



**FACULDADE DE SINOP
CURSO DE DIREITO**

GABRIELI CRISTINA DE PAULO FAGUNDES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE
BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS**

**Sinop/MT
2021**

GABRIELI CRISTINA DE PAULO FAGUNDES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS IMPOSTO
AOS MAIORES DE 70 ANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Departamento de Direito, da Faculdade de Sinop - FASIP, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof^ª. Nayara Moura Feitosa.

Coorientador(a): Prof^ª. Clarisse Odete Faccio Fronza.

GABRIELI CRISTINA DE PAULO FAGUNDES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS IMPOSTO
AOS MAIORES DE 70 ANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Avaliadora do Curso de Direito - FASIP, Faculdade de Sinop como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____/_____/_____

Nayara Moura Feitosa
Professor(a) Orientador(a)
Departamento de Direito – FASIP

Professor(a) Avaliador(a)
Departamento de Direito – FASIP

Professor(a) Avaliador(a)
Departamento de Direito – FASIP

Gabriel Anizio Caldas
Coordenador do Curso de Direito
FASIP – Faculdade de Sinop

AGRADECIMENTOS

- Primeiramente à Deus, de onde vem toda minha força, por ter me mantido perseverante e paciente até o final, e por ter me conduzido durante toda essa pesquisa com saúde física e mental.
- À minha família, em especial meus pais, pelo apoio incondicional e sacrifícios que fizeram por mim durante toda a minha vida. Sem eles eu nunca teria chegado até aqui.
- À professora Clarisse Odete Faccio Fronza, que me auxiliou na escolha do tema, sempre me incentivou e me apoiou durante todo este projeto. Sua ajuda e seu conhecimento foram essenciais durante esse caminho.
- Por fim, à UNIFASIPE e a todos os professores do meu curso, por todo conhecimento, experiências e ensinamentos que obtive durante esse tempo.

Gabrieli Cristina de Paulo Fagundes. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS.** 2021. 62 folhas. Monografia de Conclusão de Curso – FASIP – Faculdade de Sinop.

RESUMO

O presente trabalho teve como principal objetivo um estudo e análise acerca da possível inconstitucionalidade presente no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002, com principal fundamento na violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da isonomia. Primeiramente foi realizada uma análise acerca do casamento de acordo com a Constituição Federal e uma contextualização acerca dos regimes de bens existentes em nosso ordenamento jurídico, suas principais características e regras. Em seguida, de maneira mais aprofundada, foi feita uma análise ao regime obrigatório de bens, tendo como foco principal o regime obrigatório imposto aos maiores de 70 anos. No terceiro momento, foi feita a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao tema em questão, finalizando com o confronto entre estes princípios e a norma civil em comento. A relevância do presente trabalho dá-se por ser o casamento a base para estruturação da maioria das famílias, portanto, necessário que sejam garantidos os direitos primordiais dos nubentes. Por meio deste artigo, foi possível concluir que, ainda que a intenção do legislador seja a proteção patrimonial do idoso, a forma como isso encontra-se disposto na norma em comento viola importantes princípios constitucionais, que são a base de nosso ordenamento jurídico.

Palavras chave: Inconstitucionalidade. Regime de bens. Separação obrigatória.

ABSTRACT

The present work had as main goal a study and analysis of the possible unconstitutionality present in article 1641, item II of the Civil Code of 2002, with the main warrant in violation of the principles of human dignity, freedom, equality and isonomy. First, an analysis was carried out about marriage according to the Federal Constitution and a contextualization about the existing property systems in our legal system, its main characteristics and rules; after, in a deeper way, an analysis was made of the mandatory property system, with the main focus on the mandatory system imposed on people over 70 years; in the third moment, the analysis of the constitutional principles applicable to this subject was carried out, ending with the confrontation between these principles and the civil norm under discussion. The relevance of this work is given by the fact that marriage is the basis for structuring most families, therefore, it is necessary that the primary rights of the betrothed are guaranteed. Through this article, it was possible to conclude that, although the intention of the legislator is the elderly patrimonial protection, the way it is provided for in the norm in question violates important constitutional principles, which are the basis of our legal system.

Keywords: Unconstitutionality. Property system. Mandatory separation.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART. – Artigo

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DO CASAMENTO	11
1.1 Evolução Histórica.....	11
1.2 Conceito	12
1.3 Natureza Jurídica	13
1.4 O consentimento como pressuposto de existência do casamento	15
1.5 Boa-fé objetiva no casamento	17
1.6 Características do Casamento	18
2 DOS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO	23
2.1 Conceito e breve histórico	23
2.2 Regime de Comunhão Universal de Bens.....	24
2.2.1 Contexto Histórico.....	24
2.2.2 Disposições Gerais	25
2.2.3 Bens excluídos da comunhão universal.....	26
2.3 Regime de Comunhão Parcial de Bens	26
2.3.1 Bens incluídos na comunhão parcial de bens	27
2.3.2 Bens excluídos da comunhão parcial de bens	28
2.4 Regime de Participação Final dos Aquestos.....	29
2.5 Do Regime de Separação de Bens	31
2.5.1 Do Regime de Separação Consensual de Bens	32
2.5.2 Do Regime de Separação Obrigatória de Bens	34
2.5.2.1 Características Gerais	35
2.5.2.2 Críticas ao regime.....	35
2.6 Do pacto antenupcial	36
2.7 Os princípios aplicáveis ao casamento e aos regimes de bens	38
2.7.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	39
2.7.2 Princípios da Liberdade (ou Não Intervenção), Igualdade e Isonomia	41
2.8 A limitação da autonomia e liberdade da pessoa idosa	43
3 A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS – PROTECIONISMO OU VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?	45
3.1 Da (in)constitucionalidade da Imposição do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de 70 anos	45
3.2 A súmula 377, do STF, e seus efeitos sobre o regime de separação obrigatória de bens.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 possui um rol extensivo, mas não taxativo, de direitos fundamentais. Estes direitos encontram-se elencados ao seu art. 5º, sendo um de seus principais objetivos a garantia deles, prezando principalmente para que sejam alcançados com a observância de princípios norteadores.

Sabendo disso, é perfeitamente possível o questionamento feito por inúmeros doutrinadores atualmente. Considerando que a Carta Magna busca garantir igualdade, liberdade, isonomia e vida digna a todos os indivíduos, como pode existir um dispositivo legal que vai contra princípios constitucionais tão importantes, como o art. 1641, inciso II, do Código Civil?

O presente trabalho tem por objeto o estudo e análise em torno do regime de bens imposto aos maiores de 70 anos e as inúmeras controvérsias existentes em torno de sua constitucionalidade ou não. Além disso, também visa estudar a aplicabilidade da súmula nº 377, do STF ao regime de separação obrigatória descrito no art. 1641, inciso II, do Código Civil, que foi editada como uma forma de trazer flexibilidade ao regime aqui discutido, bem como trazer liberdade e autonomia aos nubentes sujeitos aos efeitos deste regime de bens.

Trata-se de um assunto que vem sendo discutido desde a vigência do Código Civil de 1916, tendo em vista que o regime de bens em comento tem previsão legal no ordenamento jurídico desde essa época, só que com critérios um pouco mais rigorosos do que hoje em dia, com relação a idade e separação de gêneros, sendo que esta última foi excluída dos critérios.

É de suma importância que se faça essa análise, tendo em vista que conflito estudado se dá entre duas vertentes de valores importantes. De um lado, existe a proteção patrimonial do idoso, e do outro, o cerceamento de sua liberdade, além é claro, da evidente violação de princípios constitucionais norteadores do nosso ordenamento jurídico, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e isonomia.

Ou seja, havendo a possibilidade de existir uma norma que confronte diretamente preceitos constitucionais, é muito importante que se realize estudo a fim de verificar se tal violação de fato existe ou não.

O principal objetivo desta pesquisa é obter o entendimento em torno dessa discussão que se perdura durante todos esses anos entre a doutrina, a lei e a jurisprudência, já que se trata de um assunto relevante, como os direitos dos nubentes, e entender de fato: existe ou não a inconstitucionalidade alegada pela massa dos doutrinadores hoje em dia?

Para obter esse entendimento, a pesquisa se deu desde a origem: o casamento e suas particularidades, pois dessa forma é possível entender quais foram as intenções dos legisladores no momento da elaboração desta norma e sua inclusão no Código Civil de 2002, e se essas intenções se justificam e encaixam, considerando a constante evolução do mundo jurídico, o que acaba por refletir na formação das famílias que, em sua grande maioria, se dá por meio do casamento.

O método utilizado foi o de pesquisa bibliográfica em torno de leis, jurisprudências e doutrinas de autores especialistas em direito civil e constitucional, tais como: Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho, dentre outros que serão citados no decorrer na pesquisa.

Sobre o principal assunto abordado neste trabalho, os regimes de bens, podem ser definidos de maneira simplificada e direta como o conjunto de regras que direciona o patrimônio de um casal durante a constância de um casamento, e que acarretará alguns efeitos, seja entre a relação dos próprios cônjuges, seja entre eles e outras pessoas.

No entanto, o regime obrigatório de bens que está em análise acaba por ter regras um pouco mais restritas do que os outros, o que tem sido objeto de críticas desde a vigência do Código Civil de Clóvis Beviláqua. Muito embora em nossa antiga lei civil as regras fossem ainda mais restritas, sempre existiu a discussão em torno da inconstitucionalidade deste artigo.

Ainda que essas discussões existam a muitos anos, o fato é que o referido dispositivo permanece em vigência. Todavia, como maneira de suprir esse problema que sempre esteve em evidência para a maioria dos doutrinadores, a jurisprudência editou uma súmula a fim de minimizar esses efeitos tão restritos, o qual também será objeto de estudo desta pesquisa. Mesmo que não seja uma declaração expressa de que o dispositivo legal é inconstitucional, a súmula é, por hora, uma boa alternativa para os noivos que desejam ter mais liberdade no quesito patrimonial durante o casamento e até mesmo após.

O primeiro capítulo desta pesquisa abordará o casamento e suas nuances de forma geral. Iniciam-se as discussões com o contexto histórico das uniões matrimoniais, seguindo para o conceito e natureza jurídica do casamento.

Em seguida, no mesmo capítulo, serão abordadas teorias discutidas pela doutrina e que possuem relação com o tema principal da pesquisa, sendo elas: a boa-fé objetiva no casamento e o consentimento como pressuposto de existência do casamento. Para finalizar o primeiro capítulo, serão explanadas as características do casamento.

O segundo capítulo tratará especificamente sobre os regimes de bens, iniciando-se pela conceituação e discussão acerca dos regimes de bens existentes em nosso ordenamento jurídico e as principais características de cada um deles. Por conseguinte, será discutido brevemente acerca do pacto antenupcial e dos princípios aplicáveis a esta área do Direito Civil Familiar.

Por fim, o terceiro capítulo desta pesquisa tratará a respeito da suposta inconstitucionalidade em si, sendo realizado confronto com os princípios abordados anteriormente e com a própria Constituição Federal. O mesmo capítulo tratará, ainda, da súmula 377, do STF e sua aplicabilidade e efeitos aos regimes de bens.

1 DO CASAMENTO

Neste capítulo será realizado estudo acerca do casamento, iniciando-se por sua evolução histórica, conceito, natureza jurídica e características. Por fim, serão discutidas teorias doutrinárias que possuem relação com o tema principal deste trabalho, sendo elas: a boa-fé objetiva no casamento e o consentimento como pressuposto de existência do casamento.

1.1 Evolução Histórica

O casamento é uma instituição milenar e que ao longo da história passou por inúmeras mudanças, o que tem acontecido até os dias atuais. No que se refere ao contexto histórico, convém observar de forma breve as mudanças ocorridas em torno deste instituto no Brasil.

De um modo geral o casamento sempre esteve intimamente ligado ao cristianismo, mais precisamente ao catolicismo. No Brasil não se falava em casamento para não católicos antes da Proclamação da República, ocorrida em 1889 (DIAS, 2021, p. 463).

Após este momento, a República Federativa do Brasil se tornou um “Estado laico”, havendo um divórcio, ao menos em teoria, com o catolicismo que era tão enraizado em nosso país.

Essa separação ocorreu somente na teoria, pois até o advento do Código Civil de 2002, o casamento ainda permanecia como a única forma legítima de constituição de uma família, a única que era digna de proteção estatal.

O casamento no Código Civil de 1916 permanecia muito ligado a ideais religiosos e patriarcais. Visto que se falava em uma instituição indissolúvel, o que evidenciava ainda mais a ideia canônica de que “aquilo que Deus uniu, homem nenhum pode separar”.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a realidade passou a mudar, ao menos um pouco. Assim sendo, o casamento deixou de ser visto como a única forma de constituição das famílias e, a partir daquele momento, a união estável, famílias monoparentais, famílias homoafetivas, dentre outras, começaram a ganhar força (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 141).

Convém observar as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002 que, muito embora se assemelhe com seu antecessor, buscou adaptar e modernizar institutos anteriormente previstos. De maneira geral, se afastou o ideal unicamente religioso e supremo que existia em torno deste instituto.

1.2 Conceito

Trata-se de um dos institutos mais discutidos do direito, sendo tortuoso o caminho para encontrar uma definição padrão. Esta varia de acordo com o critério utilizado por aquele que o define. Além disso, por tratar-se de um instituto tão antigo, sua definição está em constante evolução, assim como nossa sociedade.

O Código Civil de 2002 utiliza como finalidade o critério para definição do casamento, sendo, de acordo com o artigo 1.511, uma “comunhão plena de vida” (BRASIL, 2002).

Já Diniz (2010, p. 37), para definir este instituto, se baseia na relação que surge entre os contraentes. Para ela, casamento é “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”. Ou seja, trata-se de um conjunto, abrangendo a união física e emocional.

Farias e Rosenvald definem o casamento como:

[...] 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 pessoal, social e patrimonial (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 146).

Ademais, independentemente do conceito adotado, fato é que o casamento permanece sendo um dos institutos mais valiosos do direito, assim como para a sociedade.

Isto posto, trata-se de um negócio jurídico protegido especialmente e garantido a todos de forma gratuita pela Constituição Federal, conforme disposto no artigo 226, §1º da

CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração” (BRASIL, 1988).

E diante disso, nota-se a relevância do casamento, eis que é abraçado pela lei superior de nosso ordenamento jurídico e muito estimado pela sociedade.

1.3 Natureza Jurídica

Quanto a natureza jurídica, Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 139) entendem que estudar a natureza jurídica de algum instituto é “em linguagem simples, responder à pergunta: “o que é isso para o Direito?”.

Ou seja, ao buscarmos entender qual é a natureza jurídica do casamento, estamos buscando encaixar este instituto em alguma categoria do ordenamento jurídico, mais precisamente do Direito Civil.

Ocorre que, assim como estabelecer um conceito para o casamento, entender sua natureza jurídica é difícil. Trata-se de um tema extremamente discutido em nosso ordenamento jurídico, em que não há um consenso.

Tais discussões deram origem a três teorias, sendo elas: a teoria clássica, que também é chamada de contratualista ou individualista; a teoria institucionalista, também chamada de supra individualista; e, por fim, a teoria eclética, também conhecida por mista (DIAS, 2021, p. 469).

Gonçalves (2019, p.43) define que, para a teoria clássica ou individualista, o casamento é considerado “um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes”.

O casamento é muito referido como um contrato justamente por ter como um de seus principais pressupostos de existência a vontade das partes, ou seja, o consentimento mútuo, assunto este que será abordado a frente.

É uma teoria que, apesar de adotada por vários doutrinadores, ainda é um pouco criticada, justamente pois o casamento é uma instituição extremamente peculiar, não cabendo compará-lo à um negócio.

Stolze e Pamplona Filho, defensores da teoria clássica, entendem o seguinte:

Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial no consentimento, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades. Aliás, no momento da realização do casamento, a autoridade celebrante apenas participa do ato declarando oficialmente a união, uma vez que, no plano jurídico-existencial, a sua

constituição decorreu das manifestações de vontades dos próprios nubentes, no tão esperado instante do “sim” (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 138).

Isto significa que quando se discute que a natureza jurídica do casamento seria contratual, estamos levando em consideração a característica principal dos contratos em geral: a manifestação de vontade. Seria o casamento, todavia, um contrato excepcional com regras e características bem peculiares.

Já para a teoria institucionalista, também chamada de supraindividualista, o casamento seria apenas um grande conjunto de regras. Aqui afasta-se o caráter negocial do matrimônio, e leva-se em consideração aquilo que a lei dispõe sobre o casamento, as regras para sua celebração, existência e dissolução.

Sobre esta teoria, Nader entende que:

[...] a teoria da instituição rejeita o contratualismo, atentando para o casamento não como ato criador do vínculo, mas como estado conjugal dele decorrente. O ordenamento jurídico estabelece um conjunto de normas de ordem pública, que orienta a vida conjugal e visa à prática da solidariedade e o alcance dos objetivos inerentes ao casamento. Aos interessados cumpre apenas fazer as gestões necessárias à mudança do estado familiar, deixando a condição de solteiro, viúvo ou divorciado, para assumir a de casado (NADER, 2016, p. 106).

Ou seja, para a teoria supraindividualista, quando falamos em casamento, temos que pensar em um estado conjugal, orientado por um conjunto de regras dispostas na lei, regras estas que disciplinam o casamento como um todo, ou seja, regras para a celebração, constância e também para depois do fim do vínculo conjugal.

Por último, tem-se a teoria mista ou eclética, a qual vem sendo adotada por uma parte considerável dos doutrinadores. Esta, por sua vez, estabelece um meio termo, isto é, o casamento seria durante a sua celebração, um contrato, enquanto que durante sua “vigência”, uma instituição.

Isto pois, no momento da celebração do casamento, o mais importa é a vontade das partes. Contudo, posteriormente, o casamento torna-se uma instituição com regras que devem ser respeitadas por ambos os nubentes.

Sobre esta teoria, Nader cita Henri de Page, um apoiador:

Para Henri de Page, a ideia justificadora da teoria do contrato estaria no ato de declaração, pois o matrimônio requer o consentimento livre e espontâneo dos interessados. Todavia, ver apenas um contrato “est une idée absolument

fausse”. Uma vez formado o vínculo pelo consentimento, os esposos se subordinam a um conjunto de prescrições a que aderiram e que não dispõem de autoridade para modificá-lo. O casal passa a sujeitar-se a um regime jurídico situado fora da esfera contratual, pois esta se limita ao ato inicial (NADER, 2016, p. 106, *apud*, PAGE, 1948, p. 634).

Assim dizendo, olhar para um casamento unicamente como um ato contratual seria errado, pois o vínculo formado após a celebração torna os contraentes subordinados a uma série de regras.

Em que pese existem diversas discussões, é possível perceber que atualmente grande parte dos doutrinadores consideram o casamento como um contrato de natureza especial inserido no Direito de Família.

1.4 O consentimento como pressuposto de existência do casamento

Acerca da inexistência dos negócios jurídicos, trata-se de classificação não contemplada pela lei, concentrando-se a maior parte da discussão acerca deste assunto nas mãos dos doutrinadores e da jurisprudência.

O Código Civil vigente em nosso ordenamento jurídico traz, entre os artigos 1.548 e 1.564, a classificação da “Invalidade do Casamento”, não contemplando em todo seu escopo a questão da inexistência.

Já para Gonçalves (2019, p.152) “o plano da existência antecede o da validade”, isto é, antes de verificar se o casamento é nulo ou anulável, se faz necessário averiguar se de fato ele existe.

Por vezes, o julgador se depara com situações de extrema complexidade, em que a nulidade ou anulabilidade não se encaixam no caso concreto, e nestes casos tem sido aplicada a teoria da inexistência do casamento.

São três os requisitos essenciais para a existência do casamento, quais sejam: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei. De acordo com o referido doutrinador, sem qualquer destes requisitos, o casamento terá mera aparência de negócio jurídico, mas em sua essência, não existirá (GONÇALVES, 2019, p. 152).

Quanto o pressuposto da diferença sexual dos nubentes, cabe ressaltar que se trata de entendimento superado, o que será discutido mais à frente. Por ora, convém observar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é válido, eficaz e existente, conforme decidido pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN n°. 4277) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n°. 132).

Em acordo com o tema que será discutido ao longo desta pesquisa, neste momento a abordagem ficará restrita ao consentimento para a celebração do casamento.

Com relação ao momento da celebração do matrimônio, o Código Civil dispõe o seguinte:

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, **ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade**, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “**De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim**, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.” (BRASIL, 2002). (grifo meu)

Como dito por Venosa (2017, p. 120) “O sim é absolutamente essencial para a conclusão do ato”. Neste sentido, não se trata de uma omissão, e sim de sua própria inexistência.

Não está em discussão, portanto, o consentimento eivado de vício, pois se assim for se tratará de um negócio jurídico anulável. Dessa forma, o que está em pauta é a ausência completa do consentimento, e neste caso o casamento sequer existe. Se não existe, então, não há como ser celebrado, e se celebrado, muito embora tenha a aparência de um negócio jurídico válido, em sua essência não poderá produzir efeitos no âmbito jurídico, e poderá ser declarado como inexistente pelo julgador a qualquer momento, sem necessidade de existência de uma ação própria para isso.

Em face disso, tal assunto se torna importante ao verificarmos justamente o que é discutido nesta pesquisa, pois, muito embora tenha sido nobre a intenção do legislador em disciplinar um regime obrigatório de bens para os maiores de 70 anos, não se levou em consideração o consentimento dos nubentes.

Ora, se consentir é pressuposto essencial para que o casamento exista e tenha efeitos no âmbito jurídico, tal fator deverá ser levado em consideração na escolha do regime de bens pelos nubentes.

Se o nubente possui capacidade mental e civil para anuir para a realização do casamento, porque não teria as mesmas condições para escolher o regime de bens que versará durante e após o seu matrimônio?

É o que se busca responder por meio desta pesquisa.

1.5 Boa-fé objetiva no casamento

O princípio a boa-fé objetiva ganhou força em nosso ordenamento jurídico após o Código Civil de 2002, que por meio de seus princípios basilares passou a valorizar mais a coletividade, o comportamento humano e a confiança.

Contrariamente ao princípio da boa-fé subjetiva, que se pauta na observância da intenção, no caso da objetiva, se trata de uma relação de confiança construída entre as partes por meio de uma série de comportamentos ao longo do tempo.

Para Farias e Rosenvald (2015, p. 111) “a boa-fé objetiva é sentida como a concretização da confiança (e, em última análise, da própria dignidade humana) no campo das relações jurídicas”.

Para os citados autores, é fundamental a aplicação deste princípio nas relações familiares, e, principalmente, no casamento. Visto que no casamento o que ocorre é a perfeita materialização deste princípio. Trata-se de um negócio jurídico consensual firmado entre as partes baseado principalmente numa relação de mútua confiança, e o que se espera é que este comportamento se mantenha durante toda a constância do matrimônio, ou seja, as partes de boa-fé entram em um relacionamento esperando que aquilo que foi pactuado antes do casamento se mantenha.

Os referidos autores ainda entendem que existe “um verdadeiro *dever jurídico* de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas de conteúdo pessoal, existencial” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 113).

E, nesta senda, existindo para os nubentes um dever jurídico, é imprescindível que se estude uma maneira de proteger aqueles que o cumprem. Isto posto, em sua brilhante pesquisa acerca da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, Flávio Tartuce buscou estudar a possibilidade de responsabilizar civilmente aquele que, por abuso de direito, violar os deveres do matrimônio (TARTUCE, 2008).

Sendo assim, é possível entender que a partir da celebração do casamento, não será exigido outra coisa senão que se mantenha o comportamento ético e a confiança que foram estabelecidos anteriormente. Em vista disso, é fundamental que aqueles que celebram o casamento de boa-fé e com base em pura e simples confiança, sejam protegidos.

Pode-se dizer que o tema abordado neste trabalho busca estudar exatamente isso: a proteção patrimonial do idoso. Embora seja extremamente criticado, é importante ressaltar que o Código Civil buscou proteger o patrimônio do maior de 70 anos que, baseado em sua confiança, acabou caindo em uma cilada.

Todavia, a discussão existente na pesquisa, embora trate do mesmo assunto, correrá em torno da maneira pela qual o legislador buscou proteger os “vulneráveis”.

1.6 Características do Casamento

Com relação as características do casamento, estas são bem diversas. Algumas estão presentes no artigo 1.511 e seguintes, do Código Civil, outras na própria Constituição Federal, e ainda, algumas são decorrentes de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Gonçalves (2019, p. 46/49) cita as seguintes características: ato solene, atos de ordem pública, comunhão plena de vida, união permanente, diversidade de sexos, ausência de termo ou condição e liberdade de escolha dos nubentes.

Já Farias e Rosendal (2015, p. 151) explanam as seguintes: caráter personalíssimo e livre escolha dos nubentes, solenidade da celebração, inexigência de diversidade de sexos, inadmissibilidade de termos ou condições, estabelecimento de comunhão de vida, natureza cogente das normas que o regulamentam, estrutura monogâmica e dissolubilidade.

É importante ressaltar que quanto as características do casamento, é possível encontrar algumas divergências na doutrina, no entanto, aqui serão abordadas algumas das mencionadas anteriormente.

A primeira delas é a solenidade do casamento. Sob esse prisma, o casamento é um ato extremamente formal. Nas palavras de Gonçalves (2019, p. 46), “esta formalidade é necessária para trazer maior segurança jurídica ao casamento”.

Tanto é que, acaso ausente ou desrespeitada alguma das formalidades prescritas em lei, o casamento pode se tornar inválido ou até mesmo inexistente.

Assim, a formalidade do casamento pode ser percebida por meio do processo de habilitação e até mesmo em sua celebração, que deve ser presidida por um representante do Estado.

Seguindo em frente, o artigo 1.511, do Código Civil dispõe que: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002).

Sobre a comunhão plena de vida, Gonçalves entende que “A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas” (GONÇALVES, 2019, p. 47).

Neste sentido, é possível entender que a comunhão de vida não se trata unicamente da intenção de permanecer juntos, construir uma vida e uma família, mas também se trata da relação do casal. É sobre respeito mútuo, confiança, igualdade e comunhão digna.

Sobre a união dissolúvel, é importante dizer que se trata de uma característica que predomina em nosso país, mas é um pouco diferente em outros.

É possível perceber alguns deles ainda se refere ao matrimônio como uma “união permanente”. Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, o cenário fático se alterou muito no Brasil, principalmente a partir do momento em que houve maior separação entre Estado e igreja.

Abstrai-se disso que este ideal de que o casamento é eterno e indissolúvel sempre esteve intimamente ligado ao cristianismo e a religião num geral. No Brasil, quebrou-se este ideal principalmente com o advento da Lei do Divórcio, que entrou em vigência no ano de 1977.

Sobre esta característica, Farias e Rosenvald alegam que:

Por derradeiro, vale acentuar o caráter dissolutivo do casamento, sendo possível aos interessados, a qualquer tempo, dissolver a união matrimonial, por vontade recíproca ou unilateral. Aliás, já se pode dizer, inclusive, que, reconhecida a dissolução do casamento em sede constitucional, é possível chegar à ilação de que à liberdade de casar corresponde, em inversão lógica, a liberdade de não permanecer casado (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 152).

Logo, rompe-se o ideal de união eterna do casamento. Assim como para sua celebração, a vontade também é fator importante para o seu “fim”, podendo aqui, ser unilateral. Assim sendo, se há o direito de se casar, também há o direito de se separar, são duas faces da mesma moeda.

Sobre a questão da diversidade de sexos, é possível perceber que a Constituição Federal, em seu artigo 226, prevê tanto para o casamento quanto para a união estável a união entre homem e mulher.

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.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal **são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher** [...] (BRASIL, 1988). (grifo meu)

Todavia, os Tribunais Superiores brasileiros a certo tempo se posicionam de forma diferente, admitindo a união matrimonial e estável entre pessoas do mesmo sexo. A família homoafetiva finalmente foi reconhecida em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, a seguinte jurisprudência:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à Lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. **Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a Lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. **Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado****

melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. **8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.** 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a Lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso Especial provido (STJ. REsp 1.183.378; Proc. 2010/0036663-8; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 25/10/2011; DJE 01/02/2012). (grifo meu)

Neste sentido, mesmo que ainda exista um certo preconceito, é possível perceber que o requisito de "identidade de sexos dos nubentes" foi superado e atualmente a jurisprudência brasileira tem adotado o posicionamento de que não se exige necessariamente um relacionamento heterossexual para a celebração do casamento, assim como na união estável.

Posteriormente, tem-se a ausência de termo ou condição. De cara, é possível pensar: se não há termo ou condição, o casamento é um ato puro e simples. Deste modo, a partir do

momento em que o casamento for celebrado de maneira válida e em conformidade com os requisitos legais, passará a produzir efeitos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 152).

Por fim, há a liberdade de escolha dos nubentes. Tal liberdade pode ser interpretada de maneira geral: liberdade de escolher com quem se casar, liberdade de escolher se quer ou não se casar, liberdade de escolher se quer permanecer casado, dentre outros. Conforme já ressaltado anteriormente, o casamento é visto como um contrato especial que decorre da manifestação de vontade dos nubentes (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 151).

Ou seja, de maneira alguma o casamento poderá ocorrer sem que seja observada a liberdade dos contraentes, sob hipótese de ser considerado inexistente, conforme já tratado nesta pesquisa.

2 DOS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

Serão abordados neste capítulo os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro. De início, será realizada conceituação acerca dos regimes de bens, com explanação breve acerca dos princípios aplicáveis a este assunto.

Em seguida, serão abordados os próprios regimes, sendo eles: regime da comunhão universal, da comunhão parcial, da participação final dos aquestos e no final o regime da separação de bens. Serão citadas suas principais características, com foco um pouco maior no regime de separação obrigatória de bens, que é o objeto central desta pesquisa.

Ademais, também será exposto de maneira breve o pacto antenupcial, suas definições e finalidades.

Por fim, serão trazidos à discussão os princípios aplicáveis aos regimes de bens que supostamente estão sendo violados pelo artigo 1641, inciso II, do Código Civil.

2.1 Conceito e breve histórico

O casamento realizado de acordo com todas as imposições legais é válido e produz inúmeros efeitos. Estes, portanto, não se limitam apenas à esfera social, no convívio familiar ou perante a sociedade, mas também se estendem ao patrimônio do casal. Dessa forma, cabe a eles escolher quais serão os efeitos desta união sobre o seu patrimônio, devendo optar pelo regime de bens que seja mais adequado ao interesse mútuo do casal.

Para Gonçalves (2019, p. 485) “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”. Conforme o mesmo autor, são aplicados ao regime de bens três importantes princípios: o da liberdade de escolha; o da variabilidade; e o da mutabilidade.

O Código Civil de 2002 apresenta, para facilitar a escolha pelos nubentes, em seus artigos 1658 a 1688, quatro regimes de bens diferentes, quais sejam: o da comunhão universal

de bens; o da comunhão parcial de bens; o da participação final dos aquestos; e o da separação de bens.

No entanto, é possível a criação de um regime misto: “Todavia, esse diploma, além de facultar aos cônjuges a escolha dos aludidos regimes, permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto [...]” (GONÇALVES, 2019, p. 485).

Sendo assim, conforme dispõe o artigo 1.639, do Código Civil de 2002: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002) e levando em consideração os princípios da liberdade de escolha e da variabilidade, o casal tem plena liberdade para escolher as condições em que será disposto seu patrimônio podendo, como entendem alguns doutrinadores, criar um regime diverso, que é conhecido por misto. Nele, os cônjuges dispõem da maneira que acharem mais adequada aos seus interesses.

O princípio da mutabilidade nem sempre se aplicou nos regimes de bens, pois até a chegada do Código Civil, idealizado por Miguel Reale, não era dada aos cônjuges a possibilidade de alteração do regime de bens escolhido para reger o casamento, conforme se demonstrava no artigo 230 do Código Civil de 1916: “O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável” (BRASIL, 1916). Atualmente, é possível a alteração do regime de bens a qualquer tempo, salvo nos casos em que o regime de bens é imposto pela própria lei, conforme fixado pelo art. 1.641, do Código Civil de 2002.

2.2 Regime de Comunhão Universal de Bens

Neste tópico será abordado o regime de comunhão universal, antigo regime supletivo. De início, será trazido breve contexto histórico, passando a ser abordadas suas características principais, os bens que se incluem e os que se excluem da chamada comunhão universal de bens.

2.2.1 Contexto Histórico

Historicamente, o regime de comunhão universal de bens era o regime legal desde o Código Civil de 1916, sendo que tal regra se encontrava disciplinada no artigo 258, que dizia o seguinte: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial” (BRASIL, 1916).

A imposição deste regime como regra geral estava em conformidade com o contexto histórico da época em que a norma foi editada. Conforme Venosa (2017, p. 358), “Entendia-

se que a união espiritual do homem e da mulher trazia como corolário também a união de patrimônios”.

No sentido do que já discutido anteriormente, o casamento esteve, durante muito tempo, intimamente ligado ao cristianismo, o qual impõe além da união de corpos, a união de patrimônio, o que revela um ideal não tem mais lugar na sociedade brasileira.

Tal regra se alterou com o advento da Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77), que passou a considerar o regime da comunhão parcial de bens como o supletivo, ou seja, a regra (NADER, 2016, p. 634/635).

A partir dessa alteração, o regime de comunhão universal só valerá se escolhido expressamente pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, que será estudado mais à frente.

2.2.2 Disposições Gerais

O regime de comunhão universal de bens é aquele que possui regras mais simples, porque, de maneira geral, a regra é que a maioria dos bens se comunicam. Devido a isso, aqui é como se existisse um único patrimônio do qual ambos os cônjuges são titulares.

De maneira simples e direta, Dias (2021, p. 704) define o regime de comunhão universal de bens como uma “união de bens”.

No mesmo sentido, Farias e Rosendal definem que (2015, p. 326) “através da comunhão universal forma-se uma massa patrimonial única para o casal, estabelecendo uma unicidade de bens, atingindo créditos e débitos e comunicando os bens pretéritos e futuros”.

Deste modo, é possível classificar o regime em comento como um regime simples. Isso pois, se levado em consideração o patrimônio do casal, não se faz distinção alguma, pois a maioria dos bens é comum dos dois. Ou seja, a principal característica deste regime de bens é a comunicabilidade do patrimônio, que, por sua vez, não é absoluta, conforme será discutido em seguida.

Além desta característica, outra muito importante é que ambos os cônjuges serão responsáveis de forma igual por qualquer dívida que possa surgir na constância do casamento, o que se encerra com a dissolução matrimonial, conforme define o Código Civil, em seu artigo 1.641: “Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro” (BRASIL, 2002).

Em outras palavras, como a comunicação dos bens se encerra com a dissolução da sociedade matrimonial, momento em que é feita a partilha dos bens, tal responsabilidade que é comum para com os credores, passará a pertencer a somente um dos cônjuges.

2.2.3 Bens excluídos da comunhão universal

Ainda que, em comparação as outras modalidades, a comunicabilidade patrimonial seja maior, o Código Civil se preocupa com o patrimônio dos nubentes, garantindo que, em algumas hipóteses, o patrimônio não se comunicará de forma alguma. Tem-se assim que, a comunhão de bens não é absoluta, pois conforme dispõe o art. 1.668 do Código Civil, são excluídos da comunicabilidade deste regime:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I — os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados 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, 2002).

Fica claro que essa exceção existe como uma forma encontrada pelo legislador de evitar confusões patrimoniais, de modo que garanta a proteção dos bens do casal. No entanto, conforme artigo 1669 do Código Civil: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento” (BRASIL, 2002). À vista disso, se dos bens incomunicáveis se suscitarem frutos, estes se comunicarão, pois esta é a regra.

2.3 Regime de Comunhão Parcial de Bens

Trata-se do regime legal ou supletivo, de modo que prevalecerá nos casos em que os nubentes não celebrarem pacto antenupcial ou, quando o fizerem, a celebração seja inválida.

Tal regra encontra disposição no artigo 1.640, do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (BRASIL, 2002).

Para Venosa (2017, p. 353): “A ideia central no regime da comunhão parcial (...), é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento”.

Posto isto, a comunicabilidade dos bens também é uma das características neste regime, no entanto, é um pouco diferente do regime da comunhão universal. Neste regime, a

comunicabilidade só existirá a partir do matrimônio. Ou seja, conforma cita Nader (2016, p. 635), a data do casamento é o marco divisor do casamento.

Stolze e Pamplona Filho conceituam tal regime como:

[...] aquele em que há, em regra, a comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, por um ou ambos os cônjuges, preservando-se, assim, como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um, os bens adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1927).

Desse modo, pode-se concluir que se trata de um regime misto, tendo em vista que possui uma junção dos regimes da comunhão universal e da separação, que será abordado mais à frente.

2.3.1 Bens incluídos na comunhão parcial de bens

Conforme mencionado, ainda há que se falar na comunicabilidade dos bens. Todavia, tal comunicabilidade se refere somente aos bens que forem adquiridos na constância do casamento, conforme disciplina o artigo 1.658, do Código Civil: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes” (BRASIL, 2002). Obviamente, a regra é que os bens adquiridos anteriormente ao matrimônio são considerados incomunicáveis.

Sobre os bens que se incluem na comunhão parcial de bens, o artigo 1.660, do Código Civil, dispõe o seguinte:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (BRASIL, 2002).

Em face disso, assim como no regime de comunhão universal de bens, aqui a comunicabilidade se encerra com a dissolução da sociedade matrimonial. No entanto, conservam-se na propriedade de cada cônjuge os bens adquiridos anteriormente ao casamento e os demais elencados no mencionado artigo.

2.3.2 Bens excluídos da comunhão parcial de bens

Serão excluídos da comunicabilidade deste regime os bens particulares, os quais são adquiridos antes do casamento, e os demais elencados ao artigo 1.659, do Código Civil de 2002.

De acordo com o mencionado artigo, são incomunicáveis:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (BRASIL, 2002).

Conforme dispõe o mencionado artigo, a comunicabilidade não se refere somente a bens, mas também a obrigações. Quanto a estas, conservar-se-ão na titularidade do cônjuge que as assumiu antes de casar ou ainda se forem decorrentes de atos ilícitos, excluídas situações em que o proveito obtido por meio do ato ilícito seja aproveitado pelo casal.

Quanto aos bens, a regra é clara: não se comunicam aqueles adquiridos antes do casamento que foram adquiridos à título oneroso ou eventual. Quanto aos adquiridos na constância do casamento, não se comunicarão aqueles adquiridos a título gratuito, como por exemplo, recebidos como herança ou doação.

Além destes, os bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão e proventos do trabalho de cada um dos cônjuges permanecem sendo de titularidade de cada um deles.

O que ocorre é que com os bens excluídos da comunhão formam-se dois grupos distintos de patrimônios particulares: um para cada cônjuge (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 322).

Farias e Rosenvald citam como pressuposto da comunhão parcial a colaboração recíproca dos cônjuges na construção do patrimônio, que será afastada nos casos elencados no artigo 1.659, do Código Civil:

Se o elemento central da comunhão parcial é a colaboração recíproca, naturalmente, os bens adquiridos antes das núpcias, bem como aqueles outros adquiridos a título gratuito (doação ou direito sucessório) na constância do

casamento, não ingressam na comunhão, mantendo-se no patrimônio particular de cada um (CC, art. 1.661) (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 321).

Assim, havendo esforço mútuo para aquisição dos bens, há a comunhão, ocasião em que se forma o terceiro grupo de patrimônio do regime de comunhão parcial: o patrimônio comum. É ele que será objeto de divisão em eventual dissolução da sociedade matrimonial, enquanto que os patrimônios particulares permanecerão na titularidade de cada nubente.

2.4 Regime de Participação Final dos Aquestos

Refere-se a um regime relativamente novo, não convencional e pouco conhecido pelos leigos. Tal qual no regime de comunhão universal e separação consensual de bens, é necessário que os cônjuges manifestem expressamente em pacto antenupcial que desejam adotar este regime para ditar as regras patrimoniais do matrimônio.

O regime de participação final dos aquestos foi incluído em nosso ordenamento jurídico pelo Código Civil de Miguel Reale, quer dizer, recentemente. Além disso, também foi adotado por outros países como Costa Rica, Alemanha, França e Espanha, conservando-se as particularidades de cada país (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1941).

Entende-se por aquestos os bens que foram constituídos por um casal durante a constância do casamento. Desse jeito, conforme dispõe o Código Civil, em seu artigo 1.672: “No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, estamos diante de um regime híbrido, também conhecido por misto. Isso pois, durante a constância do casamento, seguirá os parâmetros do regime de separação de bens, em que cada cônjuge possui seu próprio patrimônio e, após a dissolução da sociedade matrimonial, seguirá os parâmetros do regime de comunhão parcial de bens, pelo fato de que cada cônjuge terá direito a metade dos bens que foram adquiridos durante o casamento. Nesse sentido, temos o art. 1.674, parágrafo único, do Código Civil:

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

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (BRASIL, 2002).

Outrossim, outra característica importante deste regime é a responsabilidade de cada cônjuge perante seu próprio patrimônio. O parágrafo único do artigo 1673 do Código Civil estabelece que cada um será exclusivamente responsável por administrar seus bens, podendo inclusive proceder sua alienação, caso se tratar de bens móveis (BRASIL, 2002).

Portanto, tendo em vista que neste regime a regra da comunicabilidade só se aplicará com a dissolução da sociedade matrimonial, é importante elencar os bens excluídos neste momento.

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:
I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
III - as dívidas relativas a esses bens (BRASIL, 2002).

Isso significa, se analisado de maneira superficial, é um regime muito similar com o da comunhão parcial, a diferença é que não há, em momento algum, a existência de patrimônio comum do casal. A partir do momento em que se desfaz a sociedade matrimonial, os aquestos são divididos nos ditames da lei, daí sua nomenclatura.

Importante ressaltar que o Código Civil também estabelece por meio do artigo 1.683 que a soma a que se refere o artigo mencionado anteriormente abordará os bens adquiridos até o momento em que se cessou a convivência do casal (BRASIL, 2002).

Após o fim do vínculo conjugal, é feita a separação dos aquestos. Essa separação é feita por meio de um cálculo. Em seguida, ocorrerá a meação dos bens para cada cônjuge ou, sendo o caso, seus herdeiros. Sendo possível, os bens serão recebidos em espécie, do contrário, o cônjuge que for proprietário do bem pagará para o outro o equivalente em dinheiro.

Ainda que seja um regime novo e moderno, é pouco adotado e muito criticado pelos doutrinadores. Para Gonçalves (2019, p.546) “a tendência, na prática, deverá ser a de afastar os nubentes dessa opção”. Isso se deve à complexidade do regime e às lacunas presentes na lei. A dificuldade na separação efetiva dos bens após o fim do matrimônio é a principal responsável pela impopularidade do regime.

2.5 Do Regime de Separação de Bens

O regime de separação de bens se distingue totalmente dos citados anteriormente. Neste caso, há que se falar apenas em patrimônios particulares de cada um dos cônjuges. Ele poderá vigorar no matrimônio por imposição legal ou puramente manifestação de vontade do casal em pacto antenupcial.

Neste sentido, Venosa (2017, p. 367) cita como principal característica desse regime “a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”.

Em face disso, o regime de separação de bens, seja ele consensual ou obrigatório, tem como principal regra a incomunicabilidade absoluta dos bens. Deste modo, não se comunicam os bens adquiridos antes da celebração do casamento, tampouco os adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Neste regime cada cônjuge é responsável por administrar seus bens da maneira como desejar e julgar ser adequado, podendo inclusive aliená-los, sem depender de vênua conjugal do outro, diferentemente do que era disposto no Código Civil de 1916.

O código antecessor ao idealizado por Miguel Reale disciplinava em seus artigos 235 e 276 a necessidade de outorga conjugal para alienação dos bens ainda que vigorasse no casamento o regime de separação de bens.

Art. 235. O marido não pode, **sem consentimento da mulher**, qualquer que seja o regime de bens:
 I - alienar, hipotecar ou gravar de ônus os bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios;
 II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos;
 III - prestar fiança;
 IV - fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (BRASIL, 1916). (grifo meu)

Assim sendo, para alienar ou gravar os bens em ônus, era necessário que o marido obtivesse autorização de sua esposa.

Já o artigo 276, dizia o seguinte: “Art. 276. Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis” (BRASIL, 1916).

Tal regra não encontra disposição em nosso ordenamento jurídico atualmente, já que o Código Civil de 2002 dispõe, em seu artigo 1.647, o seguinte:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, **exceto no regime da separação absoluta:**

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada (BRASIL, 2002). (grifo meu)

Logo, seguindo as regras da legislação atual, caso os nubentes optem pelo regime de separação total de bens, ou ainda caso lhes seja imposto tal regime, cada cônjuge administrará seu patrimônio da maneira que considerar adequada.

Como já mencionado, o regime de separação de bens é subdividido em: separação consensual, que decorre da vontade dos contraentes, e separação obrigatória de bens, que decorre de imposição legal encontrada no art. 1.641, do Código Civil.

A frente, serão estudados cada um destes regimes e suas características, concentrando-se a discussão no regime de separação obrigatória de bens, principal objeto desta pesquisa.

2.5.1 Do Regime de Separação Consensual de Bens

Também conhecido por separação convencional de bens, trata-se de um regime em que os nubentes, dotados de plena liberdade, decidem pela não união de seus patrimônios pelo casamento.

Neste regime, a característica que prevalece é a incomunicabilidade dos bens do casal, sejam adquiridos antes ou depois do vínculo matrimonial. Vale ressaltar que, por não se tratar do regime legal trazido pelo Código de Reale, essa opção deverá constar de forma expressa em pacto antenupcial (BRASIL, 2002).

E, quanto a isso, existem autores contrários ao fato deste não ser o regime supletivo do nosso ordenamento jurídico, como é o caso de Farias e Rosenthal:

Dividir patrimônio e permitir a comunhão patrimonial têm de decorrer, exclusivamente, de ato de vontade dos interessados. Por isso, o regime legal supletivo deveria ser a separação de bens, como, aliás, ocorre no Japão e na maioria dos estados norte-americanos (FARIAS; ROSENTHAL, 2015, p. 332).

Diante disso, para eles, a comunicabilidade dos bens tem de decorrer exclusivamente de manifestação de vontade das partes. Considerando, desse jeito, ser o regime de comunhão parcial aquele adotado quando as partes não escolhem expressamente, ou a escolha é

ineficiente, não existe de fato uma manifestação de vontade, e sim uma omissão ou uma escolha viciosa.

A principal justificativa para que o casal opte pela separação consensual é a simples proteção patrimonial e a independência financeira, algo que se tornou muito comum ao longo dos anos.

Convém destacar, ainda, que a existência deste regime é um reflexo positivo das mudanças pelas quais a nossa sociedade tem passado, pois ressaltam ainda mais que o homem e a mulher ocupam posições iguais e equivalentes.

Sobre a igualdade de gênero proporcionada pelo Código Civil de 2002, Dias opina da seguinte maneira: “Talvez o maior mérito do **Código Civil** tenha sido afastar a **terminologia discriminatória**, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação [...]” (DIAS, 2021, p. 151) (grifo do autor).

Sendo assim, hoje é perfeitamente possível que uma mulher trabalhe e construa seu próprio patrimônio, possua seus próprios bens e sua própria renda. Basta que os nubentes manifestem este desejo expressamente em pacto antenupcial.

Deste modo, conforme dispõe o artigo 1.687, do Código Civil: “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, 2002). Dessa maneira, optando por este regime, os cônjuges possuirão plena autonomia para guiar seu patrimônio da forma de considerarem mais adequada.

Ainda assim, toda regra comporta exceções, pois, caso deste regime, é importante ressaltar que os cônjuges podem, se assim desejarem, adquirir bens em conjunto, podendo, a depender da vontade dos cônjuges e da interpretação do julgador sobre o caso concreto, trazer efeitos mais flexíveis ao regime.

Sendo este o caso, poderá ser reconhecida uma excepcionalidade ao regime, conforme já julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

CASAMENTO – REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS – IMÓVEL ADQUIRIDO EM CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO - PARTILHA - FRUIÇÃO - VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. - Adquirido o imóvel por ambos os cônjuges, em regime de ‘condomínio voluntário’, **admite-se interpretação mais flexível do regime de bens favorável à comunicabilidade dos aquestos, sobretudo porque adquirido pelo esforço conjunto dos consortes**, sob pena de enriquecimento sem causa (TJ-MG – AC: 10024113421598001 MG, Relator: Selma Marques, Data de Julgamento: 17/09/2013, Câmaras Cíveis/ 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/09/2013). (grifo meu)

No caso concreto acima, o cônjuge apelou da sentença alegando que, quando escolhido o regime de separação total de bens, não há que se falar em partilha. Posto isto, o voto acabou por reconhecer a aplicação das regras do regime de condomínio voluntário entre os cônjuges, constantes nos artigos 1.314 a 1.326, amos do Código Civil de 2002.

No mesmo sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. INVENTÁRIO. PARTILHA DE BENS. REGIME VOLUNTÁRIO DE CASAMENTO. **SEPARAÇÃO DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DO DE CUJUS ADQUIRIDO MEDIANTE PERMUTA DE PATRIMÔNIO (CABEÇAS DE GADO) FORMADO PELO ESFORÇO COMUM DO CASAL. SOCIEDADE DE FATO SOBRE O BEM. DIREITO À MEAÇÃO RECONHECIDO. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum**, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal. II. Impossibilidade de revisão fática, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido” (STJ - REsp 286.514 SP 2000/0115904-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 02/08/2007, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/10/2007 p. 276). (grifo meu)

Em ambos os casos, o julgador reconheceu a excepcionalidade baseada na contribuição mútua dos cônjuges para adquirir os bens.

Ainda que no regime de separação convencional não haja a comunicação patrimonial, existe entre os cônjuges a obrigação de contribuição mútua para com as despesas. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.688, do Código Civil: “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, 2002).

Vale destacar que, quanto ao patrimônio de cada um, o proprietário é responsável por arcar com eventuais despesas. Contudo, os nubentes poderão, no pacto antenupcial dispor de forma diversa. O pacto pode, por fim, dentre outras coisas, dispor sobre as quotas de participação de cada cônjuge com relação a despesas existentes durante o casamento.

2.5.2 Do Regime de Separação Obrigatória de Bens

Neste tópico será abordado o regime de separação obrigatória de bens, que encontra disposição legal no artigo 1.641, do Código Civil Brasileiro. Primeiramente, serão trazidas à discussão suas características gerais, sendo abordadas enfim as críticas sofridas pelo regime.

2.5.2.1 Características Gerais

Neste, também conhecido como regime de separação legal de bens, a lei impõe o regime aos nubentes em algumas situações, de modo que não se exige pacto antenupcial, já que o casal não possui autonomia para tal escolha. Sua imposição encontra-se disposta no artigo 1.641, do Código Civil:

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; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
 III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2002).

Dado a isso, o referido artigo tem algumas funções possíveis. Então, para aqueles que celebraram o matrimônio sem a devida observância das causas suspensivas, o dispositivo serve como uma espécie de “punição”. Já para os nubentes maiores de 70 (setenta) anos e para aqueles que dependem de suprimento de autorização judicial, a intenção é meramente protetiva.

Sob esse viés, o que ocorre é que a incomunicabilidade dos bens não é escolhida por mútuo acordo pelos nubentes, e sim imposta pela própria lei. Tal imposição, assim, vem se estendendo por muitos anos, mesmo que houvessem críticas e posicionamentos jurisprudenciais em sentido totalmente contrário a ela, como é o caso da própria e tão conhecida súmula 377, do STF, que dispõe: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 1964).

A referida súmula, que será abordada de maneira mais aprofundada adiante, trouxe efeitos mais flexíveis ao regime, lhe dando características de comunhão parcial e participação final dos aquestos. De acordo com seus termos, salvo naqueles casos em que o casal optar pelo afastamento da súmula por meio de disposição expressa em pacto antenupcial, se comunicarão os bens adquiridos com mútuo esforço do casal, o que deve ser devidamente comprovado, de acordo com entendimento mais recente.

Por se tratar da discussão central desta pesquisa, o presente regime será abordado de forma mais satisfatória mais à frente.

2.5.2.2 Críticas ao regime

No tocante às características gerais, o regime de separação obrigatória não difere muito do de separação consensual, salvo pela ausência de vontade das partes na escolha do

regime. Visto que trata-se de um regime duramente criticado por parte da doutrina, de modo que serão apresentados alguns posicionamentos neste sentido.

Dias vê este regime de bens como uma “sanção patrimonial”:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes, mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais (DIAS, 2021, p. 712).

Ou seja, para a nobre doutrinadora, se os nubentes não respeitam as regras estabelecidas pelo Código Civil e demais leis para a celebração do casamento, não terão o direito de escolher o regime de bens que gerará a vida financeira do casal, sendo tal imposição uma punição pelo desrespeito às normas legais.

Para Madaleno (2020, p. 1.418), “o artigo 1.641 do Código Civil representa um inequívoco retrocesso da lei quando os rigores do regime legal da separação de bens já haviam sido abrandados pelas lições jurisprudenciais firmadas”. De acordo com o exposto, diante de tantas modernidades, o referido artigo acaba diferindo, pois vai em sentido contrário as evoluções sofridas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 365), no mesmo sentido, entendem que: “esse dispositivo, posto informado por uma suposta boa intenção legislativa, culmina, na prática, por cancelar situações de inegável injustiça e constitucionalidade duvidosa”.

Desse modo, ainda que a intenção do legislador seja a proteção destas pessoas, o dispositivo legal sofre duras críticas pela doutrina e pela própria jurisprudência, que o veem como uma regra desrespeitosa aos princípios constitucionais, fato que será discutido mais a frente.

2.6 Do pacto antenupcial

Neste tópico é abordado de maneira breve o pacto antenupcial, também chamado de acordo ou convenção nupcial, seu conceito, natureza jurídica, finalidade e principais características. Este acordo encontra disposição legal nos artigos 1.653 a 1.657, do Código Civil de 2002.

Gonçalves conceitua o pacto antenupcial:

Pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento. Solene, porque será nulo se não for feito por escritura pública.

Não é possível convencionar o regime matrimonial mediante simples instrumento particular ou no termo do casamento, pois o instrumento público é exigido ad solemnitatem. E condicional, porque só terá eficácia se o casamento se realizar (si nuptiae fuerint secutae) (GONÇALVES, 2019, p. 514).

O conceito trazido por Gonçalves é completo, sendo possível compreender que o pacto antenupcial, como o próprio nome revela, é um acordo firmado pelos nubentes antes do casamento. Sua finalidade é a disposição dos noivos acerca do regime de bens que desejam adotar durante o matrimônio, caso não desejem adotar o regime legal, isto é, o regime de comunhão parcial de bens. Nada mais é, do que um exercício da liberdade dos nubentes.

Portanto, este acordo é celebrado antes da realização do casamento, de maneira expressa e formal, sendo necessário o registro público para que tenha validade. É considerado condicional pois, embora possa ser válido, só produzirá efeitos a partir da celebração do casamento. Sem a celebração, trata-se de acordo válido e ineficaz.

Sobre sua natureza jurídica sua classificação para o direito, a doutrina diverge, mas adota, em sua maioria, a natureza jurídica de contrato/negócio jurídico.

Para Dias, o pacto deve ser considerado como um negócio jurídico bilateral, ou seja, um contrato conjugal:

Diverge a doutrina sobre sua **natureza jurídica**. Uns o consideram um **contrato**; outros, um **negócio jurídico**. Mas nada mais é do que um **contrato conjugal**. Como traz consigo a noção de **negócio jurídico bilateral**, as prestações e contraprestações devem ser equivalentes. Se houver prejuízo para apenas um dos nubentes, é nulo. Não se pode admitir qualquer disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou de personalidade, e que assim atribuísse direitos para apenas um dos cônjuges em detrimento do outro (DIAS, 2021, p. 694). (grifo meu)

A conclusão se deve ao fato de que o pacto antenupcial decorre justamente da manifestação de vontade de ambos os nubentes.

No mesmo sentido, Farias e Rosenvald (2015, p. 313) também entendem pela natureza jurídica negocial do pacto: “Malgrado tenha sido objeto de discussões pretéritas, a natureza jurídica da convenção antenupcial, na parte relacionada ao regramento econômico do casamento, é nitidamente negocial”.

Vale destacar que, embora seja considerado como uma forma dos nubentes exercerem sua liberdade de escolha, o pacto antenupcial não terá efeitos nos casos em que não é possível esta escolha aos nubentes, como é o caso do regime de separação obrigatória de bens.

Sobre o assunto, Dias relembra que a liberdade dos nubentes é mitigada:

Antes do casamento, durante o processo de habilitação (CC 1.525 a 1.532), podem os noivos, livremente, estipular o que quiserem sobre o regime de bens (CC 1.640 parágrafo único). Essa liberdade só não é absoluta porque, em determinadas situações, impõe a lei o regime obrigatório da separação de bens (CC 1.641) (DIAS, 2021, p. 694).

Esta ausência de liberdade é criticada e é justamente o objeto desta pesquisa, o que será debatido em seguida.

Sobre as disposições constantes no pacto antenupcial, algumas pessoas se questionam: é possível dispor sobre qualquer coisa no acordo pré-nupcial? Muito embora vigore neste âmbito o princípio da livre estipulação, ele não é absoluto, conforme explica Gonçalves:

Todavia, **a liberdade contratual dos nubentes está subordinada a princípios que condizem com a ordem pública. Podem eles estipular o que lhes aprouver**, no tocante ao regime de bens ou outras questões pertinentes à vida conjugal, **desde que, ao assim procederem, não violem disposição de lei imperativa ou proibitiva**, como preceitua o art. 1.655 do Código Civil: “É nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei”. Nessa consonância, **as estipulações permitidas são as de caráter econômico**, uma vez que os direitos conjugais, paternos e maternos, são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges. Assim, exemplificativamente, **nenhum valor terão as cláusulas que dispensem os cônjuges do dever de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento e educação dos filhos e exercício do poder familiar** (GONÇALVES, 2019, p. 515-516). (grifo meu)

Por conseguinte, o pacto antenupcial versará sobre questões patrimoniais, mais precisamente na indicação do regime de bens a ser adotado pelo casal que não desejar aquele que é supletivo.

Deve tal disposição seguir os ditames da lei, sob pena de ser nula ou ineficaz.

2.7 Os princípios aplicáveis ao casamento e aos regimes de bens

Em se tratando de princípios aplicáveis ao casamento e aos regimes de bens é possível citar alguns, sendo que o foco desta pesquisa estará nos seguintes: dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, isonomia e intervenção mínima.

2.7.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Quando adentramos nos princípios existentes em nosso ordenamento jurídico com certeza este é o primeiro a vir a mente, pois é aplicável em diversos âmbitos e detém extrema importância.

É princípio e também fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, da Constituição Federal de 1988:

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 [...]" (BRASIL, 1988).

Ao discorrer sobre este princípio, Dias (2021, p. 65) faz questão de ressaltar sua importância em nosso ordenamento jurídico, o definindo como “o princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

A autora ainda deixa claro que conceituar tal princípio não é uma tarefa fácil, mas discorre de maneira breve sobre isso:

É o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão (DIAS, 2021, p. 65).

Quer dizer, é com a observância deste princípio que são garantidos todos os direitos da pessoa humana. É tudo voltado, ao menos em tese, para a vida humana digna, em que o mínimo existencial é garantido.

No âmbito familiar isso não é muito diferente, pois constituir família é viver uma vida digna, devendo todas as entidades familiares receberem tal tratamento (DIAS, 2021, p. 66).

Gonçalves (2019, p. 23) entende que este princípio constitui a “base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. Dessa maneira, aplicar tal princípio ao âmbito da família é buscar o desenvolvimento de todos os membros da entidade familiar de forma digna.

É possível encontrar vestígios deste princípio ao longo de todas as leis do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse âmbito, na Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu artigo 226, § 7º, é possível perceber a aplicação deste princípio quando garantida a menor intervenção do Estado nas decisões tomadas no âmbito familiar.

O mencionado artigo diz o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Nessa conjuntura, a fim de garantir o desenvolvimento familiar digno, cabe ao casal realizar o planejamento familiar da maneira como bem entender, cabendo ao Estado fornecer recursos para que os pais exerçam tal direito.

Ainda, o artigo 230, *caput*, da Constituição Federal, dispõe o seguinte: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988). Deste modo, é dever do Estado garantir a dignidade da pessoa idosa, a qual só poderá ser assegurada quando o ente estatal não atentar contra sua liberdade de escolha, o que também está expresso no Estatuto da Pessoa Idosa em seu artigo 2º, que dispõe o seguinte:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, 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 (BRASIL, 2003).

Sendo assim, conclui-se que se trata de disposição universal, pois dela se derivam todos os demais princípios existentes, além de tratar-se de princípio fundamental em todos os âmbitos do direito.

2.7.2 Princípios da Liberdade (ou Não Intervenção), Igualdade e Isonomia

No que tange a estes princípios, os mesmos podem ser trabalhados em conjunto, isto pois, para que haja liberdade é necessário que exista a igualdade na mesma proporção. Para Dias (2021, p. 66), estes princípios visam “garantir o respeito à dignidade humana”.

Estes princípios também são tratados como direitos fundamentais no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que enfatiza: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Deixando claro que ao discutir sobre a liberdade é importante lembrar que ela também se faz presente no Estatuto do Idoso, em seu artigo 10, sendo obrigação da sociedade e principalmente do Estado, o cumprimento deste direito, que é especificado em seu parágrafo 1º e incisos:

Art. 10. 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.
 § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:
 I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
 II – opinião e expressão;
 III – crença e culto religioso;
 IV – prática de esportes e de diversões;
 V – participação na vida familiar e comunitária;
 VI – participação na vida política, na forma da lei;
 VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 2003).

Ainda, também é possível encontrar disposição para este princípio no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.513, que explana sobre a liberdade de constituir uma família, seja pelo casamento ou união estável, sem qualquer interferência de pessoa pública ou privada. O referido artigo dispõe o seguinte: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Trata-se de materialização do princípio da liberdade ou não intervenção, já que é proibido ao Estado e à sociedade intervir de qualquer forma na vida familiar.

No âmbito familiar a liberdade se materializa de diversas formas, desde o momento em que os nubentes se querem casar, com quem casar, se querem continuar casados, qual o regime de bens que vigorará no casamento, como será direcionado o planejamento familiar, e etc. (GONÇALVES, 2019, p. 26/27).

Em vista disso, ao aplicar o princípio da liberdade ao casamento, há que ressaltar que se trata de princípio muito importante, tendo em vista que o próprio casamento se materializa por um ato de vontade das duas partes. Essa liberdade se materializa de diversas formas no casamento, principalmente no regime de bens. O casal tem plena autonomia para escolher os efeitos patrimoniais de seu matrimônio, no entanto, em alguns casos, esta liberdade é mitigada, como no caso dos maiores de 70 anos.

Tratando especificamente sobre a igualdade, é importante entender que se faz necessário o tratamento de forma isonômica entre todos os cidadãos, isto pois, o cumprimento deste princípio está atrelado diretamente a ideia de justiça. De acordo como o exposto, trazendo esta igualdade ao casamento, estaremos diante da igualdade entre o homem e a mulher.

É possível encontrar disposição legal para a igualdade no casamento no artigo 226, §5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe o seguinte: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

Assim, entre os cônjuges vigorará, ao menos em tese, o tratamento igualitário.

Nas palavras de Gonçalves, tal princípio ajudou a afastar ideais patriarcais ainda muito enraizados em nosso ordenamento jurídico:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social (GONÇALVES, 2019, p. 23-24).

No mesmo sentido, entende Rolf Madaleno:

No Direito de Família, a revolução surgida com o advento da Constituição Federal de 1988 retirou de sua gênese o caráter autoritário da prevalência da função masculina quando tratou de eliminar as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar (MADALENO, 2020, p. 123).

Ou seja, por consequência, o referido princípio acabou por trazer maior liberdade à mulher, que antes era vista como inferior ao homem na relação conjugal.

Assim sendo, tratam-se de princípios importantes para o desenvolvimento familiar e garantia da vida digna, que ajudam a guiar não só a vida pré-conjugal como durante e após seu término.

2.8 A limitação da autonomia e liberdade da pessoa idosa

Para garantir a efetiva proteção à pessoa idosa tem-se em nosso ordenamento jurídico o Estatuto do Idoso e também a própria Constituição Federal de 1988.

Sobre esta garantia, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) disciplina que: “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” (grifo meu).

Isso significa que se trata de uma obrigação solidária ao Estado, os familiares e a própria sociedade garantir que os direitos dessas pessoas sejam satisfeitos.

Para definir quem é ou não idoso foi adotado em nosso ordenamento jurídico o critério etário, sendo que o Estatuto do Idoso dispõe que: “Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às **pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos**” (BRASIL, 2003) (grifo meu).

Já o artigo 3º do mencionado Estatuto elenca os principais direitos inerentes à pessoa idosa: “Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 2003).

Mais uma vez o legislador atribui a sociedade, o Estado e à família o dever solidário de zelar pela pessoa idosa.

Fato é que são consideradas pessoas vulneráveis, e por isso o nosso ordenamento jurídico possui legislação especial visando sua proteção e garantia de seus direitos, mas é importante ressaltar que não são pessoas incapazes. Todavia, é esta a visão que a sociedade num geral possui das pessoas idosas: pessoas incapazes ou doentes.

Neste sentido debate Madaleno ao citar Dias: “Como bem acentua Maria Berenice Dias, a expressão idoso segue cercada de desprestígio e desvalia, sendo as pessoas com mais idade associadas a uma fase de desgaste pessoal e improdutividade profissional” (MADALENO, 2020, p. 142, *apud*, DIAS, 2005, p. 409).

Esta visão, quando atrelada ao critério adotado para considerar quem é idoso, acabam juntos por limitar alguns direitos básicos da pessoa idosa, como autonomia, liberdade e por

consequência a própria dignidade da pessoa humana. Uma pessoa que não pode tomar suas próprias decisões quando é capaz disso, não vive uma vida digna.

Sobre este assunto, Madaleno entende que:

Disso é preciso extrair algumas respeitáveis conclusões, no sentido de evitar possa a idade meramente cronológica de alguma forma frear a liberdade e a autonomia da pessoa, **como se as aptidões da pessoa e sua capacidade intelectual pudessem ser determinadas apenas em razão da contagem do tempo**, e como se o tempo fosse por si só fator determinante para retirar do sujeito o sagrado e fundamental direito de se autodeterminar, consciente dos efeitos e da responsabilidade de sua conduta, salvo tenha sido diagnosticada alguma demência cerebral (MADALENO, 2020, p. 145). (grifo meu)

Nesse sentido, o simples critério cronológico não pode ser fator suficiente para determinar o que o idoso possui ou não capacidade para realizar. Desde modo, o critério estabelecido pelo legislador acaba por se tornar limitado e injusto.

Desta forma, importante considerar aquilo que dispõe o artigo 5º, do Código Civil: “Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL. 2002). A partir deste momento, a pessoa é capaz de praticar os atos da vida civil.

Então porque tal direito é de certa forma limitado quando se trata dos idosos? Não são incapazes. Embora sejam vulneráveis, tal vulnerabilidade é amparada pelo Estatuto do Idoso e pela Constituição Federal de 1988, por meio de políticas públicas.

Sobre este fato, Madaleno acrescenta:

A idade não importa em automática inabilidade da pessoa para o livre--exercício dos atos da vida civil, especialmente quando o avanço da medicina de prevenção e os cuidados no saneamento de base têm sido medidas simples e eficazes para o aumento da sobrevida das pessoas, fazendo com que a velhice chegue num tempo mais distante (MADALENO, 2020, p. 145).

Para o autor, portanto, o simples fato de ser idoso não pode ser fator para considerar a pessoa totalmente incapaz.

Assim, a principal materialização de possível mitigação da autonomia e liberdade da pessoa idosa é o próprio regime obrigatório de bens, alvo desta pesquisa.

O que resta é o questionamento: a pessoa idosa possui capacidade para qualquer coisa, incluindo o casamento, mas não é capaz de escolher o regime de bens que deseja que vigore em seu próprio casamento?

Esta pergunta é objeto de inúmeras discussões, o que será abordado em seguida.

3 A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS – PROTECIONISMO OU VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA?

Neste capítulo será finalmente abordada a discussão central desta pesquisa: a possível inconstitucionalidade que permeia o dispositivo que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação para os nubentes que sejam maiores de 70 anos.

Será discutido se tal imposição é vista como protecionismo ou como violação da autonomia privada, finalizando-se a discussão com a súmula 377, do STF, suas características e o efeito de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

3.1 Da (in)constitucionalidade da Imposição do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de 70 anos

A imposição de um regime obrigatório de bens aos idosos está presente em nosso ordenamento jurídico desde o advento do Código Civil de 1916. Diferentemente do Código Civil de Miguel Reale, o antecessor estabelecia, em seu artigo 258, além da idade, a consideração do sexo para a imposição do regime obrigatório de bens:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: [...]

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos [...]
(BRASIL, 1916). (grifo meu)

Posteriormente, com a entrada em vigência do Código Civil de 2002, o legislador equiparou a idade dos cônjuges, estabelecendo que a imposição do regime ocorreria às mulheres e homens maiores de 60 (sessenta) anos. Quando entrou em vigor, o artigo 1.641

previa que “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de sessenta anos [...]” (BRASIL, 2002).

Hodiernamente, a lei civilista disciplina em seu artigo 1.641 que “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos [...]” (BRASIL, 2002).

Em face disso, verifica-se que a redação dada pela Lei nº 12.344, que entrou em vigência no ano de 2010, instituiu o regime obrigatório de bens para as pessoas maiores de 70 anos de idade, independentemente do gênero.

Primeiramente, há que se analisar que o dispositivo em questão tem uma premissa máxima, que é a proteção patrimonial do idoso. Por meio dele, busca-se evitar que o idoso acabe em um casamento que se deu por motivações unicamente patrimoniais e sofra grandes prejuízos.

Sobre as intenções do legislador ao editar tal norma, Nader afirma o seguinte:

Na visão do legislador, a partir de certa idade a pessoa se tornaria suscetível de sofrer o que, na boa gíria, costuma se designar por “*golpe do baú*”. A fim de proteger os interesses da prole, o legislador impõe a separação, impedindo destarte a comunhão dos bens existentes anteriormente ao casamento. Uma outra razão seria quanto à expectativa de vida que, não sendo grande, não justificava um regime que instaurasse comunhão de bens anteriormente existentes (NADER, 2016, p. 596).

Contudo, tem-se entendido que esta norma está dotada de apenas uma ideia, a de que o idoso não possui capacidade de se proteger e evitar este tipo de situação por si só.

Sobre isso, Dias se posiciona firmemente:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil (DIAS, 2021, p. 425).

À vista disso, há de se considerar que ainda que o idoso seja mais vulnerável, não pode ser colocado em situação inferior, de plenamente incapaz. Muito pelo contrário, o idoso é totalmente capaz de tomar suas próprias decisões e, em acordo com as disposições constantes no Código Civil, plenamente capaz de praticar os atos da vida civil, como casar.

Sobre isso, Dias (2021, p. 425) entende que “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 [...]”.

Ou seja, sem que seja feita a análise do caso concreto e das circunstâncias pessoais do nubente, não há que se afirmar que o maior de 70 anos não possui capacidade para escolher o regime de bens que deseja adotar em seu casamento.

Desse modo, o uso do argumento de proteção patrimonial, ainda que válido, pode ser interpretado como um tanto quanto injusto, tendo em vista que qualquer pessoa, de qualquer idade, pode ser vítima de uma cilada, como é o casamento motivado unicamente por interesses patrimoniais.

Neste sentido, afirma Gonçalves ao citar Pereira:

Também Caio Mário da Silva Pereira, na obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, afirma que a restrição em apreço “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 (GONÇALVES, 2019, p. 519, *apud*, PEREIRA, 2017, p. 244).

Conforme explicitado anteriormente, a Constituição Federal traz em seu corpo diversos princípios importantes que guiam os legisladores e julgadores, tais como: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade ou autonomia privada, princípio da igualdade ou isonomia, etc. Esses princípios devem ser respeitados, assim como a hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, quando o legislador retira a possibilidade de escolha do idoso, ao impor obrigatoriamente o regime de bens que rege o casamento dos maiores de 70 (setenta) anos, ele vai em uma direção contrária aos ideais constitucionais.

Independentemente da idade, a Constituição Federal brasileira nos trata como iguais, mas o referido artigo coloca o idoso em uma posição inferior, ao presumir sua incapacidade para tomar decisões que sejam consideradas seguras, de modo que, ao mesmo tempo em que pode ferir os princípios da igualdade e liberdade, pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, colocando o idoso como inferior aos outros, não podendo gozar das mesmas liberdades que qualquer outro cidadão possui, logo, não vivendo uma vida plenamente digna, que é seu direito constitucional.

O que começa como uma proteção, na verdade se revela como uma abafada tentativa de interditar o idoso e cercear sua liberdade, conforme entendem Stolze e Pamplona Filho (2020, p. 1909): “o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso”.

A outro passo, temos uma súmula extremamente importante, mas que acabou por trazer algumas discussões abordado neste artigo. Buscando esclarecer e analisar possível inconstitucionalidade existente em torno do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil que o Supremo Tribunal Federal editou, no ano de 1964, a Súmula de nº 377.

A mencionada súmula buscou, de certa forma, alterar o regime de bens imposto pelo legislador e disciplinou que: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Após ter sido editada a referida súmula, Dias afirmou que tal dispositivo do Código Civil gerava uma situação de injustiça:

A situação de absoluta injustiça que a aplicação desse dispositivo legal ensejava levou o Supremo Tribunal Federal, já no ano de 1964, a editar a Súmula nº 377, que simplesmente alterou o regime de bens imposto pela lei. 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 (DIAS, 2009, p. 6).

No mesmo sentido, Diniz também se mostrou contrária ao dispositivo em discussão:

[...] não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso golpe do baú (DINIZ, 2010, p. 193).

Ocorre que, mesmo visando flexibilizar a regra imposta pelo Código Civil, a súmula causou discussões, já que existiam entendimentos no sentido de que a comunicabilidade dos bens não poderia ser absoluta, ou se trataria de um regime de comunhão universal, de modo que a separação obrigatória ficaria em efeitos.

É o que se verifica da seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – INVENTÁRIO – PARTILHA – CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR SUPRIMENTO DE IDADE – SÚMULA 377 STF –

INCLUSÃO NA PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. 1. Há comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação legal de bens, não havendo necessidade de comprovação do esforço comum na aquisição do patrimônio, com fundamento na Súmula 377 do STF, devendo ser reconhecido ao meeiro e aos herdeiros, o direito à divisão do patrimônio amealhado pelo casal na constância do casamento (TJ-MG – AC: 10518150004514001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 29/06/2016, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/10/2016). (grifo meu)

Isto é, a simples opção pela aplicabilidade da súmula ao casamento não era interpretada, de plano, como uma comunicabilidade absoluta.

No ano de 2018, para pôr fim às discussões existentes ao longo dos anos, o STJ buscou pacificar a interpretação acerca desta Súmula, tendo em vista que a anterior acabava por inutilizar totalmente o regime de separação de bens, pois o igualava com o regime da comunhão parcial de bens.

Naquele ano, também, o Supremo Tribunal de Justiça passou a interpretar de forma menos abrangente a referida súmula. Para aqueles que optarem pela aplicação da súmula no casamento, ao invés de considerar como comunicáveis todos os bens adquiridos na vigência da sociedade conjugal, passou-se a exigir a comprovação da contribuição mútua ao adquirir os bens. Comprovado isso, haverá a comunicabilidade do patrimônio.

Segue-se a ementa da jurisprudência em comento:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial (STJ – EREsp: 1623858 MG 2016/0231884-4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (STJ, RELATOR: DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, Data de Julgamento: 23/05/2018, S2- SEGUNDA

SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 30/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 416). (grifo meu)

No mesmo sentido:

DIVÓRCIO. PARTILHA DE PATRIMÔNIO. CASAMENTO. REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. ART. 333, INC. II, CPC. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE E POSSIBILIDADE. I. No regime de separação de bens, os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados se adquiridos com esforço comum dos ex-cônjuges. Súmula 377/STF. [...] (TJ-DF – APC: 20130310270640 DF 0026656-62.2013.8.07.0003, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Publicação: Publicado no DJE: 27/01/2015. Pág.: 507).

Deste jeito, ainda que flexibilizada sua interpretação, a súmula buscou sanar possível irregularidade da própria lei que, ao mitigar o direito de escolha do idoso (e todos os outros incidentes nos incisos do artigo 1.641), entra em conflito com diversos princípios constitucionais e, ainda com aqueles trazidos no Estatuto do Idoso, como a própria liberdade e dignidade.

A Lei n. 10.741/03, também conhecida por Estatuto do Idoso, que visa a proteção da pessoa idosa pelo Estado de forma prioritária, traz elementos que corroboram ainda mais com esta narrativa, conforme se verifica a seguir.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, 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 (BRASIL, 2003).

Isso demonstra mais uma evidência legal de que o dispositivo trazido pelo Código Civil de 2002 supostamente fere não só princípios constitucionais, mas princípios que são norteadores da lei que visa à proteção dos idosos. Ainda no mesmo sentido, temos o §2º do art. 10, da mesma lei:

Art. 10. 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.
§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da

autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais (BRASIL, 2003).

Infere-se que pertence ao Estado e à sociedade garantir que o idoso goze de liberdade, respeito e vida digna, sendo arriscada a existência de norma que em tese vá de encontro a esta e outras disposições tão importantes.

Sobre a suposta violação, Farias e Rosenvald entendem que:

Efetivamente, **trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III), por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu. [...] **Ademais, 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. 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! Acresça-se, por igual, que a norma se põe em rota de colisão com o movimento de intervenção mínima do Estado nas relações de família (também apelidado de direito de família mínimo), afrontando a autonomia privada (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 278-279). (grifo meu)

Convém ressaltar, ainda, que tal posicionamento era adotado desde a vigência do Código Civil de 1916, conforme se verifica:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – DIREITO CIVIL – CASAMENTO – CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS – **REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS** – ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 – **INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA.** – **É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior se sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana** (TJ –MG – ARG: 10702096497335002 MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014). (grifo meu)

Assim, resta claro que, ao permitir a vigência desta norma, o Estado adentra em campo perigoso, pois pode estar violando seus próprios objetivos. Embora busque a proteção do idoso, é função do Estado fornecer meios para isso que não acabem por ferir a dignidade de vida, a liberdade de escolha, a igualdade entre os cidadãos e a autonomia da vontade.

O caminho para solucionar este problema é árduo, conforme se percebe. Desde a edição da primeira norma referente ao assunto, o regime obrigatório de bens imposto aos idosos é alvo de críticas da doutrina e da jurisprudência.

Farias e Rosendal (2015, p. 280) apontam que “a única solução a respeitar os valores constitucionais é o afastamento integral da citada norma, não sendo razoável, pela ótica constitucional, sequer, um remendo para afirmar a inaplicabilidade do dispositivo”.

Quer dizer, editar outra norma nos mesmos critérios acabaria por persistir em discussões já existentes, de modo que o defendido fim da imposição legal é plenamente justificável.

3.2 A súmula 377, do STF, e seus efeitos sobre o regime de separação obrigatória de bens

A súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1964 segue em vigência, sendo possível sua aplicação aos cônjuges que estão sujeitos ao regime de separação obrigatória de bens, desde que assim desejem.

Não se pode olvidar que se este for o desejo dos cônjuges, a súmula trará um caráter misto ao regime de separação obrigatória de bens, pois, conforme já citado anteriormente, se aplicada a súmula, os bens que forem adquiridos na constância do casamento se comunicarão. Tal comunicação, conforme já explanado, pressupõe a comprovação de esforço mútuo do casal para adquirir o bem.

É o que entende o Supremo Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DO STJ. RELATIVA. PARTILHA. EXCLUSÃO DA VIÚVA. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 377/STF. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. APLICAÇÃO DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. POSSIBILIDADE DE ABERTURA DE PRAZO PARA A VERIFICAÇÃO DESSE DIREITO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...] 2. **No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.** Precedente. [...] (STJ – AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp: 1084439 SP 2017/0082121-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 03/05/2021, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe: 05/05/2021). (grifo meu)

Nestes casos, ainda que se trate de hipótese clara de separação obrigatória de bens, o regime terá características do regime de comunhão parcial.

Quanto ao esforço mútuo, este não se refere unicamente a contribuição patrimonial, podendo ser afetivo, conforme citam Farias e Rosenvald, que também são contrários a exigência de tal comprovação:

Esse esforço comum não precisa decorrer do exercício de atividade remunerada, podendo se materializar pela própria coexistência afetiva e pela solidariedade presente na relação conjugal. Exigir a prova de alguma contribuição financeira seria inviabilizar a aplicação do entendimento sumulado (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 283).

Ou seja, para a aplicabilidade a súmula e conseqüentemente a comunicação do patrimônio, tem-se exigido uma comprovação de que o casal, em conjunto, contribuiu para a manutenção daquele patrimônio. É uma opção justa, que traz maior liberdade a aqueles que não tiveram escolha, senão casar sob o regime de separação legal. Aqui, valoriza-se a comunhão de vida.

Sobre isso, Dias não difere:

Ao fim e ao cabo, considerando-se que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, é de se reconhecer o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o seu conteúdo ético, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado (DIAS, 2021, p. 717).

Todavia, é perfeitamente possível que os nubentes optem pela inaplicabilidade da súmula, o que conservará as características originais do regime de separação obrigatória de bens, ou seja, incomunicabilidade absoluta dos bens.

Neste sentido, a inaplicabilidade da súmula só ocorrerá mediante manifestação expressa dos nubentes, que deve ser feita por meio de pacto antenupcial.

Faz-se necessário, conforme disposto no artigo 1640, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, o pacto antenupcial quando adotado o regime de separação total de bens:

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, 2002). (grifo meu)

Assim, quando os nubentes optarem pelo afastamento da Súmula 377, do STF, que disciplina que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na

constância do casamento” (BRASIL, 1964), deverão o fazer por meio da escritura pública de Pacto Antenupcial.

A partir de tal acordo, vigorará efetivamente o regime de separação total de bens entre eles, não havendo comunicabilidade dos bens que foram adquiridos a título oneroso na constância da sociedade matrimonial.

Sobre tal possibilidade, Tartuce, assim se posiciona:

Podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (TARTUCE, 2016, s/p.).

Desta forma, afastando a incidência da súmula 377, do STF, por meio do Pacto Antenupcial, os bens adquiridos durante o casamento serão considerados particulares. Neste sentido, julgamento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo:

REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE. Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), **é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória** (SP, Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100, parecer de Iberê de Castro Dias, juiz assessor da Corregedoria, aprovado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral da Justiça, em 6 de dezembro de 2017, publicado em 23.01.2018). (grifo meu)

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios adotou posicionamento no mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. VIÚVA. PRETENSÃO À MEAÇÃO. CASAMENTO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL SOBRE A INCOMUNICABILIDADE ABSOLUTA DOS AQUESTOS. ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 377 DO STF. VALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 2. O regime patrimonial da separação obrigatória de bens imposto aos nubentes de maior faixa etária, por expressa disposição do legislador não inibe ou afasta o interesse dos consortes pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento sob o regime de separação legal, motivo pelo qual, **obrigados a este regime, faculta-lhes a celebração de pacto antenupcial sobre incomunicabilidade dos aquestos, afastando a**

incidência do Verbete Sumular n. 377 do Supremo Tribunal Federal, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. [...] (TJ – DF 07194441120208070000 DF 0719444-11.2020.8.07.0000, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 02/09/2020, 2ª Turma Cível, Data de PuBLICAÇÃO: Publicado no DJE: 01/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada). (grifo meu)

Sendo asism, caso os nubentes optem e façam constar em pacto antenupcial, deverá ocorrer o afastamento da súmula 377, do STF, que não terá efeitos naquela relação conjugal. Deste modo, havendo tal estipulação, conservar-se-ão as características originais do regime de separação obrigatória, ou seja, haverá a incomunicabilidade absoluta do patrimônio dos nubentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa, citado ao início desta jornada, era investigar e entender a possível inconstitucionalidade que permeia o dispositivo legal que impõe aos maiores de 70 anos o regime de separação obrigatória de bens, ou seja, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, tendo como foco analisar se de fato tal dispositivo pode ser considerado como inconstitucional.

A principal concepção obtida foi de que a regra mencionada de fato está destoando dos parâmetros gerais do Código Civil e da própria Constituição Federal. É forçoso não reconhecer uma controvérsia nítida, pois, o mesmo Estado que prevê como princípios basilares a liberdade, igualdade e vida digna é aquele que ceifa a liberdade do idoso e o impede de fazer a escolha sobre o regime de bens que deseja adotar ao seu casamento.

Ao longo de todo o trabalho discutiu-se sobre o casamento e os regimes de bens, sendo possível entender que a maioria dos doutrinadores brasileiros se posicionam de maneira uníssona quanto ao assunto.

Maria Berenice Dias entende que essas regras são a materialização de critérios odiosos e excessivamente cautelosos, porque a capacidade da pessoa, que é adquirida com a maioridade só deveria ser afastada em casos extremos, o que não acontece se levado em consideração o referido dispositivo.

Assiste razão à referida autora, pois o dispositivo civilista não leva em consideração casos concretos e generaliza de maneira preconceituosa os idosos, atribuindo-lhes uma incapacidade que na maioria dos casos não existe na realidade.

Além dela, Maria Helena Diniz está entre a maioria dos doutrinadores que criticam este artigo, e para ela, os idosos são tão capazes de exercer todos os atos civis como qualquer outra pessoa, de maneira que essa imposição se torna injustificável.

Tais ideias são totalmente pertinentes. Mais um indício da controvérsia é o fato de que o Código Civil dispõe acerca da capacidade civil, de modo que o idoso possui plena

capacidade de praticar diversos atos. Se não há situação de interdição, não há que se falar em incapacidade para tomar decisões! Como é que uma pessoa pode possuir capacidade para casar, mas ser incapaz de decidir o regime de bens que deseja adotar durante o matrimônio? Com toda certeza este tem sido o questionamento desde a entrada em vigor da norma que foi analisada.

Todavia, nem tudo são espinhos, as intenções do legislador são plenamente justificáveis! Ainda que toda a ideia de que o idoso é incapaz de tomar decisões seja um tanto quanto ultrapassada, ele é de fato vulnerável.

Em contraponto, se existe norma, existe história, e neste caso, muitas! Entretanto, tais histórias existem em todas as idades, de modo que, ainda que justificável a intenção do legislador, ela não se sustenta.

Ao impor tal regra, princípios foram violados de maneira escancarada. Isso pois, quando o legislador coloca o idoso em posição inferior, está violando o princípio da igualdade. Ao mitigar sua autonomia, viola o princípio da liberdade e o da intervenção mínima, impedindo assim, que o idoso tenha uma vida digna, que é direito de todos os seres humanos.

Conforme abordado, possível solução seria simplesmente a retirada desta regra do ordenamento jurídico, de modo que os casos concretos fossem analisados individualmente, a fim de evitar a violação de direitos.

Ademais, também foi objeto desta pesquisa a súmula 377, do STF, que vai de encontro com a regra constante do Código Civil de 2002. Para a lei civilista, quando se tratar de nubente maior de 70 (setenta) anos, vigorará durante o matrimônio o regime de separação obrigatória de bens, ou seja, não se falará em comunicação de patrimônios.

Já de acordo com a regra constante na legislação infraconstitucional, em que pese o teor do artigo 1.641, inciso II, do CC/02, haverá a comunicação do patrimônio adquirido por esforço mútuo, o que muito se assemelha ao regime de comunhão parcial de bens.

Isto é, além do dispositivo legal estudado nesta pesquisa ser extremamente criticado pela doutrina e pela jurisprudência em decorrência de seu suposto caráter inconstitucional, ele não tem surtido efeitos, pois os efeitos da mencionada súmula só são afastados em casos específicos e por manifestação expressa dos nubentes.

Ante o exposto, foi possível concluir que de fato existem fortes indícios de que a norma estudada é dotada de caráter inconstitucional, sendo este o posicionamento adotado de maneira praticamente unânime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, constatou-se que a súmula 377, do STF, acabou por trazer uma solução momentânea para a suposta inconstitucionalidade, já que afasta os efeitos genéricos do regime de separação obrigatória de bens, trazendo características do regime de comunhão parcial. É uma ótima opção, então, ao menos neste momento, para trazer de volta aos nubentes maiores de 70 anos a liberdade que lhes vem sendo cerceada desde o Código Civil de 1916.

Não obstante, a partir da pesquisa realizada, foi possível perceber ainda que para os nubentes mais conservadores, é possível a manutenção do regime de separação obrigatório em seu caráter originário, bastando que os nubentes se manifestem pelo afastamento da súmula em pacto antenupcial.

Sendo assim, conforme explanado, após árduo caminho conclui-se que os objetivos da presente pesquisa foram atingidos, de modo que restou evidenciado que de fato o dispositivo legal em discussão vai de encontro com importantes regras constitucionais e infraconstitucionais, podendo ser constatado que de fato existe suposta inconstitucionalidade a ser sanada, sendo, por ora, a súmula 377, do STF, uma alternativa para proteção dos direitos fundamentais dos nubentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 set. 2020.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 17 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em 13 out. 2021.

_____. **REsp 286.514 SP 2000/0115904-6**, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 02/08/2007, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/10/2007 p. 276. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19222017/recurso-especial-resp-286514-sp-2000-0115904-6/inteiro-teor-19222018>>. Acesso em 3 nov. 2020.

_____. **EResp: 1623858 MG 2016/0231884-4**, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, Data de Julgamento: 23/05/2018, S2- SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 30/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 416. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860112098/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1623858-mg-2016-0231884-4>>. Acesso em 3 nov. 2020.

_____. **REsp 1.183.378; Proc. 2010/0036663-8**; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 25/10/2011; DJE 01/02/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em 09 set. 2021.

_____. **AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp. 1084439 SP 2017/0082121-8**, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 03/05/2021, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe: 05/05/2021. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205796737/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-agint-no-aresp-1084439-sp-2017-0082121-8/inteiro-teor-1205796802>>. Acesso em 13 out. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 5: Família e Sucessões**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 336p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. 1056p.

_____. Art. 1641. **Inconstitucionais limitações ao direito de amar**. Disponível em: <[http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_758\)1__art._1641__inconstitucionais_limitecoes_ao_direito_de_amar.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_758)1__art._1641__inconstitucionais_limitecoes_ao_direito_de_amar.pdf)>. Acesso em 13 out. 2021.

_____. **A igualdade desigual**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n° 2, p. 65. jul./dez. 2003. Disponível em: <[http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_646\)32__a_igualdade_desigual.pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_646)32__a_igualdade_desigual.pdf)>. Acesso em 20 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º volume: Direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 749p.

DISTRITO FEDERAL. 07194441120208070000 DF 0719444-11.2020.8.07.0000, Relator: SANDRA REVES, Data de Julgamento: 02/09/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 01/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/937130726/7194441120208070000-df-0719444-1120208070000>>. Acesso em 05 out. 2021.

_____. **APC: 20130310270640 DF 0026656-62.2013.8.07.0003**, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Publicação: Publicado no DJE: 27/01/2015. Pág.: 507. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/163205836/apelacao-civel-apc-20130310270640-df-0026656-6220138070003>>. Acesso em 05 out. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 970p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 784p.

_____. **Manual de direito civil, volume único**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1808p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 736p.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1424p.

MINAS GERAIS. **APELAÇÃO CÍVEL 10024113421598001 MG**, Relator: Selma Marques, Data de Julgamento: 17/09/2013, Câmaras Cíveis/ 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/09/2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117347504/apelacao-civel-ac-10024113421598001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em 3 nov. 2020.

_____. **AC 10518150004514001 MG**, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 29/06/2016, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/10/2016. Acesso

em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390989307/apelacao-civel-ac-10518150004514001-mg>>. Acesso em 05 out. 2021.

_____. **ARG 10702096497335005 MG**, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg>>. Acesso em 05 out. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 5: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 704p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 800p.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 800p.

SÃO PAULO. **Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100**, parecer de Iberê de Castro Dias, juiz assessor da Corregedoria, aprovado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral da Justiça, em 6 de dezembro de 2017, publicado em 23.01.2018. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=14166>>. Acesso em 05 out. 2020.

TARTUCE, Flavio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. 2016.

_____. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Método Forense, 2021. 1704p.

_____. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/475/O+princ%C3%ADpio+da+boa-f%C3%A9+objetiva+no+direito+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em 21/04/2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1192p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1096p.