

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

MAGDA ÂNGELA RIBEIRO COUTINHO GUIMARÃES

**ASPECTOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA
MAIORES DE 70 ANOS: UM ESTUDO DE CASO DO AGRAVO EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 1.309.642-SP**

SANTA RITA-PB

2024

MAGDA ÂNGELA RIBEIRO COUTINHO GUIMARÃES

**ASPECTOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA
MAIORES DE 70 ANOS: UM ESTUDO DE CASO DO AGRAVO EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N. 1.309.642-SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, no Departamento de Ciências Jurídicas - Santa Rita, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Roberta Candeia Gonçalves

SANTA RITA-PB

2024

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G963a Guimarães, Magda Ângela Ribeiro Coutinho.

Aspectos jurídicos da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos: um estudo de caso do Agravo em Recurso Extraordinário N. 1.309.642-SP / Magda Ângela Ribeiro Coutinho Guimarães. - Santa Rita, 2024.

61 f.

Orientação: Roberta Candeia Gonçalves. TCC
(Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Autonomia da vontade. 2. Separação obrigatória.
3. Maiores de 70 anos. 4. ARE 1.309.642-SP. 5. Dignidade da

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao vigésimo terceiro dia do mês de Abril do ano de dois mil e vinte quatro, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Aspectos jurídicos da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos: um estudo de caso do agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP”, sob orientação do(a) professor(a) Roberta Candeia Gonçalves que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Magda Ângela Ribeiro Coutinho Guimarães com base na média final de 10,0 (DEZ). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Roberta Candeia Gonçalves

Adriano Marteleto Godinho

Alessandra Danielle Hilário

*Dedico minha conquista e vitória aos meus pais,
Tereza e Ugo, com toda gratidão e amor.*

Assim, dedico!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me capacitado a chegar até aqui, cujo amor me sustenta, sobretudo, nos momentos mais difíceis.

A Nossa Senhora, pela sua intercessão poderosa em minha vida. Sem o seu colo e proteção de Mãe, eu nada seria.

À Tereza, minha mãe e melhor amiga, por ter investido na minha educação e me proporcionado os meios necessários para que eu alcançasse meus objetivos. Obrigada pelo seu amor irrestrito e por ser meu exemplo de determinação.

A Ugo, meu pai e mestre na vida, por não ter medido esforços para incentivar os meus estudos. Sem o seu apoio incondicional e seus conselhos sábios, eu não teria conseguido realizar tantos sonhos.

À minha irmã de sangue e de alma, Maria Tereza, por sempre ter acreditado em mim, quando nem eu acreditei. Gratidão por ser minha parceira nos momentos de alegria e de dificuldade.

À minha avó e xará, Magda Ângela, pelo seu amor incondicional, que ultrapassa laços sanguíneos. Ser sua neta é um dos maiores orgulhos que carrego comigo.

Ao meu avô amado, Paulo Germano, por ser exemplo de resiliência e fé, inspiração para toda a família.

À Yêdda e Paula, minhas tias maravilhosas, por serem verdadeiras mães para mim. Por todo o cuidado e afeto que me dedicaram ao longo dos anos, registro minha eterna gratidão.

Ao meu namorado Matheus, por ser meu porto-seguro e por nunca soltar a minha mão. Gratidão pelos ensinamentos e pela compreensão ao longo do processo.

À minha orientadora, Roberta Candeia Gonçalves, expresso o meu mais sincero agradecimento por me conduzir com maestria durante a escrita desse trabalho, e por ter sido a melhor professora de Direito de Família e de Direito das Sucessões. Os conhecimentos compartilhados através de uma orientação firme e paciente foram fundamentais para o desenvolvimento desse estudo.

Por fim, agradeço aos meus mestres pelo saber jurídico ofertado durante a graduação, e aos colegas de curso, que estiveram trilhando comigo essa jornada acadêmica na Universidade Federal da Paraíba.

"Crux Sacra sit mihi lux".

São Bento.

RESUMO

O estudo versa sobre os aspectos jurídicos da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos, com base no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642. O objetivo do estudo se delineou em examinar o julgamento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP, em relação à prática jurídica e seus efeitos nas relações familiares e patrimoniais. Metodologicamente, a pesquisa trata-se de um estudo de caso, de abordagem qualitativa, tendo sido construído a partir de uma revisão da literatura, cuja coleta dos dados reuniu documentação indireta, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, documentos oficiais, decisões judiciais, leis em sentido amplo, dentre outras. Inicialmente, investigou-se os quatro regimes de bens existentes no Brasil e suas características. Em seguida, partiu-se para uma análise do instituto da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos inserido pelo Código Civil de 1916 e mantido pelo Código Civil de 2002 com algumas modificações. Abordou-se a respeito da Reforma do Código Civil de 2002 e as alterações contidas no seu anteprojeto. Por fim, investigou-se a decisão do Pretório Excelso no tocante à possibilidade de os septuagenários escolherem o regime de bens que lhes aprouver, mediante escritura pública firmada em cartório, e seus efeitos no ordenamento jurídico pátrio. Concluiu-se que a implementação de políticas públicas e ações afirmativas da coletividade que gerem a conscientização e o empoderamento dos idosos, com vistas à redução do preconceito abalizado na idade, mostram-se efetivas no enfrentamento de estereótipos estaristas. Ao resguardar os direitos dos idosos, é possível construir um futuro mais inclusivo para que todas as pessoas ampliem seu pleno potencial como seres humanos.

Palavras-chave: Autonomia da Vontade; Separação Obrigatória; Maiores de 70 Anos; ARE 1.309.642-SP; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The study deals with the legal aspects of the mandatory separation of assets for people over 70 years of age, based on Appeal in Extraordinary Appeal no. 1,309,642. The objective of the study was to examine the judgment of the Federal Supreme Court regarding Appeal in Extraordinary Appeal no. 1.309.642-SP, in relation to legal practice and its effects on family and property relationships. Methodologically, the research is a case study, with a qualitative approach, having been constructed from a literature review, whose data collection brought together indirect documentation, with bibliographical research in books, scientific articles, official documents, court decisions, laws in a broad sense, among others. Initially, the four existing asset regimes in Brazil and their characteristics were investigated. Then, we began an analysis of the institution of mandatory separation of assets for people over 70 years of age inserted by the Civil Code of 1916 and maintained by the Civil Code of 2002 with some modifications. It discussed the 2002 Civil Code Reform and the changes contained in its draft. Finally, the decision of the Praetorian Excelso was investigated regarding the possibility of septuagenarians choosing the property regime that suits them, through a public deed signed at a notary's office, and its effects on the national legal system. It was concluded that the implementation of public policies and affirmative actions by the community that generate awareness and empowerment of the elderly, with a view to reducing prejudice based on age, prove to be effective in confronting establishment stereotypes. By safeguarding the rights of the elderly, it is possible to build a more inclusive future so that all people can expand their full potential as human beings.

Keywords: Autonomy of Will; Compulsory Separation; Over 70s; ARE 1.309.642-SP; Dignity of the Human Person.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 DOS REGIMES DE BENS NO BRASIL.....	15
2.1 DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.....	16
2.2 DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS.....	18
2.3 DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS.....	20
2.4 DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS.....	23
3 PANORAMA DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO BRASIL.....	27
3.1 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS NOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002.....	30
3.2 DA REFORMA AO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	33
4 DA DECISÃO DO STF SOBRE O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS.....	39
4.1 DA ANÁLISE DA DECISÃO.....	42
4.2 DOS EFEITOS DA DECISÃO.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil é um movimento hermenêutico responsável por promover a reinterpretação dos institutos civis à luz dos princípios e normas contidos nas cartas democráticas. Trata-se de uma transformação responsável por mitigar a divisão entre o direito público e o direito privado, descentralizando da legislação infraconstitucional o papel de regulador único das relações privadas, e garantindo a força da supremacia constitucional.

Com efeito, tal vertente metodológica inaugura uma nova ordem no Brasil a partir do surgimento do Código Civil de 2002, que nasce sob a égide da Constituição Federal de 1988. O aspecto de modo eminentemente patrimonialista do Código Civil de 1916 é afastado, incidindo a revalorização de situações existenciais, em respeito ao princípio da dignidade humana, alicerce da República e apoio do Estado Democrático de Direito, que se tornou imperativo para a manutenção das relações entre os particulares.

Dessa forma, o Estado atua como responsável por salvaguardar direitos e deveres, equilibrando as vulnerabilidades existentes em prol do bem-estar social. Entretanto, muito se discute a respeito dos limites para a sua interferência na autonomia privada do indivíduo, no que concerne à linha tênue entre o protecionismo e a liberdade do sujeito para fazer suas escolhas.

Nesse contexto, emerge no Brasil o debate acerca da constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, que institui a obrigatoriedade do regime de separação de bens para pessoas maiores de 70 (setenta) anos. Mostra-se evidente que a lei está garantindo uma proteção maior ao idoso, mas, concomitante a isso, reside o questionamento: será que essa é uma defesa válida nos moldes constitucionais? Ou será que a lei exorbitou esse limite?

Desde a sua entrada em vigor, o dispositivo tem sido objeto de manifestas discussões pela doutrina e pela jurisprudência. Sob uma perspectiva, observa-se a imposição de um regime legal de bens a pessoas absolutamente capazes, amparada por justificativa etária.

Sob outro viés, a partir de um pressuposto de vulnerabilidade dos septuagenários, vê-se um inequívoco intuito da legislação de proteger a pessoa idosa e, intrinsecamente, as relações de caráter patrimonial advindas do casamento e da união estável.

O presente trabalho foi iniciado em novembro de 2023, e tinha como objeto principal a análise da constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70 anos em relação à compreensão fomentada pela Teoria das Capacidades.

A ideia central era criticar o parâmetro cronológico limitador da capacidade dos respectivos indivíduos, que, aptos a realizar todos os atos da vida civil e promover a livre disposição dos seus bens, encontram óbice no ordenamento jurídico para o exercício da liberdade de escolha.

Assim, a pesquisa desenvolvida se deu em torno da temática: o exercício do princípio da dignidade humana das pessoas maiores de 70 anos estaria encontrando um entrave no ordenamento jurídico brasileiro? Se esses indivíduos possuem plena autonomia de pensamento, quais as razões que justificam essa capacidade de raciocínio reduzida em relação ao afeto? Se o Estado, figura como o ente responsável por garantir a manutenção de direitos fundamentais da pessoa idosa, não estaria desempenhando um papel contrário a isso?

Todavia, dia 18 de outubro de 2023, foi iniciado o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP em torno da constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos casamentos de pessoas maiores de 70 (setenta) anos e a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

Em seguida, no dia 1º de fevereiro de 2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis que envolvam pessoas maiores de 70 anos pode ser alterado pela vontade das partes por meio da escritura pública, firmada em cartório. Logo, restou autorizado que os cônjuges e companheiros podem optar por qualquer um dos regimes de bens existentes no país, não estando mais obrigados àquele anteriormente determinado pela lei.

Destaca-se que a Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, e por isso, o dispositivo continua sendo válido no ordenamento jurídico pátrio. Malgrado a decisão ter trazido um avanço no campo das liberdades sociais, garantindo a possibilidade de os idosos convencionarem entre si de acordo com as suas necessidades, é fundamental analisar as repercussões práticas de tal deliberação, pois ainda há muitos temas a serem resolvidos.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo examinar o julgamento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.309.642-SP, em relação à prática jurídica e seus efeitos nas relações familiares e patrimoniais. Metodologicamente, a pesquisa trata-se de um estudo de caso, de abordagem qualitativa, se configurando em uma revisão da literatura, onde a coleta dos dados se deu a partir de documentação indireta, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, documentos oficiais, decisões judiciais, leis em sentido amplo, dentre outras.

No primeiro tópico, após a introdução, apresentou-se os regimes de bens existentes no Brasil, comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total de bens, que foi dividida em convencional e obrigatória para fins de pesquisa, expondo suas especificidades e explicando suas diferenças.

No tópico seguinte, investigou-se o panorama do regime obrigatório de bens para maiores de 70 anos e suas origens no cenário jurídico nacional, explicitando-se as modificações ocorridas ao longo das legislações privadas de 1916 e 2002 até os dias hodiernos, com a formação da Comissão de Reforma do Código Civil de 2002.

Por fim, analisaram-se as implicações jurídicas e sociais da decisão do Pretório Excelso, que permite a alteração do regime de bens para pessoas maiores de 70 anos por meio de escritura pública, e as consequências do novo entendimento no cenário nacional.

2 DOS REGIMES DE BENS NO BRASIL

Os escritos deste capítulo abordam as temáticas quanto aos Regimes de Bens no Brasil, discutindo a comunhão parcial de bens; a comunhão universal de bens; a participação final nos aquestos; e a separação total de bens.

As relações de caráter patrimonial decorrentes do casamento geram consequências e vínculos econômicos no ordenamento jurídico, os quais não se limitam apenas aos cônjuges entre si, mas se estendem aos filhos, aos ascendentes e aos colaterais até o segundo grau. Dessa forma, “a comunhão plena de vida” estabelecida no art. 1.511 do Código Civil de 2002 necessita de uma especial proteção estatal.

Com efeito, os regimes de bens surgem como uma alternativa eficaz de controle dos efeitos patrimoniais do casamento, pois são responsáveis por instituir o conjunto de regras que disciplina as relações dos cônjuges e companheiros, quer entre si, quer no tocante a terceiros (Gonçalves, 2016). Dessa forma, regulamentam tanto os bens privativos de cada um dos nubentes, como aqueles adquiridos na constância do vínculo conjugal.

Importante destacar que a legislação civil vigente, influenciada pelo princípio da intervenção mínima do Estado e pela garantia constitucional de livre planejamento familiar, reservou a escolha do regime de bens aos nubentes. Desse modo, privilegiou a ideia adequada e justa de que a decisão deve ser tomada pelo casal com a liberdade necessária para eleger o regramento que norteará a disposição do patrimônio adquirido.

Igualmente, sabe-se que o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1º), produzindo efeitos a partir da sua celebração. Entretanto, ao contrário da codificação material anterior, em que a imutabilidade era absoluta, atualmente é possível a alteração do regime de bens, nos moldes do princípio da mutabilidade justificada (Tartuce, 2016).

Tal inovação é significativa na medida em que representa um avanço no campo da autonomia privada do indivíduo, e encontra-se disposta no art. 1.639, § 2º do Código Civil de 2002. A modificação exige a pretensão bilateralmente manifestada a qualquer tempo: o pedido deve ser feito em conjunto, e a autoridade analisará os fundamentos e a razoabilidade do pleito.

É imprescindível a instauração de procedimento judicial de jurisdição voluntária, não podendo a mudança do estatuto patrimonial se dar administrativamente. Logo, restarão efetivada mediante sentença judicial, ressalvada os direitos de terceiros.

Ademais, influenciado pelo princípio da variabilidade dos regimes de bens, o Código Civil de 2002 estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro quatro regramentos passíveis de adoção, sobre os quais discorreremos a seguir: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação total de bens, subdividida em convencional e obrigatória.

Nessa perspectiva, torna-se fundamental mencionar que, em 2017, a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou o Recurso Extraordinário nº 878.694 com repercussão geral (Tema nº 809) promoveu a equiparação entre o casamento e a união estável, proibindo a distinção entre cônjuges e companheiros no tocante à matéria sucessória.

Sendo assim, é imprescindível ressaltar que quando o presente trabalho se referir ao instituto do casamento, relativamente aos nubentes e cônjuges, o mesmo entendimento vale para a união estável, seus conviventes e companheiros.

Seguindo essa perspectiva, em 2011, o Plenário da Suprema Corte também equiparou, de forma unânime, as relações estáveis homoafetivas àquelas existentes entre homens e mulheres, de modo a reconhecê-las como um núcleo familiar. Portanto, as regras aqui analisadas incidem equitativamente sobre tais entidades familiares, sem quaisquer distinções (Tartuce, 2016).

2.1 DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), o regime legal supletivo tornou-se o da comunhão parcial de bens, entendimento que foi mantido pelo Código Civil de 2002. Nesse sentido, se os consortes forem silentes, inexistindo convenção entre as partes, ou sendo ela inválida, incidirão as regras do mencionado regramento sobre o casamento (art. 1.640) e sobre a união estável (art. 1.725).

Dessa maneira, tal estatuto patrimonial é considerado congruente na medida em que estabelece como regra geral a separação entre os bens amealhados antes

da união, que continuam exclusivos das partes, e institui a fusão daqueles que a sobrevierem, adquiridos onerosamente por um ou ambos os cônjuges.

Logo, após a formalização do casamento ou da união estável, o patrimônio conquistado individualmente passa a ser comum ao casal, e, em caso de dissolução do vínculo conjugal, será partilhado de forma equânime entre os dois, independentemente do grau de contribuição isolada de cada um dos nubentes. Dessa forma, o art. 1.658 do Código Civil de 2002, informa que se comunicam os bens adquiridos durante o casamento, com as exceções dos artigos seguintes (Brasil, 2002).

Por sua vez, o art. 1.659 traz os bens e obrigações que estarão excluídos da comunhão:

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, s/p).

Em via oposta, o art. 1.660 da legislação civil em vigor, apresenta os bens que são considerados aquestos, ou seja, aqueles que entram na comunhão, caso não haja disposição em contrário no pacto antenupcial:

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, s/p).

Relativamente aos bens móveis, a lei presume que foram adquiridos na constância da união, de modo que há comunicação (art. 1.662) (Tartuce, 2016).

Entretanto, essa constatação mostra-se relativa, pois se admite prova em contrário para aquele que defende a exclusividade do bem.

Posto isso, deve-se destacar que a administração do patrimônio comum cabe a qualquer um dos nubentes (art. 1.663), visto que há uma relação de interdependência, em que os interesses de ambos se coadunam. Além disso, as dívidas decorrentes dessa atividade vinculam tanto os bens comuns como os particulares do cônjuge administrador, e do outro na proporção do proveito (art. 1.663, § 1º).

Por se tratar de um regime de comunhão parcial, em que parte do patrimônio é individual e parte se comunica, depreende-se a necessidade da concordância dos nubentes para a realização de determinados atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns, na forma do art. 1.663, § 2º.

Ademais, é fundamental lembrar que os bens comuns respondem pelas obrigações contraídas em prol das despesas familiares e dos encargos de administração por um dos nubentes (art. 1.664). Além disso, compete a cada cônjuge proprietário a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular, ressalvado o disposto na convenção das partes (art. 1.665), assim como também respondem pelas dívidas contraídas na administração do respectivo patrimônio particular, que não obriga o comum (art. 1.666).

2.2 DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Antes da entrada em vigor da Lei do Divórcio, sempre que as partes não estipulassem outra coisa, vingaria a comunhão universal de bens, então regime supletório do ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente a 1977, a sua adoção passou a necessitar de pacto antenupcial. Estabelece o art. 1.667 do Código Civil de 2002, que o regime de comunhão universal envolve a comunicação de todos os bens atualizados e vindouros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte (Brasil, 2002).

Em regra geral, vê-se que se comunicam tanto os bens anteriores ou presentes quanto os posteriores à celebração do casamento, de modo que há uma comunhão total ou plena nos aquestos, inclusive das dívidas passivas de ambos (Tartuce, 2016). A ideia essencial é a de unicidade de bens, a qual atinge créditos e

débitos e comunica os pretéritos e futuros, havidos a título gratuito ou oneroso (Farias; Rosenvald, 2016).

Entretanto, malgrado a comunhão seja ampla, não é absoluta, e comporta exceções, como dispõe o rol do art. 1.668 da legislação civil, que diz que estarem excluídos da comunhão, em seu inciso I, os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar (Brasil, 2002).

Sabe-se que tantos os bens recebidos a título gratuito – por meio de herança ou doação – como os sub-rogados (substituídos) em seu lugar, comunicam-se durante a vigência do referido estatuto patrimonial. Geralmente, quando um dos consortes recebe uma doação ou a herança, ocorre a comunicabilidade dos bens, de modo que em uma futura partilha, serão objetos da meação.

Contudo, quando o patrimônio é gravado com cláusula de incomunicabilidade, o beneficiário não pode compartilhar ou transferir esses bens ao cônjuge ou parceiro de forma que os tornem propriedade conjunta. Logo, a titularidade fica restrita ao indivíduo que recebeu ou herdou o patrimônio e a transmissibilidade não se impõe, visto que tais bens não podem ser partilhados em caso de divórcio ou dissolução da união estável.

Faz-se importante aqui mencionar o inciso II do art. 1.668 da legislação civil, ao determinar que os bens registrados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de concretizada a condição suspensiva, remete à priori, que se deve saber que o fideicomisso é um instituto de direito sucessório que compreende a transferência de bens de uma pessoa (o testador ou o doador) para outra (o fiduciário), a fim de que, após a concretização de um evento específico, os bens sejam enfim transmitidos a um terceiro, o fideicomissário. Nesses casos, os bens sujeitos ao fideicomisso não entram na comunhão de bens até que a condição preestabelecida seja cumprida (Brasil, 2002).

O inciso III do código acima citado traz que as dívidas precedentes ao casamento são excluídas da comunhão, salvo se decorrerem de despesas com seus aprestos, ou se reverterem em proveito comum. Nesse aspecto, as dívidas adquiridas previamente por cada um dos cônjuges pertencem unicamente a eles, ou seja, não se comunicam, ressalvada a hipótese de tais incumbências haverem sido revertidas em proveito mútuo do casal. A esses compromissos dá-se o nome de aprestos, que são os preparativos e as despesas relacionadas à cerimônia e à festa de casamento, que incluem uma ampla variedade de aspectos. Haja vista as dívidas

serem contraídas em benefício dos consortes, faz-se mister que ambos suportem os ônus.

Outro ponto se refere à cláusula de incomunicabilidade, quando incluída em uma doação antenupcial, significa que os bens doados não podem ser compartilhados ou integrados à comunhão de bens do casal, o que está posto no parágrafo IV do artigo art. 1.668, quando diz que as doações antenupciais perpetradas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade. Em outras palavras, esses bens permanecem exclusivamente sob o controle e propriedade do cônjuge que os recebeu, e não são considerados bens do casal para fins de partilha.

Importante mencionar que o disposto no artigo anteriormente analisado não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento, nos moldes do art. 1.669. Além disso, em relação à administração dos bens (art. 1.670), aplicam-se as regras da comunhão parcial.

Por fim, cumpre ressaltar que o estado de comunhão universal somente perdura enquanto o casal estiver convivendo e, conseqüentemente, houver colaboração recíproca (Farias; Rosenvald, 2016). Assim, caso haja separação de fato, cessa a comunicação dos bens adquiridos individualmente.

2.3 DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

O regime da participação final nos aquestos surgiu a partir do Código Civil de 2002 – em substituição ao regime dotal da codificação anterior de 1916 – influenciado pela legislação da Costa Rica e de outros Estados que também o adotaram, respeitadas as suas especificidades, a exemplo da Alemanha e da França (Gagliano; Filho, 2018). Dispõe o art. 1.672 da legislação supramencionada:

Art. 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, s/p).

À vista disso, infere-se que se trata de um regime híbrido: na constância do casamento, cada cônjuge possui seu próprio patrimônio, de modo a administrar de maneira exclusiva os seus bens; contudo, em caso de dissolução do casamento e

da sociedade conjugal, subsiste o direito de meação sobre os bens onerosamente adquiridos pelo casal.

É válido mencionar que não se confunde com o regime da comunhão parcial de bens, visto que são juridicamente autônomos e possuem estrutura distinta. Na participação final nos aquestos, a comunicabilidade se dá em relação ao patrimônio adquirido em conjunto, sendo necessário comprovar o esforço comum dos consortes.

Em contrapartida, no regime supletivo, após a celebração do casamento, ocorre a comunhão dos bens adquiridos por um ou por ambos os cônjuges, independentemente de contribuição concomitante para a sua aquisição. Assim dispõe Tartuce (2016, p.188):

Conforme o art. 1.673, integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis, na constância da união. Aqui reside a diferença em relação à comunhão parcial, pois no último caso os bens adquiridos durante a união, em regra, presumem-se de ambos.

Além disso, persiste um equívoco relativo à aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Editada em 3 de abril de 1964, entrou em vigor com o objetivo de atenuar os efeitos da separação obrigatória de bens, permitindo a comunhão do patrimônio amealhado durante a constância do vínculo conjugal.

Em seguida, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, influenciada pelo princípio da solidariedade social, da isonomia e da razoabilidade, pretendeu evitar o enriquecimento sem causa de um nubente em detrimento do outro. A partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o entendimento trazido pela súmula continuou sendo mantido, haja vista a nova legislação trazer a previsão da separação legal de bens, tendo apenas alterado a idade para 60 anos tanto para homem como para mulher, e, posteriormente, aumentado para 70 anos.

Entretanto, a previsão trazida pela súmula diz respeito somente à separação legal de bens, não apresentando simetria em relação à partilha do patrimônio comum na participação final nos aquestos. O regime de bens analisando nesse

tópico possui regramento próprio concernente ao cálculo da massa patrimonial partilhável, nos moldes do art. 1.614, e seguintes (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

Ademais, a dispensa da outorga conjugal somente se dá nos casos do regime de separação absoluta de bens, conforme o art. 1.647 do Código Civil de 2002. Portanto, os demais regimes carecem da autorização conjugal para a prática dos atos arrolados no referido dispositivo. Contudo, mostra-se possível que os consortes convençionem livremente as disposições tão somente acerca dos bens imóveis, desde que sejam particulares, por meio do pacto antenupcial, dispensando-se a vênua conjugal (art. 1.656).

O fato é que, na ocorrência da dissolução conjugal, seja por divórcio ou por morte de um dos cônjuges, realiza-se uma apuração dos ganhos e perdas de cada um ao longo do casamento, de modo que os indivíduos ficam associados nos primeiros e dissociados naquelas. O cálculo envolve a soma de todos os bens adquiridos onerosamente por cada cônjuge durante o vínculo, assim como os frutos desse patrimônio.

Por conseguinte, após a apuração, subtraem-se os patrimônios iniciais de cada cônjuge do patrimônio final de cada um ao término da união. Feito isso, na hipótese de um dos cônjuges possuir mais bens ao final do casamento do que tinha no início, terá direito a uma parte dos bens do outro cônjuge, calculada com base na diferença entre os patrimônios finais de cada um. Ratificando tal entendimento, Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 390) afirmam:

[...] a partilha do patrimônio comum, na participação final, visa, em verdade, a consagrar um regime de compensação, para evitar que um dos cônjuges se locuplete às custas do outro.

Em conclusão, depreende-se que o estatuto patrimonial em análise possui uma natureza contábil e complexa (Tartuce, 2016), tendo sido utilizado de maneira limitada no país, haja vista a escassa jurisprudência acerca do assunto e as inúmeras dúvidas no cerne acadêmico, o que mitigou a sua concretização. Há, inclusive, um Projeto de Lei, denominado “Estatuto das Famílias” do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que almeja a supressão do regime, considerado assimétrico na prática familiarista nacional.

2.4 DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

Conforme visto anteriormente, durante uma secular tradição, e na vigência do Código Civil de 1916, o regime supletivo era o da comunhão universal de bens. A partir da entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), passou a ser o da comunhão parcial, tendo sido absorvido pelo Código Civil de 2002, o qual prevalece no silêncio das partes ou nos casos de invalidade do pacto antenupcial.

Apesar disso, “parte da doutrina considera que a opção mais razoável seria adotar a separação de bens como o regime supletivo, considerado o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge” (LÔBO, 2016, p. 368). Essa parece ser a opção mais simplificada no que tange à independência absoluta dos nubentes em relação ao seu patrimônio, pois, não existindo ponto de interseção entre os bens, resta como prioridade o vínculo afetivo em detrimento do vínculo monetário.

Contudo, no ordenamento jurídico atual, para que o regime da separação convencional de bens seja adotado, faz-se mister que a vontade das partes seja manifestada no pacto antenupcial. Diferentemente da separação obrigatória, que decorre de uma imposição legal, o estatuto patrimonial supramencionado exige a expressão do princípio da autonomia privada, visto que se trata de decisão proveniente do campo íntimo do indivíduo.

Nesse caso, inexistente comunicabilidade entre os bens adquiridos por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito. O patrimônio de cada um é administrado de maneira particular e livre, de modo que se torna prescindível a outorga de uma das partes para alienar ou onerar bens imóveis e para prestar fiança ou aval, posto que a vênua alheia seja desnecessária. Nessa linha, dispõe o art. 1.687 do Código Civil de 2002, em seu art. 1.687, quando diz: “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, s/p).

Tal perspectiva sintetiza duas características fundamentais do regime em análise: a administração individual dos bens por cada consorte e a liberdade de atuação do titular sobre a forma como irá dispor do seu patrimônio (Farias; Rosenvald, 2016). Ademais, há um terceiro ponto crucial: a responsabilidade patrimonial pelas dívidas assumidas pelo consorte, o qual responde individualmente

pelas referidas obrigações sem vincular os recursos alheios. À vista disso, conclui-se que a separação convencional corrobora uma situação de separação absoluta.

Entretanto, há uma única circunstância de convergência patrimonial, em que ocorre a divisão das despesas decorrentes da manutenção do lar, gastos necessários ao funcionamento da moradia e em benefício da prole e da família em geral, proporcionalmente aos ganhos dos indivíduos, conforme o art. 1.688 da legislação civil hodierna, referindo no art. 1.688: “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial” (Brasil, 2002, s/p).

Por fim, resta lembrar que, em termos sucessórios, o cônjuge sobrevivente que fora casado com o falecido em regime de separação convencional, concorrerá com os descendentes do *de cujus*. Em vida, a norma de direito de família prevê a incomunicabilidade patrimonial, ao passo que a norma de direito das sucessões admite, após a morte do autor da herança, a possibilidade de o viúvo ou a viúva concorrerem com os descendentes (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

Diferentemente da separação convencional de bens, a separação obrigatória independe da autonomia da vontade do indivíduo, visto que decorre de uma imposição legal. Nesse caso, o legislador não deixou a cargo dos cônjuges e companheiros essa escolha fundamental.

Existem três hipóteses taxativas no art. 1.641 do Código Civil de 2002:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial (Brasil, 2002, s/p).

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2018) as hipóteses taxativas postas acima, não comportam interpretação extensiva, ampliativa ou analógica. A disposição contida no inciso I relaciona-se às pessoas que contraíram matrimônio sem se atentar às causas suspensivas do art. 1.523 da legislação civil, as quais não provocam a invalidade do casamento, mas a sua irregularidade. Diante disso, a lei

retira a liberdade dos nubentes e impõe a obrigatoriedade de tal regime de bens para evitar uma confusão de natureza patrimonial.

Com efeito, o objetivo do legislador é evitar uma suposta mistura de bens em determinadas situações, a fim de não prejudicar aspectos patrimoniais referentes ao filho do falecido de um antigo casamento ou união estável (quando o cônjuge viúvo ainda não fez a partilha dos bens comuns ou quando a ex-esposa pretende se casar antes do término do prazo de presunção de paternidade, que é de 300 dias), do divorciado (quando o seu ex-consorte quer casar sem realizar a prévia partilha de bens) e do tutelado e curatelado (quando o seu tutor ou curador poderia se aproveitar do múnus) (Farias; Rosenvald, 2015).

Por sua vez, o inciso III refere-se às pessoas menores, que atingiram a idade núbil, mas dependem de autorização judicial para casar, seja o suprimimento judicial de idade ou o suprimimento judicial de consentimento dos pais. O dispositivo almeja garantir a proteção de indivíduos que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade, instituindo essa sanção de cunho patrimonial com o objetivo de salvaguardar os bens dos cônjuges (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

Por questões metodológicas, o inciso II do artigo supramencionado será analisado em último plano por se tratar do foco do presente trabalho. Tal diferenciação é motivada, inclusive, pelo fato de as hipóteses trazidas nos incisos I e III serem passíveis de superação: cessadas as circunstâncias que ensejaram a imposição desse regime de bens, é possível que os nubentes o modifiquem, tornando a separação não mais obrigatória.

Diversamente, a pessoa maior de 70 anos que se casa não tem controle sobre o fator etário que promove a restrição ao exercício da sua liberdade de escolha. O parâmetro cronológico utilizado, que na versão original do dispositivo era sessenta anos e foi alterado pela Lei nº 12.344, de 9.12.10, corrobora o caráter cogente e imutável dessa norma civil.

Parte majoritária da doutrina entende que a regra é flagrantemente inconstitucional, violando os princípios da dignidade humana e da igualdade, a exemplo de Veloso (2019). O art. 8º do Estatuto da Pessoa Idosa dispõe: “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social” (Brasil, 2013, p. 15), de modo que a intervenção estatal excessiva sobre pessoa considerada maior e plenamente capaz para todos os atos da vida civil é preconceituosa e limitante.

Apesar de ambos fazerem parte do mesmo gênero, o regime obrigatório difere do regime convencional em relação ao caráter não absoluto da separação. Conforme a Súmula 377 do STF, sob a égide da separação obrigatória, haverá comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento. Por consequência da comunicabilidade, tem-se a exigência da outorga do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis e para prestar fiança ou aval, desnecessário se o casamento é regido pela separação convencional.

Ainda, outro ponto fundamental é aquele determinado pela Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que dispõe: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum”.

À priori, os legisladores entenderam que as três hipóteses do art. 1.641 estavam previstas e reguladas somente para o casamento (Gagliano; Pamplona Filho, 2018). Contudo, a jurisprudência do STJ fez incidir o regramento obrigatório sobre as uniões estáveis contraídas por pessoas maiores de 70 anos, de modo a comunicar os bens adquiridos na constância dessas relações, desde que preenchido o requisito do esforço conjunto.

Diante desse cenário controvertido, no dia 1º de fevereiro de 2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis que envolvam pessoas maiores de 70 anos pode ser alterado pela vontade das partes, pondo fim ao julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP (Tema 1.236).

Logo, restou autorizado que cônjuges e companheiros septuagenários podem optar por qualquer um dos regimes de bens existentes no país por meio de escritura pública firmada em cartório. Nos próximos tópicos, discorrer-se-á acerca do desenvolvimento do regime obrigatório de bens para maiores de 70 anos no decurso do tempo e analisarão os efeitos da decisão do Tribunal da Cidadania.

3 PANORAMA DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO BRASIL

É unânime que quando duas pessoas resolvem convolar núpcias, se opera uma união de interesses e, naturalmente, ocorre confusão material entre seus bens, surgindo necessidades e obrigações comuns. Nesse lume, é de fundamental importância que os cônjuges tenham plena ciência de quais serão as normas jurídicas que regerão o patrimônio do casal.

Não obstante a importância dessa matéria na vida a dois, muitos nubentes deixam de discuti-la devido ao receio de que a abordagem do tema cause desgaste na relação. Assim, deixam essa questão, que possui suma importância, para momento posterior.

Ocorre que, a falta de discussão e definição nítida desse aspecto pode acarretar prejuízos significativos para os cônjuges, tanto no aspecto patrimonial quanto emocional, pois a não discussão dos regimes de bens pode gerar impactos de diversas ordens.

A falta de transparência e diálogo sobre questões financeiras tende a criar desconfiança e insegurança na relação, prejudicando a harmonia e a confiança mútua. A descoberta de divergências quanto às expectativas no que tange ao patrimônio do casal é propensa a gerar conflitos e desgastes para os consortes, impactando o bem-estar emocional de ambas as partes. Nesse sentido, os casais acabam, muitas vezes, por não decidir qual regime de bens será aplicável ao casamento e à união estável, sujeitando-se ao que o legislador define na ausência de pacto antenupcial (Gagliano; Pamplona Filho, 2018).

Diante da importância que esse tema possui na vida comum do casal, a regra do atual arcabouço jurídico brasileiro é a de que os nubentes possuem ampla liberdade para livremente escolher quais serão as normas de regência do seu patrimônio. Trata-se da positivação do princípio da autonomia da vontade no âmbito do Direito de Família, haja vista conferir às partes a capacidade de regular seus interesses de acordo com suas vontades e necessidades.

Dentro desse contexto, a escolha do regime de bens é uma das manifestações mais significativas da autonomia privada dos indivíduos, uma vez que tal decisão irá influenciar diretamente as partes envolvidas (Gonçalves, 2016).

Necessário pontuar que essa liberdade de escolha reflete a valorização da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, princípios fundamentais do

ordenamento jurídico. Dessa forma, a autonomia privada permite que os indivíduos exerçam o direito de autodeterminação na regulação de seus interesses patrimoniais no âmbito conjugal.

Igualmente, o princípio da intervenção mínima do Estado na família, consagrado no art. 1.513 do Código Civil, fundamenta a regra de que os cônjuges possuem liberdade para escolher o regime de bens que regerá a união, *in verbis*, o que mostra o art. 1.513, quando diz: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (Brasil, 2002, s/p).

Trata-se de uma das bases do Direito de Família. Ao estabelecer a interferência estatal mínima nas relações familiares, privilegia a autonomia e a privacidade das pessoas que compõem essa unidade fundamental da sociedade.

No contexto da liberdade de escolha do regime de bens, garante que os indivíduos tenham a prerrogativa de definir livremente as regras patrimoniais que regerão o seu casamento ou união estável.

Nesse sentido, como regra, infere-se que o Estado deve adotar uma postura de não intromissão excessiva na escolha do regime de bens, respeitando a diversidade de arranjos familiares e a pluralidade de valores presentes na sociedade.

Desse modo, a intervenção só deve existir se pautada na proteção dos interesses das partes mais vulneráveis. Nesses casos, necessita-se de uma justificativa forma proporcional e subsidiária, visando a preservar a dignidade e a igualdade das partes envolvidas, sem desconsiderar a liberdade de escolha e a autonomia privada.

Todavia, em que pese a regra seja a liberdade, existem situações em que a lei tolhe a possibilidade de escolha do regime de bens, havendo imposição relativamente ao código patrimonial aplicável naquela situação, consoante exposto no tópico anterior referente ao regime da separação obrigatória de bens.

Atualmente, como regra geral, o Código Civil Brasileiro adota como regime supletório a comunhão parcial de bens. Tal opção do legislador calca-se na presunção de que, com a união de vida, ambos os cônjuges contribuam para formação do patrimônio familiar.

Neste sentido, conforme Diniz (2012) o regime da comunhão parcial de bens, tomado pelo Código Civil de 2002 como regime legal, ou seja, aquele que vale na ausência de desígnio pelos nubentes, baseia-se no conceito de compartilhamento

dos bens contraídos onerosamente durante o casamento. Essa escolha legislativa ajuíza a percepção de que o casamento concebe uma parceria em que ambos os cônjuges, independente de ajuda direta financeira, contribuem para a constituição e mantimento do patrimônio comum. Dessa forma, o regime de comunhão parcial de bens busca afiançar a justa divisão dos produtos dessa cooperação recíproca, prevendo-se que ambos os cônjuges colaboram, de alguma forma, para a concepção do patrimônio familiar.

Ocorre que o legislador brasileiro, em algumas situações, achou por bem afastar a presunção de contribuição mútua para formação do patrimônio familiar, impondo aos nubentes a vedação à constituição de um patrimônio comum do casal.

Como dito alhures, os septuagenários, pelas letras frias da legislação civil pátria, não possuem o direito de escolher o estatuto patrimonial que regerá a união, sendo imposto a eles o regime da separação obrigatória de bens. Dessa forma, a presunção trazida acima não foi positivada na norma para as uniões em que um dos cônjuges possui mais de setenta anos.

Consoante leciona o professor Veloso (2019), a intenção do legislador é coibir que pessoas se coloquem em relações regidas pelo mero interesse patrimonial, observando-se que, nessa situação, mais do que em outros casos, é real o desígnio do legislador de evitar que a pessoa mais jovem busque casar-se com outra bem mais idosa, seduzida menos pelos atrativos pessoais do que pelo patrimônio de seu companheiro.

Essa ideia, em nosso sentir, traz em seu DNA o defeito congênito do preconceito e uma presunção, que não encontra amparo na realidade, de que o idoso não tem a capacidade de reconhecer situações em que o cônjuge ou companheiro está com ele exclusivamente visando as suas posses e recursos financeiros. Conforme Villela (1980), o idoso, apenas pela condição de ser idoso, não é civilmente incapaz. Desse modo, não tem contra si a altivez de que lhe falem os predicados da consciência e veleidade necessários para a concordância matrimonial em todas suas dimensões e com todas as suas implicações. O impedimento, na verdade, é representação da postura patrimonialista do Código e compõe mais um dos afrontes gratuitos que a cultura impõe à terceira idade.

Nesse diapasão, faz-se mister que estudemos os antecedentes históricos da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos ao longo das legislações

civis brasileiras e a incompatibilidade desse instituto do direito civil com os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

3.1 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS NOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002

É unânime que o Direito de Família reflete demasiadamente a forma de pensar das sociedades, sofrendo os efeitos das mudanças culturais dos povos e das suas épocas, de modo a estar em constante adaptação às novas realidades. Portanto, faz-se necessária uma digressão histórica para entender as raízes da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos no Brasil.

O Código Civil de 1916 trazia em seu âmago a previsão de quatro regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial, dotal e separação total. Em que pese a lei elaborada pelo jurista Clóvis Beviláqua estabelecesse a liberdade de escolha, não havendo convenção entre as partes, ou sendo ela nula, vigoravam as regras da comunhão universal, então regime supletório (art. 258).

Por conseguinte, a legislação civil pretérita foi a responsável por introduzir a obrigatoriedade da separação de bens no casamento de pessoas idosas no contexto nacional. Durante a sua vigência, os homens maiores de sessenta e as mulheres maiores de cinquenta anos deveriam se submeter a esse estatuto patrimonial (art. 258, parágrafo único, II).

Tal dispositivo traz consigo, em nosso sentir, dois preconceitos bem delineados: o etarismo, na medida em que presume de maneira absoluta que após certa idade as pessoas não podem mais decidir qual regime de bens regerá a união conjugal, e o sexismo, no sentido de que há uma distinção entre a idade do homem e da mulher.

Com efeito, a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que reconheceu a capacidade plena das mulheres para todos os atos da vida civil, independentemente da autorização do marido, e a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), que mudou o regime supletório para o da comunhão parcial de bens, representam marcos legislativos importantes que ratificam a luta da emancipação feminina no país.

Além disso, a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal mitigou o caráter absoluto da separação obrigatória ao possibilitar a comunicação dos bens adquiridos durante a constância do casamento, a fim de que o patrimônio adquirido por ambas as partes não ficasse apenas com uma delas. Assim dispõe Rolf Madaleno:

[...] um dos evidentes propósitos do Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula 377, a par da questão pontual do artigo 259 do Código Civil de 1916, também foi o de evitar o enriquecimento ilícito nos casamentos de imposição do regime da separação de bens, porque o patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum terminava em mãos de só um dos cônjuges, de hábito o varão, sob cuja titularidade restava inscrito, o acervo construído durante toda a história do matrimônio (Madaleno, 2011, p. 73).

Em relação ao sexismo, a legislação brasileira evoluiu e estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, extirpando qualquer distinção por razão de sexo. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o novo ordenamento civil institui o tratamento isonômico entre homens e mulheres, cujos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos de maneira homogênea (arts. 5º, I e 226, parágrafo 5º) (Brasil, 1988).

Por conseguinte, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02) rompeu com o caráter eminentemente patriarcal da codificação anterior, ao igualar as idades sobre as quais se impunha a separação obrigatória de bens. Em sua redação original, determinou a imperatividade do regramento tanto para homens como para mulheres acima de sessenta anos (art. 1.641, II) (Brasil, 2002).

Entretanto, a Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010, alterou o inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002 e aumentou para setenta anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento, dispositivo que continua válido até os dias atuais. Tal mudança não afastou a problemática, e a inconstitucionalidade restou mantida (Tartuce, 2024).

Entretanto, apesar dessa alteração indicar que a legislação empreendeu avanços e acompanhou o aumento da longevidade e da expectativa de vida no país, alguns tratamentos discriminatórios perduraram. A persistência do fator etário como indicativo de uma menor capacidade para tomar decisões mostra-se anacrônico. Dissertando sobre o tema no Acórdão do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP, pontuou o Ministro Luís Edson Fachin:

O etarismo está presente em diferentes espaços da vida pública e privada. Nas relações interpessoais, é frequente o controle sobre a forma como se comportam as pessoas idosas, o descrédito às suas ações e a desconsideração de sua vontade. O preconceito reforça hierarquias, nega oportunidades e abala a autoestima das pessoas idosas, fazendo com que internalizem uma imagem negativa e limitada de si. Por isso, trata-se de grave problema de direitos humanos (STF, 2024, p.3).

Seguindo esse entendimento, consoante anunciou o Ministro Relator Luís Roberto Barroso em seu voto (STF, 2024), a tendência demográfica no Brasil vem demonstrando um envelhecimento progressivo e contínuo de sua população. No ano de 2022, foi registrado que o contingente de indivíduos que atingiram ou ultrapassaram a marca dos 65 anos de idade ascendeu a um número superior a 22 milhões de pessoas.

Este quantitativo é significativo, correspondendo a aproximadamente 11% da população total do país. Fatores como a diminuição acentuada nas taxas de natalidade, combinados com avanços na área da saúde que propiciam um prolongamento da vida, têm sido os propulsores dessa transformação demográfica. Como consequência direta dessas mudanças, percebe-se um estreitamento na base da pirâmide etária brasileira, uma tendência que tem se tornado mais notável desde o ano de 2010 (STF, 2024).

Nessa toada, o combate ao preconceito relacionado à idade é medida que se impõe, pois, como demonstram as pesquisas, o crescimento do número de idosos é diretamente proporcional à quantidade de pessoas que terão sua liberdade cerceada pela lei, caso desejem convolar núpcias ou constituir união estável. A desequiparação promovida entre os indivíduos maiores de setenta anos e o restante da sociedade é desproporcional, pois não se pode fundamentá-la de forma presumida.

É injusto desconsiderar as vontades e anseios de pessoas plenamente capazes, que nada demonstraram no tocante à diminuição do exercício de suas faculdades mentais. Portanto, ocorre que mesmo diante do envelhecimento da população brasileira, a legislação privada atual repete a visão preconceituosa da codificação anterior, e retira dos anciãos a capacidade de escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver. Neste sentido, o código traz consigo uma previsão desarrazoada de que a pessoa idosa, por uma condição pressuposta de vulnerabilidade, deveria ter sua capacidade de escolher o regime de bens, tolhida.

3.2 DA REFORMA AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Convém pontuar que a elaboração do Código Civil de 2002 iniciou-se em 1969, durante o período militar no Brasil, e a sua tramitação se deu apenas em 1975. O texto final, por sua vez, foi aprovado no dia 15 de agosto de 2001. Apesar de sua origem remontar a uma época de restrição de direitos, a legislação civil recebeu influências positivas da Constituição Federal de 1988 e de seus princípios fundamentais, que fortaleceram o ideal de repersonalização das relações de natureza privada.

Entretanto, o tempo torna-se implacável no que tange às transformações da sociedade e os institutos civilistas em vigor necessitam de revisão e atualização, sobretudo aqueles concernentes ao Direito de Família e das Sucessões, por se tratarem de ramos jurídicos sujeitos ao influxo da realidade material. Em conformidade a isso, lecionam o Ministro Luis Felipe Salomão e o professor Luciano Oliveira de Moraes:

Em que pese todos os avanços do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, houve as mais intensas mudanças na sociedade brasileira experimentadas ao longo do século 20, desde novos modelos negociais e contratuais, passando pela engenharia genética, aos novos arranjos familiares e o impacto no plano sucessório. As alterações legislativas implementadas simplesmente não conseguiram suprir em tempo hábil todas as necessidades dos segmentos sociais, políticos e econômicos em constante evolução (Salomão; Moraes, 2024, p. 12).

Diante desse cenário, no dia 24 de agosto de 2023, Rodrigo Pacheco, atual Presidente do Senado Federal, por meio do Ato nº 11, formou uma comissão composta por 37 juristas para atuar conjuntamente em torno da imperiosa reforma do Código Civil de 2002. Esse grupo de operadores do Direito foi dividido em nove subcomissões temáticas: Parte Geral, Obrigações, Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa, Contratos, Direito Empresarial, Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões e Direito Digital. Cada comissão é composta pelos juristas com a designação de sub-relator parcial, as quais foram responsáveis pela elaboração de relatório parcial para posterior consolidação pelos relatores-gerais (Moraes; Salomão, 2024).

O Ministro Luis Felipe Salomão foi designado presidente; o Ministro Marco Aurélio Bellizze, vice-presidente; por seu turno, as sub-relatorias gerais couberam aos juristas, Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery. Conforme afirma Tartuce (2024), a ideia principal é desburocratizar e minimizar os entraves relacionados ao Direito Privado Brasileiro, no que for plausível em prol da operabilidade, um dos princípios basilares do Código Civil de 2002.

Nesse particular, é crucial ressaltar que pela primeira vez na história do país, há a eminente participação feminina na elaboração de um Código Civil. Sabe-se que o primeiro compilado de normas civis em uma única obra foi elaborado pelo advogado Augusto Teixeira de Freitas, denominado “Consolidação das Leis Civis”, que, em seguida, se encaminhou para um anteprojeto de Código Civil, conhecido como “Código Civil - Esboço”. Apesar da sua importância, não teve a apreciação que se imaginava, nunca tendo sido transformado em lei.

Posteriormente, deu-se a incumbência ao professor Clóvis Beviláqua de minutar um anteprojeto que expressasse as vontades e suprisse as necessidades da sociedade em que estava inserido, que veio a ser o Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/16). Esse primeiro estatuto da vida civil brasileira, fortemente influenciado pela religião, não estabeleceu a possibilidade de divórcio, além de não conceder os mesmos direitos e deveres para homens e mulheres, refletindo a visão machista e retrógrada da época.

Em seguida, no final da década de 1960, o professor Miguel Reale aceitou a missão de elaborar uma nova legislação civil, que se harmonizasse aos ditames da ordem constitucional de 1988: o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02). A intenção do referido jurista foi promover a revisão da norma de 1916, e “somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica” (Ferreira, 2003, p. 48). Logo, segundo as palavras de Judith Martins-Costa e Gerson Branco, vê-se que a intenção não era:

[...] a de fazer uma revolução ou de solucionar todos os problemas do Brasil com um novo Código, mas de dotar o ordenamento com um instrumento normativo que fosse ao mesmo tempo aberto às mudanças, e um conjunto de regras que representasse ‘a constituição do homem comum (Martins-Costa; Branco, 2002, p. 45-46).

Portanto, após essa breve digressão histórica, depreende-se a relevância da contribuição de inúmeras brasileiras na elaboração do anteprojeto que reformará o Código Civil de 2002. Trata-se de um envolvimento fundamental para que a norma em construção seja o mais isonômica possível. Assim, tem-se o trabalho das juristas Angélica Lúcia Carlini, Ana Cláudia Squalquette, Cláudia Lima Marques, Estela Aranha, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Laura Porto, Layla Abdo Ribeiro de Andrada, Maria Berenice Dias, Maria Cristina Paiva Santiago, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Patrícia Carrijo, Paula Andrea Forgioni, Rosa Maria de Andrade Nery.

No que é pertinente ao presente trabalho, vale mencionar a composição da Comissão de Família com Pablo Stolze Gagliano (sub-relator), Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias e Marco Buzzi; e a Comissão de Sucessões com Mário Luiz Delgado Régis (sub-relator), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e César Asfor Rocha.

Devido à importância e ao interesse público em questões referentes ao Código Civil, adotou-se a estratégia de dar maior visibilidade aos debates e incentivar a colaboração tanto do público em geral quanto de especialistas. Isso se realizou por meio da extensa divulgação dos esforços da comissão, que incluiu o envio de mais de 445 ofícios a várias instituições como tribunais, procuradorias do Ministério Público nas esferas estadual e federal, unidades da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Defensorias Públicas, escolas judiciárias, diversas associações e entidades, além de disponibilizar um canal aberto a sugestões, que culminou na recepção de 265 comunicados. O portal e-Cidadania do Senado Federal também observou uma significativa participação do público, que contribuiu com perguntas e propostas à comissão (Morais; Salomão, 2024).

Essa grande publicização gerou diversas consequências, dentre os quais destacam-se, na área de Família e de Sucessões, as seguintes: o divórcio unilateral e desjudicializado (art. 1.528-A do anteprojeto), o regramento das despesas com animais de companhia (art. 1.703 do anteprojeto), a retirada da vedação a *pacta corvina* (art. 426 do anteprojeto), a retirada do cônjuge da condição de herdeiro necessário (art. 1.845 do anteprojeto). Ainda, ampliou-se o conceito de família para incluir vínculos não conjugais, além do implemento de uma nova redação que não faz menção a homem e mulher relativamente a casais e à família, no sentido de

prestigiar e proteger as uniões homoafetivas, reconhecidas em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, o referido anteprojeto também traz em seu âmago a revogação completa do artigo 1.641 da Lei n. 10.406/02 (Código Civil de 2002). Nesse particular, cumpre ressaltar que desde a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico nacional, diversos juristas e doutrinadores se manifestaram, especificamente, contra a permanência do inciso II do art. 1.641. Em 2003, o Enunciado n. 125 da I Jornada de Direito Civil propôs a revogação do dispositivo, alegando a sua inconstitucionalidade. A norma que torna imperativo o regime da separação total de bens por causa da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos alicerces da República, inscrito no átrio da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/1988) (Brasil, 1988).

Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. Partindo dessa reflexão, uma inovação significativa que foi proposta ao final, concernente à pauta das Comissões de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Contratual, é o fim do regime da separação obrigatória de bens (Tartuce, 2024).

Dessa maneira, a ideia é extirpar do ordenamento jurídico pátrio não apenas a hipótese que incide sobre o casamento das pessoas maiores de 70 anos (art. 1.641, II), mas também os casos dos indivíduos que contraírem casamento com inobservância de suas causas suspensivas e daqueles que dependerem de suprimento judicial para casar, consoante os incisos I e III do citado dispositivo. Ainda, segundo leciona Tartuce (2024):

Além do citado problema de inconstitucionalidade, a verdade é que o regime da separação obrigatória de bens, em todos os incisos do art. 1.641 do vigente Código Civil, revelou-se absolutamente anacrônico, excessivamente limitador da liberdade, distante da realidade contemporânea e só gerou problemas nos últimos anos, além de uma desnecessária, e excessiva judicialização (Tartuce, 2024, s/p).

Nesse sentido, infere-se que a ideia de extinguir o dispositivo em sua totalidade remete à simplificação do processo de escolha dos regimes de bens,

tornando-o mais flexível e compatível com as necessidades dos cônjuges e companheiros. Assim, os planejamentos patrimoniais e sucessórios se tornariam mais acessíveis e menos burocráticos, pois se coadunariam às vontades dos indivíduos.

Igualmente, a imposição de um regime de separação obrigatória de bens em qualquer uma das hipóteses representa uma interferência excessiva na esfera privada e na liberdade dos cidadãos. A presunção injustificada de que certas pessoas necessitam de que a lei tome decisões por elas não se sustenta, pois a incapacidade deve ser constatada materialmente, se houver.

Logo, de acordo com a subcomissão de Direito de Família:

[...] foi proposta a revogação de todo o artigo 1.641, com consequente ajuste redacional no art. 1.654. Com a revogação, o instituto da separação obrigatória de bens em razão da idade ou da pseudoconfusão de bens por não haver sido feito a partilha ou o inventário de um relacionamento anterior, deixa de existir em nosso sistema. A normatização revogada discrimina as pessoas no tocante à sua capacidade de discernimento, apenas porque septuagenários, assim como é incoerente impor um regime obrigatório, de separação de bens por supor que pudessem ser confundidos os bens da relação afetiva anterior com o novo relacionamento conjugal ou convivencial, sabido que toda classe de bens goza de fácil comprovação quanto à sua aquisição, quer se tratem de imóveis, móveis, semoventes, automóveis, depósitos e aplicações financeiras, constituições de sociedades empresárias (Tartuce, 2024, s/p).

Destarte, depreende-se que a Reforma do Código Civil de 2002 é um marco fundamental no ordenamento jurídico pátrio, e uma oportunidade de atualizar e modernizar a lei, haja vista as inúmeras mudanças sociais, econômicas e culturais que ocorreram desde a entrada em vigor da legislação.

Todavia, é imprescindível que para a sua concretização, haja debates e análises que garantam que os interesses e direitos dos cidadãos sejam devidamente protegidos. É crucial alinhar os institutos de direito civil às realidades e necessidades contemporâneas das famílias brasileiras.

Posto isso, após oito meses de trabalho, no dia 5 de abril de 2024, a Comissão de Juristas concluiu a votação de propostas de atualização do Código Civil, e, de acordo com o Requerimento nº 238 proposto pelo Presidente Rodrigo Pacheco, no dia 17 de abril, o Plenário do Senado fará uma sessão de debate temático que servirá para o recebimento, a exposição e o debate do anteprojeto

elaborado. Assim, o texto do anteprojeto segue para a câmara alta do legislativo brasileiro para regular a tramitação da reforma.

4 DA DECISÃO DO STF SOBRE O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Em 18 de outubro de 2023, iniciou-se o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642-SP em torno da constitucionalidade do dispositivo que institui o regime da separação obrigatória de bens aos casamentos de pessoas maiores de 70 (setenta) anos e a sua aplicação às uniões estáveis.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 29 de setembro de 2022, decidiu pela existência de repercussão geral da matéria (Tema 1.236) por entender ser uma questão de relevância social, jurídica e econômica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa (Barroso, 2024), conforme dispõe a ementa, publicada no dia seguinte:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REGIME DE BENS APLICÁVEL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DE MAIORES DE SETENTA ANOS. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis. 2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

A priori, torna-se imprescindível a análise do caso concreto: uma ação de inventário em que se discute a respeito de qual regime de bens incidirá sobre uma união estável iniciada quando o falecido possuía idade superior a 70 anos. A companheira pleiteou a aplicação da comunhão parcial para fins de herança, e o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil de 2002. De acordo com o Acórdão do ARE n. 1.309.642-SP, publicado no dia 1º de fevereiro de 2024:

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. I. O CASO EM EXAME 1. O recurso. Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. 2. O fato relevante. Companheira em união estável postula participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários. 3. As decisões anteriores. O juiz de primeiro grau considerou inconstitucional o dispositivo do Código Civil e reconheceu o direito da

companheira em concorrência com os herdeiros. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, considerando a norma que impõe a separação obrigatória de bens válida (STF, 2024, s/p).

Posto isso, depreende-se que o juízo de primeira instância afastou a separação obrigatória, impôs o regime supletório, colocando a requerente em concurso com os descendentes do autor da herança, e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, por entendê-la atentatória à dignidade da pessoa humana e à igualdade.

Dessa forma, reconheceu o direito da autora de participar da sucessão hereditária com os filhos do falecido, aplicando e reiterando a tese fixada pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 646.721, que afirma ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado o disposto no art. 1.829 da legislação privada.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (Brasil, 2002, s/p).

Na contramão desse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) reformou a decisão e aplicou o regime da separação de bens. Sob a justificativa de estar impedindo uma situação de vulnerabilidade envolvendo a pessoa idosa e seus herdeiros necessários, o segundo grau pretendeu evitar prejuízos de natureza patrimonial que os colocassem em posição de desvantagem e injustiça.

Concluiu sobre a constitucionalidade da separação obrigatória de bens, alegando que tal restrição à autonomia da vontade visa a evitar casamentos e uniões estáveis constituídos meramente por interesses econômicos. Por fim, nos moldes da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, garantiu à pleiteante somente o direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a constância da união estável.

Em face do exposto, o ordenamento jurídico pátrio assistiu durante meses ao julgamento da constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil no Pretório Excelso, que analisou a validade da norma em conformidade aos princípios fundamentais contidos nos arts. 1º, III, 30, IV, 50, I, X, LIV, 226, § 3º e 230 da Constituição Federal (Barroso, 2024).

EMENTA: Ementa: Direito Constitucional e Civil. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Separação obrigatória de bens nos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Interpretação conforme a Constituição. I. O caso em exame 1. O recurso. Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. 2. O fato relevante. Companheira em união estável postula participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários. 3. As decisões anteriores. O juiz de primeiro grau considerou inconstitucional o dispositivo do Código Civil e reconheceu o direito da companheira em concorrência com os herdeiros. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, considerando a norma que impõe a separação obrigatória de bens válida. II. A questão jurídica em discussão 4. O presente recurso discute duas questões: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis. III. A solução do problema 5. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 6. O princípio da dignidade humana é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros. 7. O princípio da igualdade, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens. 8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente. 9. A possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entende que “[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob minha relatoria, j. em 10.05.2017). 10. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações

jurídicas já definitivamente constituídas. É possível, todavia, a mudança consensual de regime, nos casos em que validamente admitida (e.g., art. 1.639, § 2º, do Código Civil). 11. No caso concreto, como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável. IV. Dispositivo e tese 12. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de julgamento: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública” (STF, 2024, s/p).

Sabe-se que o estatuto patrimonial é expressão da capacidade do indivíduo de exercer seus direitos, de acordo com suas vontades, garantia que não pode ser suprimida ou mitigada pelo avançar da idade. Portanto, o julgamento do dispositivo é de suma importância jurídica necessária para constituir suas famílias livremente. Trata-se, portanto, de um entrave que urge por solução, haja vista promover impactos diretos sobre para que os indivíduos acima de 70 anos tenham a segurança os regimes patrimoniais e sucessórios dos idosos. Dessa forma, partiremos para uma análise minuciosa da decisão, contemplando referências doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais acerca do recente tema.

4.1 DA ANÁLISE DA DECISÃO

Em 1º de fevereiro de 2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pôs fim à pendência do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.309.642 (Tema 1.236) ao proferir a seguinte decisão no Acórdão publicado em 1º de fevereiro de 2024:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, em, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Foi fixada a seguinte tese: "Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública". Brasília, 1º de fevereiro de 2024. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente e Relator (STF, 2024, s/p).

Em relação à situação em exame, a Suprema Corte negou provimento ao recurso extraordinário, e manteve a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, concluindo pela aplicação do regime da separação obrigatória de bens à referida união estável. Tendo em vista a ausência de manifestação do companheiro em vida no tocante à temática dos regimes de bens, impediu-se o ingresso da companheira no inventário.

Todavia, restou decidido que o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis que envolvam pessoas maiores de 70 anos pode ser alterado pela vontade das partes, por meio de escritura pública, firmada em cartório.

Dessa forma, cônjuges e companheiros, plenamente capazes para todos os atos da vida civil, elegerão com a liberdade necessária, na forma do princípio da autonomia da vontade, o regime de bens de sua preferência, não estando mais condicionados àquele previsto em lei.

Sendo assim, faz-se mister que os nubentes procurem um tabelião de notas e realizem um pacto antenupcial, de modo a optar por um dos quatro regramentos previstos na legislação civil, comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação convencional, ou por um regime híbrido. No caso de se manterem silentes, prevalece o inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002 (Brasil, 2002).

A base da decisão dos Ministros é o princípio da dignidade da pessoa humana: valor intrínseco ao ser humano e, portanto, inalienável. Trata-se de um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), que institui o tratamento isonômico, no qual os indivíduos estão submetidos dentro de um Estado Democrático de Direito, tal qual afirma Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 82):

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades, e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, esse princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.

Desse modo, vê-se que a dignidade humana é o elo responsável por equalizar os indivíduos, independentemente de suas diferenças. Em uma sociedade plural, garante que todas as pessoas tenham a sua autonomia, integridade e valor respeitados, apesar de qualquer condição específica, incluindo a idade.

Nesse sentido, a imposição da separação de bens representa um desrespeito à autonomia das pessoas maiores de 70 anos, que têm suprimida a liberdade de tomar decisões e de agir de acordo com a própria vontade, devido a um critério etário, que nada indica sobre o grau de higidez mental desses indivíduos (Veloso, 2019).

Com efeito, a justificativa cronológica utilizada como parâmetro limitador da autodeterminação dos idosos também fere o princípio da igualdade. Trata-se de uma forma de discriminação, que reforça um estereótipo etarista, pois não reconhece a capacidade das pessoas com mais de 70 anos de tomar decisões responsáveis pelo patrimônio que construíram (Barroso, 2024).

A incapacidade civil é condição que não pode ser pressuposta anteriormente por lei, mas deve ser constatada materialmente no caso concreto. Logo, a desequiparação corroborada pelo art. 1.641, II do Código Civil, é dotada de preconceitos e está em dissonância com os ditames constitucionais (Brasil, 2002).

Logo, a noção errônea de que os idosos se encontram em uma posição de desamparo, suscetíveis ao denominado golpe do baú, não é argumento suficiente para a imposição da separação de bens. Nas palavras de Tartuce (2024, s/p):

O inciso II do art. 1.641 do CC visa, supostamente, à tutela do idoso, potencial vítima de um golpe do baú, em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções. De qualquer forma, até para sustentar a tese de inconstitucionalidade a seguir demonstrada, a este autor parece que a norma tende a proteger não o idoso, mas os seus interesses patrimoniais dos seus herdeiros que, muitas vezes à espreita, esperam a morte do familiar e o recebimento do acervo patrimonial.

Da mesma maneira que pessoas mais velhas podem ser vítimas de casamentos e uniões estáveis oportunistas, também é plenamente considerável que aquelas com menos idade também incorram em situações fraudulentas. Logo, a obrigatoriedade do regime pela lei suprime o poder de faculdade de indivíduos plenamente capazes, corroborando o desestímulo à constituição de laços afetivos

por pessoas idosas. Nesse sentido, Pereira (2020) traz em seus escritos se é correto à ocorrência desses matrimônios por interesse nessas faixas etárias, adequado também que em todas as idades o mesmo pode acontecer.

A justificativa que permeia a intervenção desmedida do Estado é a de uma pretensa proteção, mas se despreza o entendimento de que a personalidade do sujeito e o direito de amar devem ser soberanos. Por trás de uma roupagem de defesa daqueles considerados mais vulneráveis, há uma evidente priorização do aspecto patrimonial em detrimento da liberdade, que é incompatível com a personalização do Direito Civil.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a imposição de um determinado regime de bens a essas pessoas trata-se de uma presunção de má-fé e de uma diminuição injustificável de suas capacidades, que se distancia do estágio em que se encontra a sociedade hodierna.

É evidente que o Estado necessita impor limites à autonomia privada dos indivíduos em prol do bem comum, mas essa é uma questão própria do âmbito privado, não cabendo a sua atuação desarrazoada. As relações afetivas pertencem ao foro íntimo das pessoas, que, em pleno gozo das suas faculdades mentais, possuem o direito de fazer suas escolhas existenciais. Assim afirma o Relator no Acórdão:

A regra prevista no art. 1.641, II, do Código Civil se baseia na falsa premissa de que indivíduos maiores de setenta anos tendem a se sujeitar a carências afetivas, não têm perspicácia para identificar aproximações por interesse nem capacidade de proteger o seu patrimônio. Trata-se de medida paternalista, que se baseia na presunção absoluta de vulnerabilidade de pessoas capazes para interditar a realização de escolha existencial (Brasil, 2002, s/p).

Além disso, a sociedade brasileira se encaminha para o envelhecimento de sua população, devido ao aumento da longevidade e da qualidade de vida proporcionada pelo avanço da medicina e da ciência, de modo que se torna primordial combater essas concepções que pressupõem a impotência e a fragilidade dos idosos de forma arbitrária.

A jurisprudência e parte minoritária da doutrina alegam o aparente caráter protetivo da legislação intrinsecamente, seus herdeiros necessários e casamentos

pactuados ou uniões estáveis que venham a ser reconhecidas em decorrência de interesses meramente econômicos e patrimoniais.

Entretanto, o argumento de uma suposta preservação financeira não encontra sustentáculo. É inconcebível presumir uma situação de obtenção de vantagem de uma das partes em relação ao idoso, pois, assim, a lei estaria desrespeitando a pessoa em relação à forma como decide viver seus relacionamentos.

Ademais, esse critério proibitivo que obsta a eleição um regime diverso da separação obrigatória de bens utiliza o idoso para satisfazer o interesse eminentemente patrimonial dos herdeiros, materializado pela herança. Destarte, os indivíduos que passaram a vida construindo seu patrimônio se veem impedidos de fazer escolhas que possam limitar a herança de seus sucessores. Nesse aspecto, afirma Tartuce (2024, s/p):

Em relação ao seu inciso II, sempre foi forte a corrente doutrinária que sustenta a sua inconstitucionalidade, por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz para o casamento. Tem-se afirmado que tal previsão não visa a proteger o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana.

Outro ponto crucial da decisão: o Supremo Tribunal Federal entendeu que as pessoas que vivem em união estável também podem escolher um regime de bens diferente da separação obrigatória. Portanto, prestigiou a visão constitucional de que todas as entidades familiares merecem ser tuteladas sem distinção, na forma do Recurso Extraordinário n. 878.694, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso:

Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988 (STF, 2024, p. 3).

Em que pese tal decisão dos ministros tenha se apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, representando um progresso no campo do respeito à autodeterminação das pessoas idosas, o preceito não foi declarado inconstitucional, como parte majoritária da doutrina entende ser o correto,

de modo que a norma continua em plena vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras da Presidente da Comissão do Idoso do IBDFAM-ES, Patricia Novais Calmon, e do advogado Vitor Almeida:

Em primeira e superficial análise, revela avanço inegável em superação ao odioso regime da separação obrigatória para pessoas maiores de 70 anos, em claro descompasso com o processo contínuo e crescente do envelhecimento populacional, bem como com uma ordem jurídica voltada à promoção da liberdade existencial na legalidade constitucional. Em segundo lugar, um exame mais detido da decisão descortina que a discriminação é silenciosa e mesmo diante de conquistas civilizatórias e em movimento contramajoritário do Poder Judiciário, ela lá permanece, à espreita, com silhueta de etarismo às avessas (Calmon; Almeida 2024, s/p).

Infere-se que houve um avanço no campo das liberdades sociais, a partir da flexibilização da rigidez do regime legal para pessoas maiores de 70 anos. A partir dessa decisão, o caráter obrigatório passa a inexistir, sendo possível a adoção do regime matrimonial de bens que melhor satisfizer a necessidade dos cônjuges.

Contudo, critica-se o fato de a Suprema Corte ter inaugurado a tese segundo a qual o art. 1.641, II do Código Civil não é mais uma norma cogente ou de ordem pública, como se sustentava de forma unânime. Antes, era de observância obrigatória, ao passo que, agora, passa a ser norma dispositiva ou de ordem privada (Tartuce, 2024).

Isso significa que, anteriormente ao julgamento, os efeitos dessa norma civil irradiavam por todo o ordenamento pátrio, não podendo ser alterado pela vontade das partes. Atualmente, o regime legal pode ser mitigado pela convenção dos indivíduos envolvidos, através do pacto antenupcial.

É interessante observar a forma como o Pretório Excelso encontrou solução para essa problemática. Em vez de extirpar definitivamente o dispositivo do Código Civil de 2002, preferiu torná-lo uma norma não obrigatória, através de uma decisão surpreendente, a qual nunca havia sido suscitada por nenhum doutrinador ou Tribunal Brasileiro anteriormente. A decisão almeja se afastar da polarização entre o manto constitucional ou sua manifesta inconstitucionalidade (Almeida; Calmon, 2024).

Verifica-se, portanto, o surgimento de dois regimes supletivos no ordenamento jurídico nacional. Como regra para a maior parte da população, tem-se

a comunhão parcial de bens no silêncio dos cônjuges e companheiros; em relação aos maiores de 70 anos, aplica-se a separação legal de bens de forma subsidiária, na falta do acordo pré-nupcial.

Sabe-se que a eleição da comunhão parcial de bens comumente dispensa convenção entre as partes. Contudo, em consequência ao novo entendimento, tendo em vista não ser o regime supletório dos idosos, exige-se a realização de pacto antenupcial para a sua adoção. Logo, surge a necessidade de um acordo que verse sobre comunhão parcial de bens para os maiores de 70 anos, antes não existente.

Nessa perspectiva, inaugura-se o inédito no cenário nacional: um regime legal facultativo. Sob um ângulo, o dispositivo assume um caráter supletório, visto que se torna a regra do Código Civil de 2002 para o casamento e união estável dos maiores de 70 anos, no silêncio das partes.

Todavia, a obrigatoriedade que se impunha antes da decisão passa a poder ser mitigada pela via notarial, de modo que a separação de bens assume um caráter sugestivo, e não mais sancionatório. Assim afirma o advogado e professor Carlos Eduardo Elias de Oliveira, membro do IBDFAM, em matéria postada no dia 08 de fevereiro de 2024:

Trata-se de uma técnica conhecida como interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, o STF entendeu que o regime da separação legal é o regime aplicável para o septuagenário, salvo se o septuagenário firmar pacto antenupcial e escolher outro regime de bens. No caso de casamento, será por meio de escritura pública; já no caso de união estável, será por meio de um contrato de convivência, que tem que ser feito por escritura pública (Oliveira, 2024, s/p).

Destarte, em uma demonstração de prestígio à vontade do idoso, restou alterado um ponto pelo Pretório Excelso: os nubentes encontram-se autorizados a escolher de forma independente o regime de bens que lhes convier. Mantém-se a imperatividade da separação de bens, garantida pela lei, mas assegura-se o exercício liberdade de escolher de modo diverso.

4.2 DOS EFEITOS DA DECISÃO

Inicialmente, faz-se mister enunciar que os efeitos decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal ainda serão vistos e confirmados pelos tribunais, haja vista o caráter recente da decisão. Portanto, o presente estudo trata-se de uma análise especulativa das consequências práticas do julgamento.

Sabe-se que desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o inciso II do art. 1.641 é alvo de discussões. O jurista Paulo Lôbo é um dos principais nomes que questiona a constitucionalidade da norma, por entender que a idade avançada exclusivamente não é causadora de incapacidade civil, e que o dispositivo obsta o direito ao amor e à expressão plena dos sentimentos desses indivíduos (Lôbo, 2016).

Diante da tendência mundial de respeito e prestígio às pessoas idosas, a decisão do Supremo Tribunal Federal pretendeu reformular o referido impedimento conjugal, em conformidade ao disposto nos arts. 8º e 9º do Estatuto da Pessoa Idosa:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (Brasil, 2013, p.13).

A expectativa em torno do tema é significativa, pois seus efeitos determinam o grau de limitação para certos atos da vida civil em decorrência da idade, e a linha entre discriminar e proteger mostra-se sutil.

Assim, inicialmente, torna-se imprescindível compreender que a separação legal de bens para pessoas maiores de 70 anos não foi declarada inconstitucional. Pelo contrário, o inciso II do art. 1.641 permanece válido na legislação civil. Perde-se apenas a sua anterior obrigatoriedade, haja vista os nubentes poderem optar por outro regime matrimonial de bens (Brasil, 2002).

Por conseguinte, assume um caráter supletório: no silêncio das partes, vigora a separação de bens para os casamentos e uniões estáveis entre indivíduos maiores de setenta anos. Inaugura-se um novo regime legal no cenário jurídico,

direcionado para os respectivos idosos, que, no momento de escolherem seus estatutos patrimoniais, terão essa recomendação da lei.

Quando se pensa em um regime obrigatório, imediatamente vem a ideia de sanção e de algo peremptório, que inadmite volição (Tartuce, 2024). Nesses casos, o Estado assume a posição de regulador das relações sociais, cerceando a liberdade e limitando os efeitos dos regimes de bens. Portanto, o dispositivo em análise é muito peculiar: trata-se de uma regra que pode ser flexibilizada.

Inegavelmente, o Supremo Tribunal Federal temeu as repercussões de natureza patrimonial que a declaração de inconstitucionalidade produziria. Porém, ao não fazê-lo, também gerou situações até então inexistentes e seus respectivos efeitos, que no presente momento passam a influenciar diversas estruturas familiares.

É necessário compreender que, embora a mudança promovida em defesa da liberdade de escolha do regime de bens se dirija a todos os idosos, sabe-se que apenas uma parcela minoritária da população terá acesso a esse direito. A necessidade do registro da manifestação da vontade em cartório, através da escritura pública, é inacessível para muitos cidadãos, que se encontram à margem dessa garantia.

Nessa perspectiva, nota-se que a deliberação caminha na contramão da tendência de diminuição das burocracias concernentes aos atos existenciais familiares, os quais urgem por celeridade (Tartuce, 2024). As formalidades necessárias para a mudança do estatuto patrimonial representam um entrave para a resolução de problemáticas da seara privada, decisões que geram inúmeros impactos nas vidas das pessoas.

Assim, apesar de o julgamento ser favorável para os idosos, que podem eleger o regramento de sua preferência, há uma contrapartida onerosa: aos 70 anos, precisarão gastar com pactos antenupciais e escrituras públicas. Para se submeterem à separação obrigatória, nenhum ônus adicional. Para exercerem seu direito de escolha, os gastos são inevitáveis. De acordo com os advogados Patricia Novais Calmon e Vitor Almeida, membros do IBDFAM:

Além disso, em matéria de educação e acesso de direitos, pergunta-se a quem a norma se dirige e qual o seu alcance, eis que ao mirar no alvo de antidiscriminação etarista, pode ter incorrido em preconceito elitista (Calmon; Almeida, 2024, s/p).

Nesse sentido, existem as hipóteses das pessoas que estarão sujeitas ao regime da separação obrigatória sem nem mesmo terem ciência disso, pois, em que pese a lei ser pública e haver a presunção *iure et de iure* de que toda a sociedade a conhece, sabe-se que, na realidade material, isso não ocorre. Depreende-se, portanto, que o Estado continua intervindo excessivamente nas decisões de pessoas plenamente capazes. Apesar de não ser mais obrigatória, a separação legal de bens se impõe de tal forma, que para escolher outro regime, os indivíduos se deparam com dificuldades práticas, que limitam a realização dos atos da vida civil (Tartuce, 2024).

Outrossim, o tabelião de notas assume o protagonismo desses casos, pois são responsáveis pela feitura do pacto antenupcial que formaliza a vontade das partes. Consoante as palavras do professor e advogado Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

O STF exige escritura pública, que é lavrada por um tabelião de notas. Isso, porque o tabelião tem o dever de apurar a capacidade dos declarantes (art. 215, § 1º, II, CC), fato que reduzirá os riscos de golpes contra a pessoa idosa. Trata-se de cautela importante, diante da maior vulnerabilidade a que podem estar expostas as pessoas idosas (Oliveira, 2024, s/p).

Ademais, há outro ponto importante: os indivíduos que já são casados ou vivem em união estável também se encontram aptos a modificar o seu *status quo*, nos moldes do art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, que assegura a possibilidade de alteração do regime de bens (Brasil, 2002). Para isso, é preciso recorrer aos cartórios mais uma vez, como explica a Presidente da Comissão de Notários do IBDFAM, Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito:

Se as pessoas já forem casadas, elas devem contratar um advogado e pedir a alteração judicial deste regime de bens nos termos do artigo 1.639 (pedido judicial e motivado). Se o casal viver em união estável, basta ir até o tabelionato de sua preferência (se o ato for físico) ou buscar o tabelião de seu domicílio (se o ato for digital), dispensada a presença de advogado, e solicitarem a alteração do regime de bens por escritura pública (Agapito, 2024, s/p).

Não obstante o regime de bens escolhido pelos cônjuges ter impacto principalmente nas relações que os envolvem, é preciso mencionar que também incidem nas relações com terceiros. Logo, também afirma a advogada que, em

todos os casos, os casais serão responsabilizados por não ferirem e por resguardarem os direitos de terceiros, afirmando que não há dolo nessa alteração, cujos resultados serão *ex nunc*: não retroativos.

Com efeito, percebe-se que a decisão gerou uma infinidade de planejamentos sucessórios não existentes anteriormente. Caso os cônjuges e companheiros permaneçam em silêncio, não fazendo, respectivamente, um pacto antenupcial ou um pacto de união estável elegendo um dos quatro regimes disponíveis, a separação obrigatória de bens vigorará. Logo, em caso de divórcio ou dissolução de união estável, não haverá divisão dos bens. Em se tratando de morte, o cônjuge ou companheiro sobrevivente não terá direito à herança, somente podendo os bens ser deixados por meio de testamento.

Entretanto, é crucial lembrar a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal sobre a separação obrigatória, que impõe a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento e, por analogia, da união estável, desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição, conforme entendimento da Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça. A edição da súmula do Pretório Excelso objetivou atenuar a rigidez da separação obrigatória de bens, haja vista que possibilita a comunhão do patrimônio conquistado mediante esforço conjunto, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

É importante mencionar que, mesmo antes da decisão da Suprema Corte, já era possível os indivíduos do rol do art. 1.641 do Código Civil estabelecerem um pacto antenupcial optando pelo afastamento da Súmula 377 do STF. Por isso, há que se pensar se faz sentido a sua prevalência após a decisão, conforme anuncia Tartuce (2024, s/p):

Com a decisão do STF em estudo, esse pilar do sistema é alterado. Isso porque, se há a possibilidade de as partes com idade superior a setenta anos preverem ou convencionarem o contrário da separação de bens, escolhendo outro regime, ou alterarem o regime judicialmente, não há que se falar mais em aplicação da sumular, pois ela era justificada pela falta de opções de outros caminhos de escolha aos cônjuges ou conviventes. Se essa posição não prevalecer na jurisprudência, é preciso, ao menos, que as Cortes Brasileiras, especialmente o STJ, debatam e digam se isso foi alterado ou não.

Dito isso, há mais um entrave em aberto decorrente da decisão: caberá ao Tribunal da Cidadania e ao Superior Tribunal de Justiça examinarem a manutenção ou não da Súmula 377 no ordenamento jurídico nacional. É necessário entender se ainda é aplicável mesmo após a decisão em prol da possibilidade de afastamento da obrigatoriedade da separação de bens para pessoas maiores de 70 anos, pois se entende que ela perdeu sua função.

Historicamente, é designado, sobretudo ao Superior Tribunal de Justiça o papel de interpretar e uniformizar a jurisprudência infraconstitucional, no tocante aos conceitos de ética, boa-fé objetiva, socialidade e operabilidade, que devem ser resguardados. De acordo com o Ministro Luis Felipe Salomão e com o jurista Luciano Oliveira de Moraes:

Destarte, é a própria Carta Magna que outorga ao Superior Tribunal de Justiça a função de intérprete máximo do estatuto das relações sociais, adequando os inúmeros conceitos abertos ao contexto econômico, social e político da nossa realidade democrática, operacionalizando sua aplicabilidade no sentido de indicar condutas e dirimir conflitos de interesses (Salomão; Moraes, 2024, p.18).

Em seguida, como dito anteriormente, na ação originária, a recorrente almejava a aplicabilidade do regime da comunhão parcial de bens no caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos no Código Civil. Entretanto, o Pretório Excelso negou provimento ao recurso, pois a decisão se estabelece a partir do julgamento da Suprema Corte, nas palavras do Ministro Relator, quando afirma que a presente decisão tem consequências prospectivas, não comprometendo as circunstâncias jurídicas já categoricamente constituídas.

Portanto, os efeitos *ex nunc* são aqueles que não retroagem, mas começam a ser produzidos após o julgamento. A solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal garante a segurança jurídica almejada pelas pessoas que não desejam que seus processos de herança e de divisão de bens que estejam em andamento sejam afetados, nem que aqueles que já estejam definidos sejam reabertos.

Embora a opção admitida pelo Tribunal da Cidadania vise à estabilidade em matéria sucessória, é notório que muito se questionará a respeito dessa modulação dos efeitos. Isso denota que processos de inventário de pessoas maiores de 70

anos, que foram conduzidos sob a égide da obrigatoriedade da separação de bens serão questionados quanto a sua validade, sobretudo se as partes da ação desejarem aplicar o novo entendimento. No tocante aos inventários que estão em trâmite, analisa Tartuce (2024, s/p):

Como outro aspecto fundamental que gostaria de trazer para debate para a civilística, e com o devido respeito ao que está sendo fixado pelo STF quanto à modulação de efeitos, penso que a nova tese não atingir os processos de inventário ainda em curso, e com partilha ainda não encerrada, representa uma situação de total injustiça e de verdadeira afronta à estabilidade e à segurança. Isso porque, na linha dos últimos julgados colacionados, os cônjuges e conviventes viviam em um sistema em que não havia a opção de se convencionar o contrário ao regime de separação obrigatória. Dito de outra forma, não havia qualquer opção de planejamento familiar e sucessório, ao contrário do que está sendo afirmado agora pela Corte Suprema? De forma inédita reitere-se. Se tivessem antes essa opção, muitos cônjuges e conviventes a teriam adotado, não podendo agora ser prejudicados.

Vê-se que, por não configurarem situações definitivas, há debate na doutrina acerca de como ficarão os inventários que estão em curso: parte acredita que ainda é possível a alteração do regime de bens e, portanto, de um novo desfecho para os processos não encerrados, ao passo que outra corrente entende que não é mais possível alterar o regime de bens nesses casos.

Por conseguinte, a alteração promovida pelo Supremo Tribunal Federal motiva entraves entre os herdeiros relacionados à propriedade dos bens que antes eram separados por força do regime obrigatório. Portanto, ocorre que o cônjuge ou companheiro que à priori não tinha direito a uma parte do patrimônio, pode passar a reivindicá-la após a mudança.

Sendo assim, as problemáticas advindas da decisão provocarão atrasos nos processos, pois é possível que muitas pessoas requeiram o direito de reavaliar os inventários em andamento de acordo com a nova jurisprudência. Assim, o cenário jurídico nacional retardará a resolução de muitos processos concernentes à partilha de bens.

Nessa perspectiva, os herdeiros se encontrarão em uma situação de incertezas, permeada por disputas legais, haja vista que buscarão revisar os casos em que estão inseridos, reconsiderando suas posições e tutelando seus direitos.

Por fim, vislumbra-se uma conjuntura de muitas interpretações dúbias e inconsistentes, haja vista ser uma decisão contemporânea, que inaugurou um novo regime legal de bens no Brasil. A decisão proferida pela Suprema Corte produzirá diferentes compreensões acerca do tema por parte dos tribunais inferiores, que poderão conflitar no tocante a mesma questão jurídica.

É importante mencionar que o acórdão transitou em julgado no dia 10 de abril de 2024. Logo, se restou decidido que a separação de bens não é mais obrigatória para pessoas maiores de 70 anos, e pode ser afastada por escritura pública. Apesar disso, o entendimento continua perpetuando diferenças simplesmente por fatores cronológicos, aplicando regimes supletivos distintos aos septuagenários e ao restante da sociedade (Calmon; Almeida, 2024).

Além desse tratamento diferenciado, há um agravante: dentro do contexto das pessoas com idade avançada, existem aquelas que se encontram em uma posição de acentuada vulnerabilidade, que, na falta de direitos, continuarão a ter sua liberdade afetiva cerceada, proporcional à falta de homogeneidade em relação a essa matéria.

Tal fragilidade jurisprudencial corrobora situações de injustiça social, pois faz com que indivíduos em circunstâncias similares, obtenham tratamentos jurídicos distintos, a depender da competência de quem está julgando a ação. Trata-se de um contexto inconcebível, que clama por mais esclarecimentos por parte da doutrina e uniformização por parte dos Tribunais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia privada é uma garantia essencial aos cidadãos em sociedades democráticas, pois dá aos indivíduos o poder de tomar decisões sobre suas vidas sem a interferência indevida do Estado ou de terceiros. O exercício desse princípio promove a liberdade de escolha em áreas como a vida pessoal, familiar, profissional e religiosa, permitindo que as pessoas ajam de acordo com seus valores, crenças e preferências.

É importante ressaltar que no Direito de Família, a autodeterminação ganha especial relevância em relação à possibilidade dos nubentes escolherem o regramento que regerá o patrimônio do casal. Torna-se essencial que aos indivíduos seja garantido o direito de determinar como seus bens serão administrados durante a constância da relação, e como serão partilhados, em caso de uma possível separação ou dissolução da união estável.

Ao optarem por um regime de bens que melhor se adeque às suas circunstâncias e interesses, as partes conseguem estabelecer acordos que reflitam suas expectativas e necessidades, corroborando maior segurança jurídica e equilíbrio na seara conjugal. Dessa forma, a liberdade de escolha do código patrimonial não apenas respeita a individualidade de cada membro, mas contribui para a construção de relações mais transparentes e conscientes.

Diante dessa realidade, o avanço da idade não pode ser considerado um fator limitador da capacidade civil dos sujeitos, pois nada indica em relação ao grau de consciência colocado nas suas escolhas existenciais. Não se pode presumir a incapacidade dos idosos de forma arbitrária sob a pena de se estar atentando contra a preservação da dignidade humana e da personalidade desses cidadãos.

Com efeito, o presente estudo teceu uma análise acerca dos aspectos jurídicos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.309.642 (Tema 1.236), do Supremo Tribunal Federal, que tornou possível o afastamento da separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70 anos por meio de expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.

Em prol de uma melhor compreensão do tema, inicialmente, foi realizada uma investigação quanto aos quatro regimes de bens existentes no Brasil, comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total,

esmiuçando as suas características, especificidades, aplicabilidades e diferenças práticas.

Importante enfatizar que foi realizada uma digressão temporal acerca da historicização do regime da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos. Observou-se que tal estatuto patrimonial foi introduzido pelo Código Civil de 1916 e sofreu transformações até a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Foi constatado que, tradicionalmente, esse regramento é visto como um instrumento utilizado para proteger os interesses econômicos dos herdeiros e evitar que o matrimônio seja utilizado como mecanismo de exploração patrimonial. Assim, foi realizada uma análise da emblemática decisão da Suprema Corte, no que tange ao ARE n. 1.309.642-SP. Indubitavelmente, a possibilidade de afastamento da separação obrigatória de bens pelos septuagenários representa um marco no ordenamento jurídico, pois reconhece a importância da autonomia dos idosos na gestão de seu patrimônio.

É inegável decisão que a solução possui repercussões significativas de natureza social e humanitária. Ao reconhecer a capacidade plena dos idosos de gerir seus bens sob a luz do regramento que melhor lhes aprouver, o Tribunal corroborou o respeito à autodeterminação desses indivíduos, de modo a combater estigmas e preconceitos relacionados à idade avançada.

Nessa perspectiva, a separação de bens perdeu sua obrigatoriedade, mas manteve-se o seu caráter legal. Logo, os casais precisam realizar um pacto antenupcial em cartório para escolher outro regime de bens que for do seu interesse. Caso não o façam, a separação de bens se impõe de forma supletória. Dessa forma, infere-se que a flexibilização do regime legal de bens para pessoas acima de 70 anos corroborou uma visão desses indivíduos mais velhos não como sujeitos passivos de proteção, mas como pessoas ativas, capazes de tomar decisões importantes sobre seus patrimônios e vidas afetivas.

É manifesto que a Suprema Corte almejou a liberdade plena dos septuagenários no tocante às suas escolhas existenciais, contudo, ao optar pela possibilidade de afastamento através do tabelionato de notas e pela não declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, gera consequências jurídicas não pacificadas no cenário nacional.

Com efeito, a mudança não afeta situações juridicamente consolidadas, sendo os efeitos da decisão prospectivos e não retroativos. Em parte, a intenção é

garantir a segurança jurídica para aqueles inventários que já foram definitivamente concluídos, mas pode gerar um sentimento de injustiça social por parte das pessoas que não tiveram os bens de seus familiares contemplados pelo novo entendimento.

Malgrado possam optar por outro regime de bens, a exigência de pactos antenupciais e escrituras públicas para formalizar a vontade das partes, é inacessível para grande parte da sociedade, pois o processo é oneroso e burocrático, dificultando o exercício efetivo desse direito. Ademais, muitos idosos podem não ter conhecimento acerca dessa possibilidade por causa de informações inacessíveis sobre o assunto.

Além disso, a Comissão de Reforma do Código Civil de 2002 caminha no entendimento de extirpar do ordenamento jurídico pátrio não só a hipótese de separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, mas também aquelas referentes às pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e das que dependerem de suprimimento judicial para casar.

Logo, é majoritário o entendimento de que o art. 1.641 da legislação privada brasileira é flagrantemente inconstitucional e deve ser suprimido, pois carrega consigo um anacronismo prejudicial à protagonismo das pessoas no tocante às suas decisões e um desestímulo à constituição de novos laços.

Portanto, faz-se mister que haja uma pacificação do tema pelos Tribunais Brasileiros, a fim de que se instale um entendimento uniforme a respeito do tema, em prol de não corroborar injustiças sociais. É fundamental que esse novo olhar sobre o envelhecimento e a capacidade civil possa contribuir no combate ao etarismo e no fomento a uma cultura de respeito e inclusão dos idosos no Brasil.

Por fim, a implementação de políticas públicas e ações afirmativas da sociedade que promovam a conscientização e o empoderamento dos idosos, visando à diminuição do preconceito baseado na idade, mostra-se essencial o enfrentamento desses estereótipos. Ao proteger os direitos dos idosos, edifica-se um futuro mais inclusivo para que todas as pessoas desenvolvam seu pleno potencial como seres humanos.

REFERÊNCIAS

AGAPITO, P. C. T. P. L. Especialistas comentam decisão do STF que desobriga separação de bens para maiores de 70 anos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**. 08/02/2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11545/Especialistas+comentam+decis%C3%A3o+do+STF+que+desobriga+separa%C3%A7%C3%A3o+de+bens+para+maiores+de+70+anos#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20semana%2C%20o%20Supremo,alterado%20pela%20vontade%20das%20partes> Acesso em: 09 de março de 2024.

ALMEIDA, A. P. **História do Direito** - Da Roma Antiga ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 de março de 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002 - Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 19 de março de 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Estatuto do Idoso**. 3. ed. 2. reimpr. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estatuto_idoso_3edicao.pdf Acesso em: 19 de março de 2024.

CALMON, P. N.; ALMEIDA, V. Regime de bens e etarismo presumido velado: breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no ARE 1.309.642. **Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2091/Regime+de+bens+e+etarismo+presumido+velado%3A+breve+an%C3%A1lise+da+decis%C3%A3o+do+Supremo+Tribunal+Federal+no+ARE+1.309.642> Acesso em: 10 de abril de 2024.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 27. ed. Volume 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: famílias. 8. ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, A. H. **O novo código civil**: discutido por juristas brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003.

FONSECA, J. **Direito de Família e Sucessões**: Diálogos com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2017.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**: direito de família. 8. ed. Volume 6. Revista e atualizada. 2018. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 13. ed. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Especialistas comentam decisão do STF que desobriga separação de bens para maiores de 70 anos**. 2024. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/noticias/11545/Especialistas+comentam+decis%C3%A3o+do+STF+que+desobriga+separa%C3%A7%C3%A3o+de+bens+para+maiores+de+70+anos#:~:text=Na%20%C3%BAltima%20semana%2C%20o%20Supremo,alterado%20pela%20vontade%20das%20partes> Acesso em: 09 de março de 2024.

LÔBO, P. **Direito Civil**: Sucessões, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. **Diretrizes teóricas do novo Código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, C. E. E. Regime da separação legal de bens e o STF (ARE 1.309.642). **Migalhas Notariais e Registrais**. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/401318/regime-da-separacao-legal-de-bens-e-o-stf-are-1-309-642> Acesso em: 09 de março de 2024.

PEREIRA, C. M. S. **Direito Civil**: Direito de Família. 28. ed. Volume 5. Rio de Janeiro. Forense, 2020.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**: Parte Geral e Direito de Família. 28. ed. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2007.

SALOMÃO, L. F.; MORAES, L. O. A Necessária Atualização do Código Civil no Brasil eo Papel do Superior Tribunal de Justiça. **Site do Senado Federal**. Disponível em:
https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646160/Necessaria_atualizacao_Codigo_civil_papel_STJ.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 09 de abril de 2024.

SANTIAGO, M. **Direito de arrependimento nos contratos civis**: a proteção da hipervulnerabilidade no direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Processo. 2021.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642 São Paulo**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365774108&ext=.pdf> Acesso em: 09 de abril de 2024.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: Direito de Família. 12. ed. Volume 5. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, F. A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens. **Migalhas**, 2024. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/401100/a-reforma-do-cc--fim-do-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens> Acesso em 19 de março de 2024.

VELOSO, Z. **Direito Civil**: temas. 2. ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2019.