

A POLÊMICA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Felipe Cunha de Almeida¹

INTRODUÇÃO

O objetivo traçado para o presente trabalho é o de analisar a polêmica obrigatoriedade que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil impõe aos maiores de setenta anos, no sentido da incidência do regime da separação absoluta de bens.²

Enfrentaremos, desta maneira, o contexto da norma no ordenamento jurídico, buscando encontrar fundamento constitucional que, nos dias atuais, autorize e justifique a manu-

tenção da norma em comentário. Assim, dada a relevância e controvérsia que circunda o tema, enfrentaremos aspectos constitucionais a seu respeito, tais como o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Somam-se, também, a análise da boa-fé objetiva em relação ao cônjuge ou companheiro que não tem a idade mínima, além da questão acerca da capacidade do maior de setenta anos no sentido de praticar os atos da vida civil, sem interferências em proporções desiguais, considerando-se, evidente-

1 Mestrando em Direito Civil pela UFRGS, especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil com ênfase em Direito de Processo Civil, advogado, professor.

2 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 suprimimento judicial.

mente, a sua plena capacidade. Ainda, traremos a crítica de parte da doutrina em relação à vontade, quando ausente pacto antenupcial sobre o regime da separação convencional e a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e os efeitos dela decorrentes.

Antes, porém, importante referir que a Lei n. 12.344/2010 elevou a idade mínima para setenta anos quando, originariamente, o Código Civil de 2002 previa sessenta anos: “A mudança de idade teve em conta a evolução da medicina e da qualidade da saúde, que trouxe avanços na integridade física e mental do ser humano, apesar de atingir setenta anos ou mais”.³

Portanto, em que pese o aumento do limite mínimo de idade, ainda assim esta é critério objetivo no sentido da imposição do regime de bens, para a hipótese do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Como se não bastasse, outra questão que pode tornar-se tormentosa guarda relação com a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal e a ausência de pactuação para a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, segundo a crítica de Silvio Rodrigues, que também será aqui debatida. A seguir,

passaremos, então, ao enfrentamento do tema ora proposto.

1 ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL

Clóvis Beviláqua comentou sobre separação obrigatória então prevista no art. 258, inciso II, do Código Civil de 1916, que a previa, entre outros, para o homem maior de sessenta anos e para a mulher maior de cinquenta anos. O autor referia e justificava a imposição em razão de idade. Observemos as suas palavras: “Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso affectivo”. A lei, admitindo a hipótese que o casamento viesse a ser realizado através de interesses subalternos, especulações pouco escrupulosas, previu, então, “que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão”. A questão da doação *inter vivos*, entre o casal, também foi vedada, eis que, caso tal providência não fosse prevista, a lei, segundo o autor, seria facilmente burlada.⁴ Inclusive, Carvalho Santos explicava que “o Código não admite a comunhão em alguns casos como penalidade, em outros como

3 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 598.

4 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. p. 641-645.

medida acauteladora dos próprios interesses dos conjuges”, fazendo ainda o autor menção à justificativa antes trazida por Clóvis Beviláqua.⁵

O regime de bens relativo à separação pode ser por exigência da lei ou por convenção. San Tiago Dantas, ao tratar do regime da separação de bens por idade, ponderava que:⁶

O natural não é que se contraia matrimônio por motivos de interesse econômico; o interesse econômico é subalterno e, por conseguinte, o regime de bens, a título de transmissão dos interesses entre os cônjuges, está atualmente submetido a uma defesa dos fins morais do casamento que a própria lei incumbe de promover.

Paulo Lôbo assevera que há circunstâncias que o regime de bens é imposto, eis que o Direito entende como relevantes certas situações. Portanto, não há livre escolha aos nubentes quando: a) ocorrer alguma causa

suspensiva; b) um dos nubentes tiver idade igual ou superior a setenta anos; c) quando o nubente precisar de suprimento judicial para o casamento. Explica, também, que “o direito se vale de variadas consequências jurídicas para reprimir o comportamento indesejado”.⁷ Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias, ao explicarem sobre esse regime, lecionam que “[...] impõe a lei civil restrição de liberdade de escolha do regime de bens do casamento quando um dos nubentes tiver a idade mínima (atualmente, setenta anos).”⁸

Silvio Rodrigues, ao fazer um histórico do Direito de Família brasileiro, tratando da discriminação que havia entre filhos legítimos e ilegítimos, explicava que tal situação foi sendo paulatinamente abandonada, dando lugar a uma legislação mais humana, menos conservadora.⁹ Sabemos que o mestre referia-se à filiação, todavia, gostaríamos de aproveitar do seu ra-

5 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico*. v. V. Arts. 255-367. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934. p. 52.

6 DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 257-258; 289.

7 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293.

8 JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao código civil brasileiro*. Do direito de família: direito patrimonial: v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

9 RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP*, v. 88. São Paulo: 1993, p. 242.

ciocínio antes mencionado e aplicá-lo ao regime da separação de bens. Infelizmente, não poderemos fazer isso, eis que a questão econômica e patrimonial parece ainda estar presente para o regime em questão.

Antônio Chaves comentou sobre a restrição imposta em decorrência da idade. Em primeiro lugar, fez referência ao então art. 45 da Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio. O art. 45 da referida legislação determinava que:¹⁰

quando o casamento se seguir a uma comunhão vida entre os nubentes, existente antes de 28.6.1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, § único, n. II, do Código Civil.¹¹

“Por que será que o legislador lhes impõe, aos demais casos, um tanto vexatoriamente, o regime de discriminação de haveres?” Esta foi a indagação de Antônio Chaves a tal preceito, dizendo ser muito antigo, eis

que já previsto na Lei Papia Poppaea. Explicou o autor que, “preso a conceitos tão remotos, entendia Clóvis Beviláqua que as pessoas que tivessem alcançado essa quadra de vida, teriam, por si só, passado da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo”.¹²

Outra razão foi trazida para a imposição desse regime: a de ordem moral. Dirigindo-se especialmente à mulher, houve o entendimento de que:¹³

em decorrência de sua natureza frágil e suscetível de deduções, mais a elas está sujeita pelo avançamento da idade. Não será difícil sugerir a quem, já sendo naturalmente fraca em razão do sexo, o é ainda mais pela idade.

Paulo Lôbo acentua que basta apenas um dos pretendentes ao alcançar a idade mínima prevista, que a norma incide determinando o regime mencionado. Todavia, a posição do autor é de descontentamento. É que tal dispositivo atenta para a dignidade da pessoa humana, além de restringir

10 CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. v. 5. Direito de família. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 485.

11 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

12 CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 485.

13 CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 486.

a sua autonomia como pessoa e a sua liberdade de contrair matrimônio, impositiva esta não prevista constitucionalmente.¹⁴

Francisco José Cahali, atualizando a obra de Silvio Rodrigues, também enfrenta a questão, observando que tal limitação “se mostra atentatória da liberdade individual”, ressaltando que a tutela do Estado em face das pessoas com a idade referida pela lei, capazes e maiores é, além de injustificável, descabida. E, como se não bastasse:¹⁵

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

A doutrina acima vai mais além no sentido de combater tal norma, com base na Lei do Divórcio, especificamente em seu art. 45 que chegou a flexibilizar esta regra. É que havia a possibilidade de se permitir aos nu-

bentes, quando o casamento “seguisse uma comunhão de vida por mais de dez anos, ou da qual tivesse resultado filhos”. Todavia, tratava-se de disposição transitória, eis que estabelecia e exigia como requisito, que a convivência fosse anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 9/77.¹⁶

Não há razão para a discriminação por idade em relação ao regime de bens, não entendemos uma justificativa objetiva e razoável para tanto. Afasta-se, portanto o legislador do princípio da igualdade, eis que a norma em comento cria diferenciações abusivas e arbitrárias, ainda sem qualquer finalidade lícita, circunstância esta que contraria a Constituição Federal.¹⁷

Segundo a doutrina, era vedado ao Poder Público intervir nas atividades jurídicas estabelecidas entre particulares e, como consequência, não era possível a violação da autonomia privada. A justificativa para tanto era a de que a livre expressão da vontade humana, como elemento criador do direito, não era passível de intervenção autoritária destinada a limitá-la,

14 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

15 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. Atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144.

16 RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 145.

17 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

já que a referida intervenção era considerada como um atentado odioso a um atributo da vontade humana.¹⁸

De acordo com o princípio da autonomia privada, é dada a possibilidade de se praticar um ato jurídico com a determinação da forma e dos seus efeitos. Vimos anteriormente que o instituto passou a ser aceito como um princípio de direito contratual, portanto, é o particular estipulando um pacto em um chamado ordenamento jurídico menor.¹⁹ Entendemos que tal raciocínio pode ser aplicado, perfeitamente, à escolha de regime de bens para o maior de setenta anos. Observamos, contudo, que não é nosso objetivo questionar os regimes existentes, mas, sim, buscar a possibilidade, aos que atingem a idade mínima legal, de optar pelo regime, por exemplo, da

comunhão parcial. Afinal, estas pessoas podem livremente pactuar diversos contratos que não sofrem limites, como, por exemplo, uma compra e venda, que acontece sem restrição em razão de eventual idade mínima de setenta anos.

Vejam, por outro lado, que para os menores de dezoito anos, o Código Civil apresenta um número de hipóteses que regulamentam a cessação da sua menoridade, ou seja, estamos tratando dos casos de emancipação.²⁰ E, interessante também é, para os casos de casamento, cuja ocorrência da emancipação se verifica, que, na hipótese de dissolução de sociedade conjugal, ainda assim subsiste a emancipação. Inclusive para os casos de nulidade ou anulação do casamento, caso contraído de boa-fé.²¹

18 NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá, *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2007, p. 131.

19 NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. *Idem*, p. 132.

20 Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

21 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156.

César Fiuza tece severas críticas à norma do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Alerta o autor que a constitucionalidade de tal imposição é objeto de discussão, desde que entrou em vigor. Todavia, apenas alertamos que o mestre refere a idade de sessenta anos, eis que a sua obra data do ano de 2009, quando, por outro lado, a Lei n. 12.344, de 2010, aumentou o limite mínimo inicial para setenta anos, como anteriormente apontado. Importante, para tanto, a transcrição de suas palavras: “De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de sessenta anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 60 anos ainda é jovem, pelo menos para efeito de casamento”.²²

Maria Helena Diniz, de modo mais tranquilo, também entende que o nubente sofre a *capitis diminutio*, em decorrência da imposição pelo Estado. A autora pondera que aquele “tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é

plenamente capaz de exercer os atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do chamado “golpe do baú”.²³ A autora, ainda, utiliza-se da seguinte frase: “Embora os nubentes tenham liberdade na escolha do regime matrimonial de bens, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos excepcionais, um regime obrigatório, que é o da separação de bens”.²⁴

A expressão acima trazida por Maria Helena Diniz, “golpe do baú”, também é utilizada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Os autores aduzem que “A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretende aplicar o ‘golpe do baú’ não convence”. E são firmes ainda quando referem que a

22 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009. p. 965.

23 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210.

24 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1169.

hipótese do inciso II do art. 1.641 é “absurda e inconstitucional”.²⁵

Os autores acima referidos ponderam que não há como se extrair da norma em comentário uma interpretação conforme a constituição, eis que viola, “escancaradamente”, o princípio da isonomia”. Ressaltam que a lei resguarda “uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros”. Ponderam que a idade avançada, por si só, não é causa a justificar a incapacidade, sugerindo procedimento de interdição, se na condição de enfermo ou deficiente mental. Finalizam, ainda, ressaltando que o limite de idade imposto pela lei não impede a pessoa de ser Presidente da República ou de integrar a Câmara dos Deputados.²⁶ Em relação à in-

capacidade mencionada, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que a limitação em relação à liberdade de escolha quanto ao regime de bens, nessa hipótese em decorrência de idade, faz com que “homens e mulheres sofram uma interdição parcial ao se verem com a liberdade limitada na escolha de seu regime de bens”.²⁷ Arnaldo Rizzardo também segue a linha de pensamento sobre a interdição: “No entanto, permanece a ofensa em a pessoa dispor de sua vida. É incontroverso que se impôs uma parcela de interdição às pessoas com tal idade”.²⁸

Paulo Lôbo em seus comentários ao art. 1.641, inciso II, elucida ainda mais a questão a respeito deste ponto, com base em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Apelação Cível n. 007.512.4/2-00²⁹, entendeu que “o

25 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Idem*.

27 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 138.

28 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 598.

29 Ementa: 1. DOAÇÃO. Contratos celebrados entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art. 312, cc, art. 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexa-

preceito equivalente no Código Civil de 1916 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I e X”.³⁰ Como se não bastasse, o autor menciona que a hipótese da lei é inconstitucional, eis que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, reduz a sua autonomia como pessoa e reduz sua liberdade. Como consequência, entende pela inconstitucionalidade da norma.³¹

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentarem as hipóteses do art. 1.641 do Código Civil, alertam que a vontade das partes não pode in-

terferir na obrigatoriedade do regime da separação de bens, eis que a sua liberdade sofre restrições. Mencionam os autores, especificamente quando analisam o inciso II do art. 1.641, que o legislador tinha intenção de proteger os interesses da prole, de evitar que o outro nubente tivesse em mente apenas vantagens financeiras. Ressaltam uma visão “despreocupada com aspectos existenciais”, apenas uma visão patrimonialista.³² Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias têm entendimento idêntico no sentido de que a disposição aqui analisada fere o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] por reduzir sua au-

genário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 007.512.4/2-00. Re. Des: Antonio Cezar Peluso. Julgado em: 28/08/1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&cdForo=0&v1Captcha=zynvn>>. Acesso em: 06 mar. 2015).

30 LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

31 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 242-243.

32 BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO; Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 266-267.

tonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”.³³

Mais uma vez buscamos alicerce em Arnoldo Wald, quando o autor re-flete sobre o Direito Civil. O mesmo refere que, em relação à análise econômica do direito:³⁴

Com a evolução tecnológica, especialmente a das comunicações e a globalização, a realidade econômica foi se impondo cada vez mais aos juristas, obrigando o magistrado e o advogado a reconhecerem a transformação fática que estava ocorrendo, influenciando as decisões judiciais.

Mas a I Jornada de Direito Civil, STJ 125,³⁵ veio a brindar o nosso trabalho e esforço para a superação da questão da idade, que força aos maiores de setenta anos a adotarem o regime da separação obrigatória, no sentido da revogação do dispositivo.³⁶ Todavia, Regina Beatriz Tavares da Silva explica que a manutenção do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil foi justificada pelo Senador Josaphat Marinho, não por haver suspeita de casamento por interesse, e nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.³⁷ A autora, em conjunto com Washington de Barros

33 JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao código civil brasileiro*. Do direito de família: direito patrimonial. v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 57.

34 WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

35 Jornadas de Direito Civil: I, III, IV e V: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

36 Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. Proposta: Revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que tem-se alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

37 SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.641.

Monteiro, segue posição de entender pela aplicação da restrição imposta pelo regime da separação por idade. O fundamento vem de que, em que pese a Constituição Federal tutelar sobre o direito de liberdade, deve-se atentar para as seguintes lições:³⁸

[...] é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar 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.

Com o maior respeito aos argumentos acima trazidos, entendemos como equivocados e, como se não bastasse, inconstitucionais e ilegais: quanto ao primeiro, por ferir o prin-

cípio da igualdade e da não discriminação em razão da idade; quanto ao segundo, por presumir a má-fé daquele que se casa com o idoso. Em tópico próprio, mais adiante, vamos esmiuçar estes conceitos.

Como visto, a grande maioria concorda que a norma aqui analisada está em descompasso com o presente. Não é à toa que Caio Mário Pereira da Silva já criticava o anteprojeto de Código Civil, desde a Parte Geral até o Direito de Família e Sucessões. Eis suas palavras:³⁹

A visão panorâmica do Direito de Família, no Anteprojeto, oferece aspectos desoladores. Desconhece ele os problemas jurídico-sociais dos tempos presentes. Conserva soluções superadas.

Entretanto, há, na doutrina e na jurisprudência, entendimento que a imposição aqui verificada foi solucionada, ou parcialmente solucionada, através da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, como no próximo subcapítulo iremos demonstrar e analisar. Por outro lado, também veremos que existem severas críticas à normatividade do referido enunciado.

38 MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292.

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de código civil. In: *Revista Forense*, abril/maio/junho de 1973, ano 69, fascículos 838 a 840. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 23.

2 SÚMULA N. 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como estudado até este momento, praticamente todo o entendimento doutrinário critica, severamente, a norma do inciso II do art.1.641 do Código Civil, pelos motivos e justificativas que trouxemos.

Todavia, o Superior Tribunal Federal, no ano de 1964, buscou corrigir as distorções, as situações de injustiça que observamos pelas críticas da doutrina, de modo que editou a Súmula n. 377, cuja importância acabou na alteração do regime de bens então imposto pelo Código Civil. É que “Ao ser autorizada a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou a jurisprudência por transmutar o regime da separação total dos bens para o regime da comunhão parcial”.⁴⁰

Assim, importante para a continuidade deste estudo é sabermos a origem da mencionada Súmula bem como o seu contexto em nosso orde-

namento jurídico. Silvio Rodrigues, em um primeiro momento, ensinou sobre a natureza das súmulas para, depois, posicionar-se sobre o enunciado do Supremo Tribunal Federal:⁴¹

Em rigor, a Súmula não tem natureza normativa, pois o juiz não fica adstrito a aplicá-la. Entretanto, na prática, ela funciona como norma, porque, no mais das vezes, será inútil desprezá-la, pois as instâncias superiores – e quando não o Supremo – certamente modificarão o julgamento rebelde.

Em continuidade, o mestre acima referia que a Súmula apoiou-se, teve origem, em quatro julgamentos, nos anos de 1943, 1946, 1947 e, por último, em 1948, girando a controvérsia em torno do art. 259 do Código Civil⁴² à época vigente. A primeira decisão que entendeu pela comunhão dos aquestos derivou da ideia de que houve uma sociedade de fato entre os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, considerando a conjugação de esforços comum. A ju-

40 DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: *Questões controvertidas no código civil*. Série Grandes Temas do Direito Privado. v. 2. Atualizado por Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2004. p. 271.

41 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnaldo (coord). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 175.

42 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.

risprudência vinha observando situações injustas, especialmente quanto a casais estrangeiros, principalmente italianos. É que na época da emigração para o Brasil, o regime de bens vigente na Itália era o da separação. “Assim, como no Brasil se aplicava, então, o *jus sanguinis*, em caso de dissolução de casamento daqueles casais (em geral pela morte de um dos cônjuges)”, cujo matrimônio fora em terras italianas, aplicava-se a lei daquele país. A injustiça: os bens, fruto dos trabalhos de ambos os consortes estavam em nome do marido e, no caso de seu falecimento, nada cabia à viúva, eis que o acervo era passado à prole. A situação relatada, em sua maioria, acontecia no Estado de São Paulo.⁴³

Nádia de Araújo e Daniela Trejos Vargas também discorrem sobre a questão dos italianos, naquela época, em nosso país:⁴⁴

Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era agora e

de um país distante de sua realidade pessoal (ou seja, vieram já casados e obtiveram seu patrimônio no país adotado, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face da imutabilidade do regime). [...] Havia hipóteses em que a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Em razão desse contexto, os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em alguma hipótese, como a dos maiores de sessenta anos.

As autoras supra referidas concluem, então, com base no raciocínio acima, que o tema foi consolidado por meio da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal.

O segundo julgamento tratou de invocar a norma do então art. 259, que previa a comunicação dos aquestos, independentemente do esforço comum. Houve controvérsia:⁴⁵

43 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnaldo (coord). Op. cit., p. 175.

44 ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Ano 3, v. 11, julho a setembro de 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2002. p. 123.

45 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: Op. cit., p. 178.

Note-se que a viúva, nesse caso, ao propor ação reivindicatória da metade dos aquestos, alegou que eles tinham sido adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges; a contradita negou a existência da sociedade de fato entre os cônjuges, de modo que a controvérsia se fixou nesse ponto. A sentença de primeira instância acolheu o pedido por reconhecer a existência daquela sociedade, e o Tribunal do Rio de Janeiro reformou tal decisão, por entender que não se logra provar a sociedade de fato.

O julgamento do STF é curioso, pois o Min. Relator, entendendo que a decisão era de fato, eis que se cogitava da existência ou não de sociedade de fato, não conheceu do recurso. Entretanto, a maioria, inovando a controvérsia, decidiu contrariamente, proclamando que a tese era de direito, não de fato, pois se tratava saber da aplicação, ou não, à hipótese, do art. 259 do CC. Entendendo ser aplicável aquele dispositivo, o STF, por maioria de votos, deu provimento ao recurso.

O terceiro julgamento, a seu turno, foi em sentido contrário, eis que a maioria entendeu que o art. 259 do revogado Código Civil era somente aplicado aos casamentos realizados

pelo regime convencional da separação, e não para a separação obrigatória. O voto vencedor foi no sentido da ideia de contrato que o dispositivo previa: na ausência de vontade das partes no sentido de comunicação dos aquestos, não existe contrato, pois ausente a vontade, como determinante.⁴⁶

Já o derradeiro acórdão renovou o debate, com a sustentação da aplicação do art. 259 e, por outro lado, de sua negativa. Contudo:⁴⁷

[...] mas a ementa do acórdão volta a falar em “comunhão de aquestos, que se funda na cooperação de ambos os cônjuges”. E se completa: “Esta sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infligir lesão injusta aos cônjuges, que, pelos esforços e indústria comuns, obtiverem bens, que devem formar um caixa social [...]”.

Francisco Jose Cahali, analisando a Súmula n. 377 e o art. 259 do Código Civil revogado, em artigo homenageando Silvio Rodrigues, traz as palavras do mestre acerca de tais disposições:⁴⁸

46 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *Op. cit.*, p. 179.

47 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *Op. cit.*, p. 180.

48 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado*. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Ano XXIV, junho de 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004. p. 28.

Este parágrafo, que se encontra nas 25 primeiras edições deste volume, teve sempre por escopo comentar o artigo 259 do Código Civil e a Súmula n. 359 do Supremo Tribunal Federal. O artigo 259 representava um aleijão em nossa legislação civil e a Súmula n. 377, que ampliava injustamente o alcance daquele infeliz dispositivo aos casamentos realizados pelo regime legal da separação, também não merecia maiores encômios.

Gustavo Tepedino também alerta para a controvérsia relevante que a Súmula veio a trazer no meio jurídico. Afirma o autor, também, que tal preceito não foi reproduzido no Código Civil de 2002, situação esta que acarreta dúvidas quanto à aplicabilidade daquela, em que pese haver entendimentos no sentido de manter a Súmula, mas também em posição contrária. Todavia, ressalta o autor que o fundamento do enunciado baseia-se nos princípios da solidariedade social e no enriquecimento sem causa.⁴⁹

Portanto, da narrativa anterior, através da doutrina de Silvio Rodrigues, pudemos observar o nascedouro da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, passando, neste momento, a sua análise em épocas atuais.

Milton Paulo de Carvalho Filho, em obra coordenada pelo Ministro Cesar Peluso, analisa, de forma breve, o entendimento relativo à Súmula n. 377. Em que pese a Súmula dispor que os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se, o Superior Tribunal de Justiça passou a exigir prova do esforço comum do casal na aquisição dos bens, na constância do casamento, ou seja, “amenizou o entendimento sumulado”. Todavia, esclarece que o entendimento do Supremo permanece em vigor:⁵⁰

Contudo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade social, do enriquecimento sem causa e da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento sumulado permanece em vigor, devendo ser levado em consideração para os casos de separação obrigatória de bens, ou seja, aqueles previstos no artigo comentado. Enquanto se verificarem as causas estabelecidas pela lei para a aplicação do regime de separação total, aplica-se a Súmula n. 377.

A crítica ao artigo 259 do então Código Civil vinha no sentido de que tal norma destoava do sistema. É que

49 TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008. p. 12-13.

50 FILHO, Milton Paulo de Carvalho. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 1.771.

a previsão anterior era no sentido de que mesmo com o regime da separação, o silêncio das partes no pacto antenupcial em relação aos bens adquiridos na constância do casamento fazia com que houvesse a comunicação. O preceito em questão, segundo Francisco José Cahali não figura no projeto elaborado por Clóvis Beviláqua. Assim, o que destoava do sistema era a comunicação dos bens adquiridos, eis que desvirtuava a natureza do regime da separação. Vamos às palavras do autor ora referido:⁵¹

Ora, aplicando-se a regra do artigo 259 ocorre o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comunicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens; e que os bens aqüestos *também* não se comunicam.

Portanto, a doutrina de Silvio Rodrigues trazida por José Francisco Cahali é clara no sentido da crítica aqui demonstrada. E, como se não bastasse, a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal restaria revogada por não ter sido recebida pelo atual Código Civil. É que “não mais se admite a prevalência dos princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento pelo regime da separação obrigatória”. Portanto, passa a ser a separação obrigatória o regime da efetiva separação e não mais um regime da comunhão simples, quando admitida a meação sobre os aqüestos.⁵²

Todavia a fundamentação acima exposta admite uma exceção: a comprovação do esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens. Nesse caso, está caracterizada uma sociedade de fato “sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento”.⁵³

51 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Revista do Advogado*. Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Ano XXIV, junho de 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004. p. 28.

52 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Op. cit.*, p. 28-29.

53 CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Op. cit.*, p. 29.

Rolf Madaleno é expresso ao referir e apontar a discriminação, por parte da lei: “Era esperado fosse modelo definitivamente extirpado do Direito Civil brasileiro, tanto quando faz incidir o regime legal da separação de bens sobre casamentos cobertos pela áurea suspensiva do art. 1.523 do Código Civil, quando aplica a mesma forma para discriminar pessoas que casam com mais de setenta anos [...]”. O referido autor menciona que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal⁵⁴ já havia afastado de nosso ordenamento jurídico o regime obrigatório da separação de bens. Os efeitos de tal regime, segundo Rolf Madaleno, eram os de apenas “desamparar

o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação formal e espiritual e para o crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar”.⁵⁵

Maria Berenice Dias afina-se com a posição acima trazida. Podemos observar que a Magistrada referiu, expressamente que, mesmo para os casos do regime da separação absoluta por idade, ao patrimônio adquirido através do esforço comum incidem os efeitos da Súmula n. 377⁵⁶ do Supremo Tribunal Federal.⁵⁷ Ainda, refere injustiça, ressaltando que edição da

54 “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

55 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 733-734.

56 NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

57 Ementa: APELAÇÃO. [...]. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. Impositivo o reconhecimento da união estável quando a prova colacionada aponta para a existência de uma relação que atende aos requisitos legais. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. Art. 1641, II, CC. DESCABIMENTO. SÚMULA 377 DO STF. De todo descabido aplicar à união estável a restrição imposta no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, seja em razão do atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, seja em razão da vedação do uso da analogia para o fim de se restringir direitos. Ao depois, ainda que considerada a prevalência do regime obrigatório, admite-se a partilha igualitária do patrimônio comum, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro, por força da Súmula 377 do STF. [...]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara

Súmula ora em estudo corrigiu distorções.⁵⁸

Mas importante é a observação que faz o autor acima mencionado, acerca da prevalência dos princípios do regime da comunhão parcial à separação obrigatória por idade, haja vista o reconhecimento “à companhia participação nos bens adquiridos durante o concubinato”. Como se não bastasse, a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal vem em socorro à hipótese trazida.⁵⁹ Inclusive, Carlos Alberto Bittar leciona que “em

havendo omissão no pacto antenupcial, prospera o entendimento de que ocorre a comunhão de aquestos, pois se entende que adquiridos os bem por esforço comum”.⁶⁰

O Superior Tribunal de Justiça analisou caso análogo. Todavia, restou consignado que, ante à ausência da prova do esforço comum para aquisição de determinado bem, este ficou excluído da partilha.⁶¹

Maria Berenice Dias, na então condição de Desembargadora, assim decidiu em caso envolvendo a

Cível. Apelação Cível n. 70014925432. Rel. Des: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/07/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014925432%26num_processo%3D70014925432%26codEmenta%3D1497909+regime+de+bens+e+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+s%C3%BAmula+n%C2%BA.+377++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014925432&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=12/07/2006&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 09 mar. 2015).

58 DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord). *Questões controversas no novo código civil*. Série Grandes Temas de Direito Privado. v. 2. São Paulo: Método, 2004. p. 269.

59 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

60 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Atualizada por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 126.

61 Ementa: CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA. BEN-

separação total de bens, adotado pelas partes.⁶²

Por último, Silvio Rodrigues destaca a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo em decorrên-

cia da Súmula ora analisada, eis que aquela “cria ou pode criar um Direito que se afasta do editado pelo legislador”.⁶³ Novamente, aí, reside a irrisignação do autor, ou seja, a ausência

FEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Devem ser estendidas aos companheiros as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento. 2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. 3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha. 4. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1369860/PR. Rel. Min: João Otávio de Noronha. Julgado em: 19/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302102&num_registro=201300679867&data=20140904&formato=HTML>. Acesso em: 09 mar. 2015).

62 Ementa: REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PROVA DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. Em que pese as partes tenham adotado o regime da separação total de bens, revela-se impositivo reconhecer à virago direito a montante correspondente a 50% do patrimônio amealhado na vigência do casamento, porquanto manifestamente comprovada sua efetiva contribuição para a aquisição dos bens, sob pena de enriquecimento ilícito de um cônjuge em detrimento do outro. [...] (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70016610651. Rel. Des: Maria Berenice Dias. Julgado em: 11/04/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70016610651%26num_processo%3D70016610651%26codEmenta%3D1839829+regime+da+separa%C3%A7%C3%A3o+total+de+bens+e+efetiva+contribui%C3%A7%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70016610651&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=11/04/2007&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 01 jun. 2015).

63 RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnoldo (coord). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 175.

de manifestação de vontade. Carlos Roberto Gonçalves, quanto a esta, ainda nos ensina sobre a questão do silenciar que, como regra, “nada significa, por constituir total ausência de manifestação de vontade e, como tal, produzir efeitos”.⁶⁴

3.1 União estável iniciada e reconhecida cujo um dos companheiros tem o mínimo de setenta anos: qual o regime a ser adotado – comunhão parcial ou separação obrigatória?

Questão também de extrema importância em relação à separação obrigatória em decorrência da idade guarda relação direta com outro dispositivo do Código Civil: o artigo 1.725. Ao tratar do regime dos companheiros, silencia quanto à obrigatoriedade da separação, bem como não impõe idade, assim como, na ausência de contrato, adota o regime da comunhão parcial ao regime de bens.⁶⁵

Mas em que pese o silêncio da lei referente às relações envolvendo os maiores de setenta anos, como na hi-

pótese da referida norma do art. 1.725 do Código Civil, a jurisprudência tem interpretação no sentido de que, para pessoas acima do limite da lei (setenta anos), mesmo nas uniões estáveis, cuja regra, insistimos, cala quanto à idade, o regime a ser adotado deve ser o da separação obrigatória.

Álvaro Villaça Azevedo entende que deve ser aplicada a regra da separação absoluta de bens, em decorrência da idade, prevista para o casamento e também para os casos de união estável que do mesmo modo incorrem na idade de setenta anos, de forma análoga. A justificativa do autor vai no sentido de que “[...] na união matrimonial, após essa idade, muitos direitos já se consolidaram na família dos cônjuges ou conviventes, que merecem ser respeitados [...]”.⁶⁶

Milton Paulo de Carvalho Filho, ao discutir a questão da obrigatoriedade do regime de bens imposta aos maiores de setenta anos (sessenta, quando discorreu sobre o tema, eis que antes da alteração legislativa que aumentou a idade para setenta anos), aduz que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil prevê a obrigatorie-

64 GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro*. v. 1. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 352.

65 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.

66 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 296.

dade do regime, apenas para os cônjuges, bem como que a dicção do artigo 1.723 também do Diploma Civil não faz qualquer menção à idade dos companheiros, assim como qualquer outro dispositivo do Código. Portanto, conclui que, nos casos de união estável, não restaria aplicada a obrigatoriedade do regime da separação de bens imposta ao casamento.⁶⁷

Entretanto, o referido autor cita os ensinamentos de Zeno Veloso, que possui entendimento em sentido contrário, ou seja, de que não cabe tratamento diferenciado à união estável à lei conferida ao casamento, tendo incidência àquela das prescrições contidas no artigo 1.641, inciso II, do Código. Tal argumento é reforçado, ainda, com o objetivo de se evitar tratamentos diferenciados para a imposição do regime da separação obrigatória de bens, seja no casamento seja na união está-

vel. Busca-se evitar relações exclusivamente interesseiras.⁶⁸ Respeitado o posicionamento de Zeno Veloso, ocorre que, relações interesseiras, termo este usado pelo autor, podem ocorrer em qualquer circunstância da vida, bem como em qualquer idade.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a decisão foi no sentido de que “Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta”,⁶⁹ e, no mesmo sentido, o jul-

67 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; PELUSO, Cezar (orgs.). *Código Civil comentado*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 1.927.

68 Idem.

69 Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. [...] 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que

gamento em questão.⁷⁰ Na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça perfilha o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual também determinou a aplicação do regime da separação por idade, vejamos: “Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, con-

siderando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia)”.⁷¹ Este julgamento, também da Corte Gaúcha, registrou a obrigatoriedade da separação obrigatória de bens em relação à união estável, ressaltando, igualmente

o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. [...] 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1171820/PR. Rel: Min. Sidnei Beneti. Rel. para acórdão: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 07/12/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1016979&sReg=200902413116&sData=20110427&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

70 Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n. 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 646259/RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014.

71 Ementa: AGRAVO RETIDO. [...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. CONVIVENTE SEPTUAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 377 DO STF. PARTILHA DE BENS E DE VALORES. 1. [...]. 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum, que é presumido. Precedentes do STJ. 3. Ausente comprovação de que, com exceção dos R\$ 45.000,00, fruto da venda de um apartamento que o convivente possuía antes do início

a anterior decisão trazida e comentada, o início do tempo da relação, cujo idoso já contava com mais de oitenta anos de idade.⁷²

da relação estável, a aquisição dos demais bens imóveis que o substituíram ocorreu com a utilização de recursos exclusivamente seus, resta demonstrada a parcial sub-rogação, devendo ser mantida a sentença no ponto. 4. Não tendo sido demonstrada a ocorrência de sub-rogação, deve ser reconhecida a comunicabilidade da integralidade do box n. 5, em relação ao qual não foi demonstrada a ocorrência de sub-rogação. Sentença reformada, no ponto. 5. Idêntica solução deve ser dada em relação ao automóvel adquirido na constância da união, sendo comunicável, em razão da parcial sub-rogação comprovada, o percentual de 48,12% do bem. Sentença reformada, no ponto. 6. Devem ser partilhados os valores depositados em conta poupança em nome do companheiro, na medida em que não restou afastada a presunção de que representam economias do casal, não revelando as declarações de renda acostadas ao feito que são frutos de bens de titularidade exclusiva do varão, devendo, todavia, ser abatida do valor depositado ao tempo do óbito aquela quantia já existente ao tempo do início da relação. Sentença reformada, no ponto. 7. Inviável a inclusão na partilha do valor de R\$ 47.000,00, pois ausente comprovação de que, assim como declarado junto ao fisco no ano de 2010, tal quantia estivesse efetivamente em seu poder na data do óbito, inexistindo, ademais, indícios de que a companheira tenha se apropriado de tal valor. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 70051216505. Rel: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 28/02/2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26numero_processo_mask%3D70051216505%26numero_processo%3D70051216505%26codEment%3D5125442+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70051216505&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-02-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

72 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. CONVIVENTE OCTAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. PARTILHA DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O VEÍCULO TENHA SIDO ADQUIRIDO EXCLUSIVAMENTE COM O PRODUTO DA VENDA DE BEM EXCLUSIVO DO CONVIVENTE. BENS MÓVEIS QUE GUARNECIAM A RESIDÊNCIA DO CASAL. PARTILHA DE UM FOGÃO À LENHA E DE UMA CAMA. 1. Não há falar em ausência de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória de união estável *post mortem*, sob o argumento de que aplicável ao caso o regime da separação obrigatória de bens, uma vez que a declaração perseguida independe da questão patrimonial, que é apenas uma sua consequência lógica (meação/herança). 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação,

Portanto, seja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aquela revela-se

pacífica e maciça quanto a sua aplicação,⁷³ não abrindo, deste modo, margem para maiores discussões,⁷⁴ ou seja: é aplicado o regime da separação

considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 80 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum. Precedentes do STJ. 3. Em que pese isso, não se desincumbiram os recorrentes (sucessores do convivente falecido) de comprovar a alegação de que para a aquisição do veículo, no curso da união, foram utilizados exclusivamente os recursos da venda de bem particular do falecido, razão por que corretamente reconhecido o direito de meação da recorrida sobre diferença investida por ambos nessa aquisição. 4. À exceção de um fogão à lenha e de uma cama, os demais bens móveis que guarneciam a residência do casal não integram o acervo partilhável, pois, consoante admitido pela própria convivente em seu depoimento pessoal, já pertenciam ao convivente antes do início da relação. Ponto parcialmente acolhido. PRELIMINAR REJEITADA, APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047381082. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 14/06/2012. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047381082%26num_processo%3D70047381082%26codEmentA%3D4749360+separa%C3%A7%C3%A3o+obligat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70047381082&comarca=Comarca+de+Taquari&dtJlg=14-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

73 Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n. 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 646.259 – RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

74 STJ, REsp 918643/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 26/04/2011, DJe 13/05/2011; REsp 1171820 / PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 07/12/2010, DJe

absoluta de bens por razão de idade, mesmo para as hipóteses envolvendo a união estável.

Maria Helena Diniz, ao comentar a respeito da Súmula aqui analisada, faz menção ao Enunciado n. 261 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.⁷⁵ No mesmo sentido noticiou Milton Paulo de Carvalho.⁷⁶

Por fim, em termos de união estável, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que àquela relação não se aplicam as disposições do art. 1.641 e seus incisos, “dada a

inequívoca ausência de previsão legal nesse sentido”.⁷⁷

3 DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE

A maior parte dos doutrinadores atuais busca identificar as bases da fundamentação da discriminação verificada, por força do inciso II, do art. 1.641 do Código Civil, também na dignidade da pessoa humana, e na discriminação do idoso.

Entendida como a base da sociedade, a família tem especial proteção do Estado. Quanto aos idosos, vários dispositivos referem a velhice como objeto de direitos específicos, tais como o direito previdenciário,⁷⁸ o direito assistencial.⁷⁹ Todavia, dois

27/04/2011; REsp AgRg no REsp 194325/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª Turma, j. 08/02/2011, DJe DJe 01/04/2011; REsp REsp 471958 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18/12/2008, DJe 18/02/2009.

75 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1169.

76 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; PELUSO, Cezar (org). Op. cit., p. 1.928.

77 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 326.

78 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I. cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada [...].

79 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I. a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...]”.

dispositivos constitucionais merecem destaque, eis que o objeto de sua consideração é a pessoa na terceira idade.⁸⁰

A Constituição Federal, em seu artigo 230,⁸¹ refere que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparo às pessoas idosas, e assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e seu bem-estar, e garantindo o direito à vida. Como se não bastasse, a Lei de n. 8.842/94, que dispõe sobre a política nacional do idoso, criando também o Conselho Nacional do Idoso, busca assegurar os seus direitos sociais, criar condições para a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.⁸² Por outro lado, a Carta tem como direito fundamental o princípio da igualdade⁸³ e, como se não bastasse, veda discriminações, entre outros

aspectos, em razão da idade, eis que tal disciplina é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.⁸⁴

Cristiano Heineck Schmitt, ao tratar do idoso, ensina que o Estatuto do Idoso, em seus arts. 8º e 9º, respectivamente, tratam do envelhecimento como direito personalíssimo, sendo a sua proteção direito social, bem como ser obrigação do Estado a garantia à pessoa idosa de proteção à saúde, à vida. A obra ora citada relaciona-se com a proteção do idoso no mercado de consumo, todavia, é de importância ímpar à presente dissertação, especialmente neste ponto do trabalho, senão vejamos: “Assim, se há discriminação com o idoso, esse não detém uma representatividade de seus interesses, o que lhe impõe um isolamento, uma exclusão social, estar-se-

80 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 851-852.

81 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

82 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 852.

83 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:**

84 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

-á diante de uma sociedade que não reflete suas necessidades nas leis que faz promulgar e cumprir”.⁸⁵

Mas, além da proteção aos direitos dos idosos, é importante ressaltar, também, a limitação da capacidade que a lei impõe àqueles, explica-se.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho alertam que a questão inerente à personalidade jurídica é das mais importantes no tocante à Teoria Geral do Direito Civil.⁸⁶ A nossa intenção é associar o conceito à pessoa natural, em que pese salientarmos a importância da personalidade no que se refere às pessoas jurídicas. Todavia, quanto a essas, especificamente, não são objeto deste estudo e, por razões de delimitação do tema, não serão abordadas. Os autores referidos assim conceituam personalidade jurídica: “[...], é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair

obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos”,⁸⁷ de acordo com o Código Civil,⁸⁸ passando a surgir após o nascimento com vida (teoria natalista)⁸⁹, nos termos da legislação ora mencionada.⁹⁰

Para o caso da imposição ao regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, vejamos as seguintes lições acerca da aptidão das pessoas para a realização, para o exercício dos seus direitos: “Nem toda a pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos em razão de limitações orgânicas ou psicológicas”.

Mas uma das causas de emancipação nos levanta curiosidade, ou seja, a emancipação voluntária, prevista pelo artigo 5º, § único, incisos I a V do Código Civil.⁹¹ Segundo Carlos

85 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

86 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127.

87 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Idem*

88 Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

89 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 131.

90 Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

91 Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os

Roberto Gonçalves, a emancipação é, independentemente de sua forma, irrevogável.⁹²

Pode o menor ser emancipado, mas não pode o adulto experiente dispor do melhor regime que lhe aproveitar. Além de tudo, para este confronto específico entre incapacidade e capacidade, a contradição é transparente. Até porque, se a emancipação é concedida ao menor de dezesseis anos e, como consequência, a lei o antecipa a ter aptidão, como vimos, para os aptos da vida civil, faticamente a pessoa continua sendo menor, tendo uma mente ainda não adulta. Por outro lado, quanto mais experiente o idoso vai ficando, ao completar setenta anos, em que pese faticamente esteja mais experimentado, a lei lhe restringe tal capacidade.

3.1 Boa-fé objetiva e presunção

Como estamos sustentando, entendemos que a obrigatoriedade do

regime da separação obrigatória, se sob a perspectiva do idoso, induz a uma incapacidade presumida, também, pela ótica do companheiro(a) ou cônjuge daquele, induz à presunção de má-fé deste, como veremos a seguir, segundo nossa posição.

Já no período do Direito Romano:⁹³

a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius gentium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves que o princípio da boa-fé divide-se em: a) boa-fé subjetiva; b) boa-fé objetiva, ou então também denomina-

menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

92 GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro*. v. 1. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

93 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 32.

da de ética da boa-fé.⁹⁴ Em relação à boa-fé subjetiva, o autor referido assinala que tal instituto esteve presente no Código Civil de 1916, “com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico”. A boa-fé subjetiva, por assim dizer, guarda relação com o conhecimento ou a ignorância da pessoa sobre certos fatos, havendo a consideração do direito, para os fins específicos da situação a ser regulada. Melhor explicando, serve de tutela para aquele que “tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade”. “A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.” Resumindo: a expressão “subjetiva” leva o intérprete, na sua aplicação, para o campo da interpretação em relação à intenção daquele que integra a relação

jurídica, ou seja, o seu estado psicológico ou então a sua convicção íntima. Significa, portanto e em um primeiro momento, a “noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante”.⁹⁵

Sendo a boa-fé objetiva regra de conduta e preceito geral de direito, noções mínimas do que sejam estes conceitos devem ser estudadas. Alimentamo-nos, para tanto, da doutrina de Miguel Reale acerca dos princípios gerais de direito.

Mas vamos, inicialmente, à previsão legislativa da disciplina. O Código Civil aborda a questão da cláusula feral da boa-fé em três dispositivos, a saber: artigos 422⁹⁶, 113⁹⁷ e 187⁹⁸. Segundo as lições de Carlo Roberto Gonçalves, das três normas previstas, a de maior repercussão vem no art. 422. Tal dispositivo é norma legal aberta, acolhendo princípio ético, e fundada na lealdade, confiança e probidade.⁹⁹

94 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

95 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 55-56.

96 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

97 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

98 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

99 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

Carlos Roberto Gonçalves ainda ensina que, em relação ao papel do juiz, cabe ao magistrado “estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado”. Portanto, os ensinamentos vão no sentido de que no caso de determinada conduta ser contrária ao estabelecido acerca do que se entende pelo modelo adotado, a conduta será considerada como ilícita, haja vista que violou cláusula da boa-fé.¹⁰⁰

Como se não bastasse, mostra-se relevantíssimo, quando se cogita da boa-fé objetiva, invocar a sua característica quanto à presunção. Ou seja, “recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provocada por quem a alega”.¹⁰¹ Não é por menos que Clóvis do Couto e Silva sinaliza sobre a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos e, segundo as palavras do autor,

“é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”.¹⁰²

CONCLUSÃO

Realmente, a doutrina é majoritária quanto à limitação que o Código Civil impõe aos maiores de setenta anos, quando os obriga ao casamento sob o regime da separação obrigatória de bens.

Todavia, tal medida, entendemos assim, não tem mais cabimento no atual contexto histórico e normativo: limitada, sem mais qualquer justificativa, a autonomia privada. Portanto, chega o momento de, mais do que nunca, questionarmos a norma ora estudada, no sentido de arejar as restrições aqui verificadas, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a capacidade e a boa-fé.

Assim, de acordo com toda a gama de normas e princípios trazidos, realmente não encontramos em nosso ordenamento jurídico espaço para as restrições e limitações previstas no inciso II, do art. 1.641, do Código Civil.

100 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57-58.

101 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Idem*, p. 54.

102 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 32.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, ano 3, v. 11, jul./set. 2002. Rio de Janeiro: Padma.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Atual. por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. DF, 01 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071impressao.htm>.
- _____. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. DF, 01 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
- CAHALI, Francisco José. A súmula n. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. *Revista do Advogado*, ano XXIV, jun. 2004, n. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO, Cezar (org). *Código Civil comentado*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico*. v. V. Direito de família (arts. 255-367). Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. v. 5. Direito de família. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (atual). *Questões con-*

- trovertidas no código civil*. Série Grandes Temas do Direito Privado. v. 2. São Paulo: Método, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1. Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Direito civil brasileiro*. v. 6. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- JORNADAS de Direito Civil: I, III, IV e V: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 18 ago. 2014.
- JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de. ALVIM, Ar-ruda; ALVIM, Thereza (coords). *Comentários ao código civil brasileiro: do direito de família*. Direito patrimonial. v. XV. Arts. 1.639 a 1.783. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). *Código civil comentado*. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. Arts. 1.591 a 1.693. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008.
- NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, n. 1, jul./dez. 2007.
- RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos

- últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP*, v. 88, São Paulo, 1993.
- _____. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 28. ed. Atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: WALD, Arnaldo (coord). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). *Código civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, fev./mar. 2008, ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008.
- WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.