

REGIME LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL: ajustamento histórico e afastamento do etarismo como causa de discriminen

LEGAL REGIME OF ASSETS IN MARRIAGE AND IN STABLE UNION: historical adjustment and removal of ethrism as cause of discrimination

Paulo Henrique Arruda¹

Recebido/Received: 16.02.2024/Feb 16th, 2024

Aprovado/Approved: 24.05.2024/May 24th, 2024

RESUMO: Desde o Código Civil revogado de 1916, muito se discutia a respeito da previsão constante de seu artigo 258, inciso I, onde se estabelecia ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento do homem maior de sessenta anos e da mulher, maior de cinquenta anos. Com o advento do Código Civil de 2002, repetiu-se tal previsão, desta vez equiparando homem e mulher quanto à faixa etária e estabelecendo a idade de sessenta anos para a obrigatoriedade de tal regime. Posteriormente, no ano de 2010, sobreveio a Lei nº 12.344, que alterou a idade para setenta anos. Nada obstante, tal previsão continuava sendo objeto de crítica, em especial, por estabelecer uma presunção de incapacidade ficta, violando, como diziam seus críticos, a Constituição Federal, por ser discriminatória, além de violar o princípio da liberdade e o da dignidade da pessoa humana. De outro giro, ao sustentarem a higidez de tal previsão, diziam seus defensores que tal regra colimava a proteção ao direito de propriedade e à herança, diante de situações de vulnerabilidade. Diante de tal quadro, foi julgado pelo STF o Tema nº 1236, *Leading Case*: ARE 1309642, sendo estabelecida a 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*”. Diante desse quadro, utilizando-se do método dialético e valendo-se de referenciais teóricos, legislação, pesquisa bibliográfica e recursos, objetiva-se trazer um panorama histórico e sua evolução jurisprudencial a respeito do tema, uma leitura e uma releitura do sistema jurídico após a decisão da Corte Suprema, suas consequências e os impactos dela decorrentes no ordenamento jurídico, bem como apresentar possíveis soluções e interpretações para recategorização de determinados institutos.

PALAVRAS-CHAVE: casamento; regime de bens; etarismo; maior de 70 anos; dignidade da pessoa humana.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especializações em Advocacia da Fazenda Pública e em Direito Processual do Trabalho Aplicado pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0770898295760691>. E-mail: phapaulada@hotmail.com

ABSTRACT: Since the revoked Civil Code of 1916, there has been much discussion regarding the provision contained in its article 258, section I, which established that the regime of separation of property in the marriage of a man over sixty years of age and a woman over fifty years of age was mandatory. With the advent of the Civil Code of 2002, this prediction was repeated, this time equating men and women in terms of age and establishing the age of sixty years for the obligation of such a regime. Later, in 2010, Law No. 12,344 came into effect, which changed the age to seventy years. However, this prediction continued to be subject to criticism, in particular, for establishing a presumption of fictitious incapacity, violating, as its critics said, the Federal Constitution, for being discriminatory, in addition to violating the principle of freedom and dignity of the person. human. On the other hand, when supporting the soundness of such a prediction, its defenders said that such a rule collimated the protection of the right to property and inheritance, in situations of vulnerability. Given these facts, the STF ruled on Topic No. 1236, Leading Case: ARE 1309642, establishing the thesis: "In marriages and stable unions involving a person over 70 years of age, the separation of property regime provided for in art. 1,641, II, of the Civil Code, can be removed by express manifestation of the will of the parties, through a public deed". Thus, using the dialectical method, theoretical references, legislation, bibliographic research, and resources will be used. Thus, objectively provide a historical overview of the topic, a reading and re-reading of the legal system after the Supreme Court's decision, its consequences and the resulting impacts on the legal system, as well as presenting possible solutions and interpretations for recategorizing certain institutes.

KEYWORDS: marriage; property regime; ageism; over 70 years old; dignity of human person.

INTRODUÇÃO

O presente artigo colima trazer inicialmente, um panorama histórico a respeito do tema da separação de bens entre nubentes e conviventes no Brasil, sua disciplina legal, o entendimento doutrinário e as discussões jurisprudenciais, bem como as previsões em legislações internacionais.

Isto porque, como se observará, desde as Ordenações das Filipinas, nota-se no ordenamento jurídico pátrio meios de proteção de determinadas pessoas e seu patrimônio, com diversos critérios durante os séculos, como a viúvez, a qualidade da pessoa (escravo), a faixa etária, a dependência de autorização judicial para se casar, entre outros.

Destarte, adotando-se o método dialético, colima-se trazer um panorama doutrinário a respeito do tema, visando alcançar os objetivos da pesquisa, com análise de referências bibliográficas consolidadas, examinando suas posições, interpretações e críticas, e avaliar a questão de forma evolutiva no tempo, de modo a espelhar a visão da sociedade em diversos momentos da história.

Considerando tais premissas, o presente estudo se debruçará sobre do entendimento dos Tribunais a respeito da matéria, em uma perspectiva temporal, até culminarmos no julgamento pelo STF do Tema nº 1236, *Leading Case*: ARE 1309642, onde foi estabelecida a 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”.

Ocorre, contudo, que diante de tal julgamento, há uma problematização no tocante a categorização do instituto da separação legal. Isto porque, nos termos em que foi decidido, se pode, a partir do já estabelecido pelo ordenamento jurídico vigente e de forma incipiente observar consequências dela decorrentes no instituto da separação legal, já que não se pode falar em separação obrigatória *lato sensu*, como outrora era categorizado.

Assim, utilizando-se referenciais teóricos, legislação, pesquisa bibliográfica, e recursos, objetiva-se trazer um panorama histórico a respeito do tema, uma leitura e uma releitura do sistema jurídico após a decisão da Corte Suprema, suas consequências e os impactos dela decorrentes no ordenamento jurídico, bem como apresentar possíveis soluções e interpretações para recategorização de determinados institutos.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em relação a evolução histórica, ao que se sabe, remonta a era peninsular pré-romana, onde, segundo Andreia Maria Oliveira da Silva Braz (2019, p. 18):

Em época anterior à dominação romana, a sociedade assentava sobre o tipo patriarcal puro, na qual o casamento realizava-se por meio de uma alienação solene do poder do pater. Assim, o pater recebia por parte do noivo, o preço do seu poder sobre a filha, o designado *pretium puella*. Com o casamento, o marido tomava a posição do pater, desempenhando sobre a mulher os mesmos poderes que desempenhava sobre os outros indivíduos que se encontravam sujeitos à sua autoridade. A mulher, com o casamento, era transferida para a nova família, na qual passava a ocupar a mesma posição que ocupava na sua família de origem. Neste sistema patriarcal a mulher estava desprovida de quaisquer bens; todos os bens pertenciam ao grupo familiar representado pelo *pater famílias*.

Na era do direito romano, não se observa alterações significativa no regime jurídico, pois continuava-se, na mesma sistemática, onde a mulher era transferida

para a família do marido e se submetia ao seu poder, sendo que todos os seus bens se transfeririam para o patrimônio do marido.

Em Portugal, como pontua Braz (2019, p. 25) durante o período da reconquista e até à implementação do regime dotal por Justiniano, o regime matrimonial usado em Leão e Castela e em Portugal era designado pela expressão “*casamento por arras*”, principiando o que hoje se tem por noivado.

Em relação ao Brasil, a primeira regra que se pode observar surge nas Ordenações das Filipinas de 1603 (Livro IV, título 105), onde a mulher com mais de 50 anos que tivesse filho e se remaridasse, portanto, uma viúva que quisesse recasar, teria uma proibição de alhear mais do que dois terços de seus bens.

Há relatos ainda, sobre o casamento com escravos, onde um cativo ou uma cativa, caso se casasse com uma pessoa livre, o regime também não seria da comunhão universal.

Em 24 de janeiro de 1890, foi editado o Decreto nº 181, disciplinando o casamento civil, portanto, laico e estabelecendo que o casamento que era exclusivamente religioso passaria a ser civil, ordenado pela República. Assim, o casamento que era realizado exclusivamente pela igreja passaria ser laico, com celebração do casamento não por padre, mas por um representante do Estado.

Já em 1916, sobrevém o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, disciplinando de forma mais detida a matéria e prevendo em seu artigo 258, inciso I, ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento do homem maior de sessenta anos e da mulher, maior de cinquenta anos.

Com o advento do Código Civil de 2002, repetiu-se tal previsão, desta vez equiparando homem e mulher quanto a faixa etária e estabelecendo a idade de sessenta anos, para a obrigatoriedade de tal regime.

Posteriormente, no ano de 2010, sobreveio a Lei nº 12.344, que alterou a idade para setenta anos, mantendo, contudo, a regra limitadora da autonomia privada.

Portanto, o que se observa, é que muitos dos Códigos do Ocidente trazem previsões de limitação da autonomia, por condições específicas da pessoa, não sendo uma novidade e, apesar das críticas centenárias, remanescem no tempo.

2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

No tocante à evolução jurisprudencial, nos limitaremos aos precedentes dos tribunais superiores, com exceção de dois julgados, sempre citados pelos doutrinadores, em decorrência da eminência de seus relatores, e os quais trazemos sua ementa, pela relevância de seus argumentos.

O que se apurou inicialmente, foi que os questionamentos trazidos aos Tribunais, comumente diziam respeito, não à constitucionalidade da norma, mas, sim, à indagação da realidade e dos contornos fáticos, ou seja, se alguém que se casasse pelo regime da separação legal, em razão da idade, por interpretação do artigo do Código Civil, poderia se valer da comunicação dos aquestos.

Assim o que a jurisprudência fez, ainda na vigência do Código Civil de 1916, foi contornar a situação, para prever, por meio da Súmula nº 377, que “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”, logo deveria haver prova da aquisição dos bens durante o matrimônio.

Debruçando-se sobre os efeitos da referida sumula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça assentaram que não se exigiria a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união.

Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros. (STJ – 3ª T - REsp n. 736.627/PR – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – j. 11/4/2006, DJ de 1/8/2006).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 655, que afirma ser aplicável: “*a união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum*”.

E a interpretação que se faz do “*esforço comum*” é aquela que mitiga análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges em ações desse jaez, cedendo espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos consortes, o que

evidentemente terá reflexos na formação do patrimônio do casal e assim deve ser analisado.

Nada obstante, em especial pela longevidade que passaram a alcançar os mais velhos, aumentando, em muito, a expectativa de vida, pulularam ações arguindo a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 1.641, inc. II, do Código Civil.

A respeito da inconstitucionalidade, o Enunciado n. 125 da I Jornada de Direito Civil trouxe como proposta, já no ano de 2003, a revogação do comando, *verbis*:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/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.

No mesmo sentido, observa-se dos precedentes abaixo relacionados:

DOAÇÃO. Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art. 312, cc art. 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. **CASAMENTO.** Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (TJSP; Apelação Com Revisão 0075501-05.1996.8.26.0000; Relator (a): Antônio Cezar Peluso; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 28/08/1998).

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade,

desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível, Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 27-08-2003)

Ademais, conforme leciona o professor Flavio Tartuce (2019, 223) *“Como tentativa de minimizar os efeitos dessa infeliz limitação, alguns julgadores consideram possível alterar o regime da separação obrigatória de bens do idoso, com base no art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, havendo na tese da inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II, um justo motivo para a modificação das regras patrimoniais”*.

O Superior Tribunal de Justiça, ainda decidiu pelo afastamento da Súmula nº 377, por conversão dos nubentes:

[...] no casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos (STJ, REsp 1.922.347/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.12.2021, DJe de 01.2.2022).

Assim foi que o Supremo Tribunal Federal, analisando uma ação originária de inventário em que se discute o regime de bens a ser aplicado a uma união estável iniciada quando um dos cônjuges já tinha mais de 70 anos, declarou constitucional o artigo e dando interpretação conforme à Constituição, estabeleceu a tese no sentido de que: *“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”*.

3 ANÁLISE E CRÍTICA DOUTRINÁRIA

A doutrina civilista há muito estabeleceu que o regime da separação legal para os idosos, descansa num pressuposto extrajurídico de todo incompatível com a dignidade humana, em especial por conduzir a uma ficção jurídico-normativa, induzindo a falsa ideia de ser o septuagenário pessoa incapaz de definir suas relações patrimoniais.

Silvio Rodrigues já obtemperava que:

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

inconveniente social de qualquer espécie em permitir que o sexagenário, ou uma quinquagenária ricos, se casem pelo regime da comunhão, se assim lhe aprouver” (RODRIGUES, 1987, p.176).

De igual modo, anunciavam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 325) *“o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso”*.

Para Tartuce (2019, p. 221) o preceptivo atacado contrasta fortemente com as tendências da realidade contemporânea e favorece a proteção individual. Consigna que em vez de ser uma medida de proteção, parece mais uma manifestação de preconceito. Além disso, o autor argumenta que a liberdade de escolha do cônjuge é um exercício legítimo da autonomia pessoal, mesmo para pessoas mais velhas. A alegação de proteção do patrimônio dos herdeiros também carece de fundamentos. Afinal, se desejam acumular riqueza, devem fazê-lo por meio de esforço próprio, pois herdar não é uma ocupação.

A professora Silmara Chinellato (2004, p. 290), traz que *“a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa fundadas no Brasil do início do século passado”*.

E, de fato, incabível e inconcebível, porquanto ainda que a lei tenha caráter eminentemente protecionista, mostra-se discriminatória. Ademais, em uma análise lógica-jurídica, como defender que um septuagenário não possa escolher o regime de bens de seu matrimônio, mas esteja autorizado a decidir em relação ao patrimônio de outros, *ex vi* como representante do estado, considerando que a aposentadoria compulsória por idade se dá até o limite de 75 anos, para determinados servidores públicos (art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015).

Logo, de se sopesar que tal norma estava ultrapassada, não espelhava mais a realidade e necessitava de uma adequação legislativa ou uma releitura jurisprudencial.

4 REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS: FAIXA ETÁRIA COMO FATOR DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Como é de conhecimento meridiano, o princípio da autonomia privada, contemporaneamente sucedeu o que outrora era denominado princípio da autonomia da vontade. E tal princípio decorre da liberdade e da dignidade humana, consagrados na Constituição Federal como direitos fundamentais.

Por tal razão, diz ser livre aos nubentes a escolha de seu regime de bens, nos termos do que disciplina o art. 1.639, *caput*, do CC/2002: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Aliás, o princípio da autonomia privada tem tamanha força no ordenamento, que é possível aos nubentes estabelecerem um regime de casamento que não tipificado expressamente no *Codex*, criando um regime de bens atípico, que atenda a seus interesses, ou mesmo, que se realize uma combinação entre eles, estabelecendo um regime misto, desde que não infrinja normas de ordem pública.

Nesse sentido, inclusive, consagra o Enunciado n.º 331 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

[...] o estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

De toda sorte, o princípio da autonomia privada permite ainda que, silente às partes, prevaleça o regime da comunhão parcial, que é o regime legal geral supletivo (art. 1.640, *caput*, do CC), com exceção daqueles maiores de 70 (setenta) anos, para quem se aplica outra regra supletiva, outrora prevista como separação obrigatória de bens.

Paralelamente e em comunhão, o art. 1.641 do Código Civil de 2002 impõe o “regime da separação legal” ou “obrigatória” de bens¹, para os maiores de 70 (setenta) anos.

¹ Aqui os regimes “da separação legal” e “obrigatória de bens” são tratados semanticamente como sinônimos, mas, em momento oportuno, será realizada a releitura dos termos, diante da decisão do STF.

E referido artigo, reproduz, em parte, o que era estabelecido no art. 258, do Código Civil de 1916, em especial, quanto às pessoas de faixa etária avançada, hoje os septuagenários.

Especificamente em relação a limitação constante do II do art. 1.641 do Código Civil, estabelece este, supostamente, a proteção do patrimônio do cônjuge septuagenário, evitando minorar os enlaces por interesse ou desprovido de boas intenções.

Aliás, em comentário ao art. 258, do Código Civil de 1916, João Manuel de Carvalho, citando Clóvis Beviláqua (1974, p. 52) já observava:

Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realizava por impulso afetivo. Receando que os interesses subalternos ou especulações pouco escrupulosas arrastem sexagenários e quinquagenários a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão (obr. cit. com. ao art. 258).

Acontece que, na maioria das vezes, as vítimas de violência sexual buscam apoio policial após as 48 horas estabelecidas como período seguro para a realização dos exames periciais que comprovem a violência sofrida em casos de conjunção carnal. Após esse período, a identificação da violência torna-se bem menos eficaz, principalmente quando a vítima é uma pessoa adulta não virgem. Portanto, a identificação dos vestígios de que trata o artigo 158 se torna prejudicada.

Nesse sentido, Capez (2015, p. 45):

Sendo assim, a prova desses crimes é produzida essencialmente com o exame de corpo de delito, e na hipótese de tentativa, em que não chega a haver a conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, só para citar alguns exemplos.

Assim, historicamente o que se pretendia era a proteção de determinadas pessoas, em especial, no tocante ao seu patrimônio e sendo o regime imposto por lei, havia evidente limitação da autonomia privada dos nubentes.

E tal previsão, em que pese ter sido alterada no tempo em relação as questões periféricas (etariedade), manteve-se em sua esfera nuclear (limitação da autonomia privada), ainda no Código Civil de 2002.

5 TEMA Nº 1236 DO STF: POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS, POR EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES

Com efeito, o julgamento histórico realizado pelo Supremo Tribunal Federal, consignou que o art. 1.641, inc. II, do Código Civil é constitucional. De maneira que não há qualquer mudança no arcabouço jurídico-normativo e ao dar interpretação conforme à Constituição, deu ao dispositivo harmonia e conformação com a Lei Fundamental.

Considerando isso, pode-se concluir que houve de fato uma expansão dos direitos ao reconhecer que os indivíduos na faixa dos setenta anos têm a opção de modificar o regime de separação legal por outro que melhor atenda aos seus interesses, caso desejem. E tal possibilidade pode se dar pelas seguintes formas:

- a) por escritura pública de pacto antenupcial;
- b) caso já estejam casados, os consortes podem se valer do procedimento legal de alteração de regime de bens (art. 734 do CPC e art. 1.639, § 2º, do CC), e;
- c) por escritura pública lavradas antes ou no curso da união estável, no caso dos conviventes.

Nesse sentir, importante ressalva realizada por Carlos Eduardo Elias de Oliveira (2024):

Sobre esse último ponto (o da união estável), não se aplica a regra geral do art. 1.725 do CC, que admite instrumento particular para a escolha de regime de bens no caso de união estável. 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.

Portanto, embora a tese tenha estabelecido a possibilidade de modificar o regime de separação de bens por meio de escritura pública, restou silente a respeito do procedimento legal específico para essa alteração. Assim, ao que parece o texto não abordou todos os aspectos necessários, uma vez que o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, conforme estipulado no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88). Assim, não há impedimento para que a capacidade dos declarantes seja avaliada por um representante do Estado por meio do sistema judicial.

Centrado em tais premissas, após referida decisão do STF, para septuagenário é livre a escolha por qualquer regime de bens, típico ou atípico.

Sendo certo que, a única distinção entre os septuagenários e os outros indivíduos é que, para os primeiros, o regime legal de bens é o da separação legal (art. 1.641, II, CC), enquanto para os demais, o regime legal é o da comunhão parcial de bens (art. 1.640, CC).

E tal decisão vai ao encontro do que a maioria dos doutrinadores defendiam.

Em recente artigo, Flávio Tartuce (2024) aponta que a subcomissão de Direito de Família, propôs a revogação do art. 1.641 do Código Civil no todo. Como justificativa, trouxe que a reforma do Código Civil no Brasil tem se pautado em grandes debates, seja de acadêmicos, seja com a sociedade, e uma das mudanças significativas diz respeito ao regime de bens nos casamentos e uniões estáveis. A subcomissão de direito de família propôs alterações para prestigiar a autonomia privada nas relações familiares. Sendo os principais pontos:

- a) ampliação dos efeitos dos pactos conjugais e convivenciais;
- b) os pactos conjugais e convivenciais agora podem ser estipulados tanto antes como depois do casamento ou da união estável;
- c) após a celebração do casamento ou constituição da união estável, é possível alterar o regime de bens por meio de escritura pública pós-conjugal ou convivencial, sem intervenção judicial;
- d) essas alterações não têm efeito retroativo (*ex tunc*), aplicando-se apenas a partir do momento da mudança (*ex nunc*);
- e) os direitos de terceiros são sempre preservados;
- f) fim da separação obrigatória de Bens;
- g) o instituto da separação obrigatória de bens, que impedia a comunhão patrimonial entre cônjuges e companheiros, fica revogado;
- h) não há mais discriminação com base na idade ou pseudoconfusão de bens por falta de partilha ou inventário de relacionamentos anteriores;
- i) a autonomia privada prevalece, permitindo que as partes escolham o regime de bens que melhor atenda às suas necessidades.

Pondera que, essas mudanças visam dar mais espaço à vontade das pessoas em autodeterminar seu destino, eliminando regras confusas e injustificadas. O Estado reconhece a importância da autonomia na construção das relações familiares.

Assim, inegável, portanto, que o Supremo Tribunal Federal deu uma enorme contribuição para discussão do tema em análise, mesmo que não reconhecida a inconstitucionalidade da norma, concebeu-a com novos contornos e perspectivas, dialogando assim, com a modernização da relação civilista.

6 NOVA INTERPRETAÇÃO ACERCA DA “OBRIGATORIEDADE” DOS REGIMES DA SEPARAÇÃO DE BENS

Com efeito, o art. 1.641, do Código Civil (BRASIL, 2002), assim estabelece:

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

Como se detona da leitura do preceptivo, o texto normativo fala em “*obrigatório*” quando trata do regime da separação de bens.

Ocorre que, como visto, hoje, em especial em relação ao inciso II, não há mais essa obrigatoriedade, já que 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.*

Assim, impõe-se perquirir se remanesce correto tecnicamente empregar o termo “*regime de separação obrigatória de bens*”, para toda e qualquer hipótese elencada no art. 1.641, do Código Civil.

Nesse sentir, e, em que pese opiniões em sentido diverso, quer parecer que hoje temos dois tipos de regime de separação de bens, o obrigatório (art. 1.641, I e III, do Código Civil) e o legal (art. 1.641, I, II e III, do Código Civil), que podem conviver harmoniosamente.

Isto porque, em relação aos incisos I e III, mantém-se o entendimento que sempre existiu, sendo o regime legal/obrigatório (legal por decorre do texto da lei e obrigatório porque assim a norma o diz), enquanto no tocante ao inciso II, ele seria doravante apenas legal, já que pode ser afastado, consoante entendimento do Supremo.

Tal interpretação decorre de o fato de hoje existir, um regime legal cogente e obrigatório: *I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas*

suspensivas da celebração do casamento; (...) III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial, no qual os consortes não tem liberdade para afastar o regime por ato de vontade.

E, paralelamente, o regime legal facultativo e/ou supletivo, que se refere aos casos de casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos, que pode escolher livremente o regime de bens do casamento.

Ademais, não se pode olvidar que, a despeito da inexistência de declaração do Supremo Tribunal Federal, a respeito do constante nos artigos arts. 496, parágrafo único, e 1.829, I, do CC que se valem da expressão regime da separação obrigatória, elas devem ser interpretadas de acordo com o ordenamento, para assim extrair seu fundamento de validade.

Isto porque, aplicando-se as regras de hermenêutica jurídica, onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*), ou, onde há o mesmo fundamento haverá o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Portanto, ao julgar o Tema nº 1236, o Supremo Tribunal Federal definiu uma releitura dos institutos, para permitir a coexistente entre separação obrigatória (cogente) de bens e a separação legal (facultativa/supletiva) de bens.

CONCLUSÕES

Em suma é importante compreender que o direito espelha a sociedade que o concebe, contudo, muitas das vezes, para não dizer em sua totalidade, não perfilham de um caminho linear, não caminham paralelamente e permanecem em um eterno ajuste e desajuste.

Isto porque, há uma disjunção estrutural no sistema, já que o direito não acompanha os avanços sociais de imediato e acaba por ensejar que a sociedade molde o direito, de forma gradual conforme empiricamente se denota essa premência.

Na hipótese em comento, a decisão do Supremo Tribunal Federal, realizou um ajustamento histórico ao afastar o etarismo como causa de *discriminen*, corrigiu uma falha legislativa e restabeleceu a liberdade e a dignidade da pessoa idosa.

Hoje se concebe que septuagenário é livre para escolher qualquer regime de bens, típico ou atípico, respeitada as normas e ordem pública e, a única diferença

entre o septuagenário e aqueles que não o são é que o regime legal supletivo de bens é o da separação para este (art. 1.641, II, CC), enquanto para as demais pessoas, o regime legal é o da comunhão parcial de bens (art. 1.640, CC).

Ademais, criou-se ao uma distinção e uma nova categorização, sendo que hoje temos dois tipos de regime de separação de bens, o obrigatório (art. 1.641, I e III, do Código Civil) e o legal (art. 1.641, I, II e III, do Código Civil), que podem conviver harmoniosamente. E não mais a separação compulsória para todas as hipóteses.

Isto porque, em relação aos incisos I e III, mantém-se o entendimento que sempre existiu, sendo o regime legal/obrigatório (legal por decorre do texto da lei e obrigatório porque assim a norma o diz), enquanto no tocante ao inciso II, ele seria doravante apenas legal/supletivo, já que pode ser afastado, consoante entendimento do Supremo.

E, por fim, em um mundo onde as pessoas vivem cada vez mais, o tema é de enorme relevância social e a necessidade de adequação da legislação, à realidade posta e a evolução da sociedade e medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL, Lei Complementar 152, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp152.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. CJF Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRASIL. Ordenações Filipinas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BRAZ, A. M. O. da S. **O Regime de bens – Sustentar o Princípio da imutabilidade ou inovar para o Princípio da Mutabilidade**. Braga. Portugal: Universidade do Minho. 2019. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/81391/1/Andreia%20Maria%20Oliveira%20da%20Silva%20Braz.pdf>

CHINELLATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, São Paulo, 2011.

OLIVEIRA. C. E. E DE. **Regime da separação legal de bens e o STF (ARE 1.309.642)**. Portal Migalhas. 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: 7 fev. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Anulação de Doação. **Apelação nº 70004348769**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70004348769&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 7 fev. 2024.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, J. M. De Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático oor J. M. de Carvalho Santos**. Ed. Rio de Janeiro Freitas Bastos, v. 10, 1974.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Anulação de Doação. **Apelação nº 0075501-05.1996.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 7 fev. 2024.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil: direito de família**, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flavio. **A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens**. Portal 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: 7 fev. 2024.