf)>.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A proteção constitucional da pessoa idosa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos tribunais, n.º 45, p.156-174, out. – dez. 2003.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70027012988. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidélis Faccenda. Julgado em 12.3.2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027012988&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70027012988&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Apelação Cível Nº 70019358050. Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 15.8.2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70019358050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70019358050&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUZYK, Calos Eduardo Pianovski. União estável: entre o formalismo e o

reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Sintese, n. 7, out/dez. 2000.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível Nº 2011.057535-0. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Luiz Fernando Boller. Julgado em 1.12.11. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.057535-0&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5CQAAA&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=2011.057535-0&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5CQAAA&categoria=acordao)>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

STJ, AI 1.119.556, 3ª T. rel. Min. Paulo Furtado, j. 15.6.2010.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, LEITE, Gustavo (Coords). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. *In*: BARRETO, Vicente (Coord.). **A nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. A interface entre o direito de família, direito registral e notarial. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. *Jornal O Liberal*. Belém do Pará, 22 maio 1999.

\_\_\_\_\_, Zeno. **Regime matrimonial de bens**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf)>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Aplicação do direito. Perfil dos novos aplicadores; em especial, o direito de família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e Solidariedade: Teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008.

VILLELA, João Batista. Liberdade família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 1980, v. 7.

WALD, Arnoldo; Fonseca, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.