

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Letícia Porto Lazzari

**IDOSO MAIOR DE 70 ANOS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA, SOB
O OLHAR DO ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Porto Alegre

2019

LETÍCIA PORTO LAZZARI

**IDOSO MAIOR DE 70 ANOS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA, SOB
O OLHAR DO ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dr^a Simone Tassinari
Cardoso Fleischmann

Porto Alegre

2019

LETÍCIA PORTO LAZZARI

**IDOSO MAIOR DE 70 ANOS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA, SOB
O OLHAR DO ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 9 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Orientadora

Profa. Dr^a Isis Boll Bastos

Profa. Dr^a Lisiane Feiten Wingert Ody

Dedico esta pesquisa a minha amada e querida
avó Maria de Lourdes Bueno Porto, que partiu
no ano passado, deixando o mais valioso
ensinamento: a persistência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser a força motivadora de que aqui só estamos de passagem, contudo, a evolução é necessária e gradual.

A vida, pelos obstáculos que me fizeram mais forte.

A minha mãe, pela incansável luta, em ser mãe e ser pai em todos os momentos, em dar todo o amor do mundo.

A minha amiga Nara, por ser o perfeito pleonasma de segunda mãe. És apoio, és sonho, e, também, esperança.

Aos meus amigos que me foram dados pela graduação, Nikolas, Sergio e Anderson, pela paciência, ombro amigo e pelas horas de estudo, sem vocês o êxito nesta caminhada não teria sido o mesmo.

Ao meu namorado Elder, por ser fortaleza e incansável na busca de tirar os melhores sorrisos e trazer a calma.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nossa amada UFRGS, por ter me oferecido esta experiência inigualável, conhecer a vida acadêmica e por ela me apaixonar.

A minha orientadora, Professora Dr^a. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, pela atenção, carinho e dedicação, sem este suporte não seria possível a realização da presente pesquisa.

“Há um motivo especial para se tratar com
deferência o ancião: um dia, todos seremos.”

Provérbio Chinês

RESUMO

A presente pesquisa trata da investigação acerca da existência ou não da limitação da autonomia privada do matrimônio em que os nubentes sejam maiores de 70 anos, em relação à eleição do regime de bens. Dado que o inciso II do artigo 1.641, do Código Civil de 2002, dispõem que nos casamentos septuagenário será imposto o regime de separação legal de bens. Analisando o instituto da autonomia privada, do casamento septuagenário e a justificativa dada pelo legislador e encontrada na doutrina acerca da imposição do regime de bens, concluímos que existe a limitação da autonomia privada. Pois, determinar o regime de separação total de bens, sob a justificativa da vulnerabilidade do idoso, sob o temor de relacionamentos fugazes e a preocupação com o direito dos herdeiros, é descabido. Uma vez que, o idoso é considerado sujeito de direitos e não deve haver a retirada de direitos, sem devida comprovação da incapacidade do ancião.

Palavras-chave: Casamento Septuagenário; Limitação; Autonomia Privada; Idoso; Artigo 1.641, inciso II; Código Civil.

ABSTRACT

The research is about the investigation of the existence or not of the limitation of the private autonomy of the marriage in which the spouses are older than 70 years, in the case of the election of the marital regimes. Since the clause II of article 1.641, of the Civil Code of 2002, provides that in the marriages septuagenarian will be imposed the separation of property regime. Analyzing the institute of private autonomy, septuagenarian marriage and the justification given by the legislator and found in the doctrine about the imposition of the property regime, we conclude that there is a limitation of private autonomy. To determine the separation of property regime, under the justification of the vulnerability of the elderly, under the fear of fleeting relationships and concern with the heirs' right, is inappropriate. Since the elderly are considered subjects of rights, there should be no withdrawal of rights without proper proof of the incapacity of the elder.

Keywords: Septuagenarian Marriage; Limitation; Private Autonomy; Old Man; Article 1.641, subsection II; Civil Code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2.1 AUTONOMIA PRIVADA VERSUS AUTONOMIA DA VONTADE.....	10
2.1.2 Autonomia privada e seus limites.....	13
2.2 DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS MUDANÇAS.....	17
2.2.1 Autonomia privada no Direito de Família	21
2.3 PACTO ANTENUPCIAL COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	25
3 CASAMENTO SEPTUAGENÁRIO	30
3.1 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS, INCISO II, ARTIGO 1.641, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	32
3.2 SÚMULA 377/STF E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO	41
3.3 MUTABILIDADE DE REGIME PARA IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS.....	47
4 O IDOSO, O ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, E A AUTONOMIA PRIVADA	50
4.1 O IDOSO.....	51
4.2 CONCATENAÇÃO DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DA AUTONOMIA PRIVADA E DO IDOSO	56
4.2.1 Da análise da autonomia privada no casamento septuagenário e as implicações na população idosa brasileira, considerando a mudança de paradigma do idoso, a expectativa de vida, o crescimento da população idosa e as suas projeções.....	62
5 CONCLUSÃO.....	65
6 REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A população idosa brasileira cresceu, e é um fato inegável. No ano de 2019 somamos mais de 210¹ milhões de habitantes. Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de (IBGE), em 2017 a soma dos idosos já havia ultrapassado os trinta milhões². Em 2019, as pesquisas apontam que, o grupo dos idosos que possuem mais de 65 anos já representam 9,5%³ da população. O Brasil do século XXI presenciará o envelhecimento da sua população, a diminuição das crianças e jovens até 14 anos⁴ nunca antes vistos. Este fato importa em dois sentimentos, o primeiro reside no otimismo de que as tecnologias no campo da saúde estão evoluindo e propiciando uma nação melhor para todos, pois se há o envelhecimento, logo há a diminuição das taxas de mortalidade, por conseguinte, a diminuição das taxas de fecundidade.

No entanto, conjuntamente com o sentimento de otimismo, nasce o sentimento de preocupação. O País terá, como já vem vindo, que aprender a lidar com uma nova conjuntura da população, o grande número de idosos. Somos um país em desenvolvimento, não presenciamos o crescimento gradativo dos anciões. O crescimento foi extremamente acelerado, foram necessárias pequenas décadas.

Os países ocidentais, como um todo, têm o tradicionalismo de equiparar o velho ao inútil, não somente quanto aos objetos, mas infelizmente, também quanto às pessoas de idade avançada. O ostracismo dirigido a este grupo é marca latente na nossa sociedade. Séculos atrás era difícil termos uma população idosa, todavia, esta é a nova realidade de muitos países, e também do Brasil, e é tarefa do legislador entender esta realidade e adequar a legislação.

Estamos dando pequenos passos, mas não por isso, menos relevantes, quanto à importância do ancião na sociedade e o quanto ele pertence a esse núcleo tanto quanto qualquer jovem, adulto ou criança. O País já possui na sua Carta Magna de 1988 o amparo ao

¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/população/projecao/>>. Acesso em: 24 jun. 2019. O dado corresponde ao ano de 2019.

² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

³ G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE**. 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

⁴ G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE**. 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019. “A pesquisa aponta que em 2039, o número de idosos com mais de 65 anos, superará o de crianças de até 14 anos, o que acelerará a trajetória do envelhecimento da população.”

idoso, o entendimento de que é merecedor de atenção e tratamento igualitário. Assim como, existe também o Estatuto do Idoso, importante lei que garante benefícios, direitos e deveres aos sexagenários.

Dentre tantos direitos assegurados aos idosos, sem dúvida, o mais relevante é o merecimento à dignidade humana. É ele que confere proteção aos abusos tanto do Estado quanto da sociedade e autonomia, para gerir suas próprias escolhas, também destinado ao restante da população. É este princípio norteador da Constituição Federal de 1988, que permite que hoje tratemos da liberdade individual, da utilização da autonomia privada no seu plano existencial como um instrumento para as escolhas da nossa vida, considerando a dignidade da pessoa humana.

Mas pasmem, na análise do Código Civil de 2002, encontramos em flagrante contradição com os direitos assegurados aos idosos, o artigo 1.641, inciso II, que determina que nos casamentos em que os nubentes (pode ser somente um ou ambos) forem maiores de 70 anos, estes deverão obrigatoriamente casar-se sob o regime de separação total de bens.

Percebendo esta contradição, entre a Carta Política e as leis infraconstitucionais, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a partir da compreensão dos institutos da autonomia privada, do casamento septuagenário e do idoso, se ocorre a limitação da autonomia privada dos idosos acima dos 70 anos, no tocante à eleição do regime de bens, bem como, se houver, entender a justificativa.

A pesquisa será realizada em partes, a primeira parte estará concentrada na compreensão apartada de cada instituto, da autonomia privada, do casamento septuagenário e no entendimento do idoso ao longo da trajetória histórica. Na segunda parte, será realizada a análise conjunta dos conceitos ora estudados, neste momento serão retomados todos os pontos importantes dos campos estudados, a fim de seguir na conclusão se ocorre a limitação da autonomia privada, e caso ocorra, sob qual motivação.

Quanto à metodologia, no trabalho em voga utilizaremos o método hipotético-dedutivo, por permitir um encadeamento de raciocínio lógico do geral ao particular, ressaltamos que se pretende um ponto de vista estruturado a partir do raciocínio esposado, contando-se com subsídios doutrinários e jurisprudenciais.

2 AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DE FAMÍLIA

A autonomia privada é o ponto central do presente trabalho. É a medula espinhal para traçarmos os primeiros entendimentos acerca desta pesquisa. Primeiramente, precisamos compreender o que vem a ser este instituto, para após realizarmos a análise acerca da existência da limitação da autonomia privada em relação ao casamento dos idosos acima de 70 anos, no que toca a livre estipulação para o regime de bens.

Neste item será estabelecida a conceituação e os limites da autonomia privada, bem como, a explicação da diferença entre ela e a autonomia da vontade, tendo em vista que na doutrina, muitas vezes, são tratadas como idênticas, embora possuam flagrante diferença. Além disso, dentro da esfera familiar, verificar-se-á se este instituto encontra guarida no Direito de Família e, por fim, se o pacto antenupcial é expressão da autonomia privada dos nubentes.

2.1 AUTONOMIA PRIVADA VERSUS AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia privada é o princípio base do Direito Civil, tendo como instrumento o negócio jurídico. Conforme o trecho a seguir, Luigi Ferri explica a relação da autonomia privada e o negócio jurídico, bem como adianta a conceituação que utilizaremos para definir autonomia privada:

A mi parecer, la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste. Esta última concepción representa un paso adelante respecto a la idea de la autonomía como mera libertad, pero no pone en evidencia todavía la esencia del fenómeno (tanto más que, aunque sea excepcionalmente, la actividad negocial podría salir de los confines de lo lícito aun conservando plena validez). El negocio jurídico no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad.⁵⁶

⁵ “Na minha opinião, a autonomia privada não é apenas liberdade ou um aspecto dela; e nem mesmo é apenas licitude ou facultade, isto é, liberdade que se move no campo da lei, dentro dos limites estabelecidos por ela. Esta última concepção representa um avanço em relação à ideia de autonomia como mera liberdade, mas ainda não evidencia a essência do fenômeno (ainda mais que, embora excepcionalmente, a atividade de barganha poderia deixar os limites do que é lícito, preservando ao mesmo tempo validade completa). O negócio jurídico não é o resultado do exercício de um poder, isto é, de um ato legal de acordo com a lei ou, melhor, não é apenas o resultado dele, mas é, antes de tudo, o resultado do exercício de um poder ou de uma *potestad**. E a autonomia privada é identificada com esse poder ou *potestad*.” (Tradução nossa)

**Potestad* é uma concepção híbrida de direito, poder e dever.

⁶FERRI, Luigi. **La Autonomía Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p.43.

No entanto, antes de adentrarmos mais detalhadamente no campo da autonomia privada, cabe-nos fazer uma breve digressão em relação à origem da autonomia privada e estabelecer a diferença entre esta e a autonomia da vontade. Muitos doutrinadores assemelham-nas e tratam-nas como sinônimos. Não obstante, por mais que elas se tangenciem cada uma possui suas especificidades. Esses institutos não se confundem, tendo em vista que existe sensível diferença entre ambos, na autonomia da vontade encontramos a expressão do subjetivo, a vontade na percepção psicológica, “eu quero determinada coisa”, de outro lado temos a autonomia privada como objetiva, a vontade sendo exteriorizada, sob os limites da lei, é uma vontade concreta, ao contrário daquela outra, que é abstrata⁷.

A indagação acerca se é autonomia da vontade ou autonomia privada é explicada com base nas mudanças dos tipos de Estado. Clóvis do Couto e Silva⁸ elucida bem esta mútua relação entre os tipos de Estado e a relação com a autonomia da vontade⁹. Tendo em vista que em Roma, no período clássico, mais precisamente na primeira fase do direito romano, a vontade era considerada algo fático, não devendo ser ponderada. Não se reconhecia sua autonomia, sua posição de princípio jurídico. Ou seja, a vontade não prevalecia em nenhum âmbito, era *lex* que deveria ser observada.

Não obstante, ainda na linha do referido autor, a percepção da vontade se altera quando há a instauração do Estado Liberal, o qual ocorre a cristalina separação entre o Estado e a sociedade, culminando na relevância da autonomia da vontade dos particulares, pois é colocado em suas mãos, quase que totalmente, a formação da ordem privada. É na sociedade liberal, dos séculos XVIII e XIX, que a vontade toma relevo e há forte destaque da ideologia individualista, o homem era o cerne do direito, sendo a sua vontade livre e devendo ser respeitada pelo Estado¹⁰.

Destarte, a autonomia da vontade só foi tornada possível com o surgimento do Estado Liberal, após a Revolução Francesa. O povo cansado do poder centralizado e absolutista exercido pela monarquia e querendo se libertar para poder regular seus próprios negócios,

⁷ NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p.207-230, 1989. Abr/jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 13 abr. 2019. p 213.

⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 24 e 25.

⁹ Clóvis do Couto e Silva emprega o termo autonomia da vontade, mas consoante o nosso entendimento nesta pesquisa depreendemos que a utilização do termo autonomia da vontade, neste caso, traduz-se como autonomia privada, pois inicia o cap. I- Os Princípios, utilizando como conceituação da autonomia da vontade a restrição da vontade sob o prisma da vigilância do Estado, portanto não sendo ilimitada, e partimos desta conceituação para definir a autonomia privada. Contrastando com a autonomia da vontade, que consideramos ilimitada.

¹⁰ GALVÃO, Camilla. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade?** 2015. Disponível em: <<https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

impôs que a vontade deveria prevalecer nos contratos realizados, pois ao considerar a vontade entendiam que os cidadãos seriam considerados igualmente, horizontalmente, retirando o modelo verticalizado da hierárquica e demonstração de poder¹¹.

Nesta linha, Franz Wieacker¹² corrobora ao demonstrar que esta noção de igualdade, de prevalência da vontade nos contratos é resguardada pelo *Code Civil*¹³, dado que foi normatizada a igualdade jurídica dos cidadãos, bem como, a liberdade na esfera particular, mais detidamente, na liberdade contratual e econômica.

Todavia, essa igualdade era aparente, já que em todas as sociedades há sujeição dos mais fortes contra os mais vulneráveis, culminando na desigualdade. Nesse momento da sociedade a vontade era considerada um fim e não um meio. Para criar negócios jurídicos era necessária somente a autonomia da vontade, isto é, bastava tão somente a declaração de vontade para os contratos serem firmados, como bem apontam Gerson Branco e José Moreira¹⁴.

Quando ocorre a mudança para o Estado moderno, não há mais essa nítida distinção entre Estado e sociedade, pois se mesclam. As esferas pública e privada se convergem, se coordenam. A autonomia da vontade não cria normas jurídicas somente com base na vontade de uma ou mais partes, sofrendo limitação legislativa¹⁵.

Branco e Moreira¹⁶ acrescentam que é no Estado Social, inicialmente, que há a mudança de paradigma, ou seja, que acontece a sobreposição da autonomia privada sobre a autonomia da vontade. O Estado deixa de ser mero telespectador e passa a intervir nas relações privadas. Ainda existe a vontade, mas ela deve ser analisada mais além,

¹¹WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, v.2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.228.Conforme o autor, “a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei. Surge assim o princípio *pacta sunt servanda*.”.

¹² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian. 1993. p. 390. O autor afirma que “só com o *Code Civil* a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de actuação contratual e econômica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade”.

¹³ WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, v. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229. Uma das expressões da autonomia da vontade no Código Civil francês está no art. 1.134: as convenções têm valor de lei entre as partes.

¹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito da família**, 2011. Disponível

em:<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>>. Acesso em: 12 maio 2019. p. 133.

¹⁵SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.p. 25.

¹⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito da família**, 2011. Disponível

em:<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>>. Acesso em: 12 maio 2019. p. 133.

primeiramente deve se verificar se foi expressa em conformidade com o ordenamento jurídico, se o agente ao expressar sua vontade tem capacidade, legitimidade, analisando, também, forma e conteúdo da avença.

Trazendo para mais próximo da nossa atualidade, e finalizando a transição da autonomia da vontade pra a autonomia privada, esta tem seu ápice no Estado Democrático de Direito, que no Brasil surgiu com a introdução da Carta Magna de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil, com o novo Código Civil de 2002.

Concatenando os princípios da Constituição e o direito privado, ora constitucionalizado, temos um novo olhar lançado sobre a autonomia privada, observando a dignidade da pessoa humana, bem como, visando a proteção de seus interesse próprios, sem atingir negativamente terceiros¹⁷.

No desenlace, embora, a autonomia privada tenha superado a autonomia da vontade¹⁸, não significa que ela deixou de existir, somente passou a ser subjetiva, pertencente ao psicológico do sujeito (autodeterminação), pois para se exteriorizar necessita da autonomia privada (autorregulamentação), pois desse modo é conferido limites a esta vontade.

2.1.2 Autonomia privada e seus limites

Para a construção desta pesquisa, é essencial traçar os contornos da autonomia privada, verificando como ela se desdobra e quais são seus limites, pois como já destacado um dos aspectos que diferencia a autonomia da vontade deste instituto é justamente a limitação que lhe é imposta.

Num primeiro momento centramo-nos na definição do conceito de autonomia privada, antecipadamente, se faz necessário compreender as duas palavras que formam a expressão “autonomia privada”. Onde a “autonomia” se refere ao indivíduo que é livre para coordenar sua vida, seus atos, conforme seja a sua vontade, isto é, depende-se da autonomia a individualização do indivíduo dentro da sociedade. E “privada”, que complementa a

¹⁷ DIAS, Felipe da Veiga; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Autonomia privada x paternalismo estatal: uma demonstração de (in)compatibilidade no constitucionalismo contemporâneo.** Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1582?ohlngdbimohdbaim>>. Acesso em: 23 abril de 2019. p.87.

¹⁸ D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em Direito de Família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito**, Uberlândia, v. 43, n. 2, p.1-20, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29558>>. Acesso em: 15 abr. 2019. p. 4.

expressão, assimila, na ordem jurídica, o que é privativo de cada sujeito considerado individualmente¹⁹.

Já na introdução do item anterior, ao citar Luigi Ferri adiantamos a definição de autonomia privada que utilizaremos nesta pesquisa, centrada na liberdade de decidir assuntos atinentes ao âmbito do direito privado, mas encontrando freios na lei²⁰. Ademais, trazemos mais duas visões que complementam o conceito de Ferri, sendo a primeira²¹, a autonomia privada como poder concedido aos sujeitos, tendo como óbice a lei, para gerar normas jurídicas, e a segunda visão²², que considera o ato de autonomia privada o que o Direito atribui como sendo o nascimento, modificação e extinção de relações jurídicas entre os particulares.

Importante destacar que o conceito da autonomia privada pode ter diversas concepções doutrinárias devido à problematização trazida pelo instituto entre a norma e a vontade. Pois conforme os autores se debruçam na vontade, as concepções dar-se-ão com mais ênfase nos interesses do agente, aspecto mais subjetivo. Isto é, haverá a valorização da vontade do sujeito, sendo considerada como a mais importante, entretanto, caso a doutrina se apoie na norma, a preocupação repousará nos interesses gerais da comunidade, por isso mesmo devendo limitar esta vontade, para que todos os sujeitos sejam protegidos e respeitados²³.

Do entendimento sobre autonomia privada, Ingo Sarlet²⁴ explica que é a liberdade de modelação da própria esfera jurídica, isto é, a liberdade de fazer escolhas e diferenciações, mas não seguindo um critério objetivo; devendo, porém, observar a economicidade, razoabilidade, racionalidade, sem deixar de examinar estritamente seu livre arbítrio frente as suas escolhas.

Muito tem se falado que a autonomia privada é instrumento dos negócios jurídicos, e mais, que somente seria viável quanto ao plano patrimonial, econômico. Contudo, a autonomia privada não é estanque ao campo patrimonial, não se fixa somente na premissa da

¹⁹ TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia Privada no Direito Societário**. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2016. p.116.

²⁰FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p.43. “*A mi parecer, la autonomia privada no es sólo la libertad o un aspecto de está; y ni siquiera es unicamente licitude o facultad, es decir, libertad que se mueve em el ámbito del derecho, dentro de los limites fijados por éste*”.

²¹ NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p.207-230, 1989. Abr/jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 13 abr. 2019.p. 203.

²² BETTI, Emilio. **Teoría General del Negocio Jurídico**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2000. p. 52.

²³NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p.207-230, 1989. Abr/jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 13 abr. 2019. p. 210.

²⁴SARLET, Ingo Wolfgang (org). COUTINHO, AldacyRachid (et. al). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.327.

“liberdade de estipulação negocial”, a autonomia privada também está presente no campo existencial²⁵. É verdadeiramente um poder de disposição, sua presença se faz necessária em ambos os planos, a ela é conferido limites, e, também há a recíproca, impõe limites frente aos outros.

No mesmo sentido, Emílio Betti²⁶ afirma que quanto ao objeto dos negócios jurídicos não há que se falar em “bens”, mas em “interesses”, tendo em vista que o patrimônio não está desconectado dos sujeitos e por isso, não se refere somente a bens. Os negócios jurídicos existem para satisfazer as necessidades da vida, ou seja, depreendemos que não se liga somente ao campo patrimonial, já que as necessidades da vida podem irradiar também para as questões existenciais.

Ademais, devemos observar que os negócios jurídicos foram criados numa época em que a preocupação era centrada no patrimônio, na propriedade, e eles existiam para justamente regular estes bens. Entretanto, assim como o direito, o negócio jurídico também sofreu alterações, o patrimônio que antes era o único objeto do negócio jurídico, abriu espaço também para a regulação dos interesses da esfera individual do sujeito²⁷.

Sendo assim, a autonomia privada se desdobra em dois planos, o plano patrimonial e o plano extrapatrimonial. No plano existencial a autonomia funciona na promoção de valores, mais detidamente, nos princípios da solidariedade, dignidade, igualdade e justiça social. Ainda se encaixam nesse plano os direitos de personalidade e os advindos do estado civil, político ou familiar²⁸. Merece destaque a dignidade da pessoa humana, uma vez que devido a sua relevância na Carta Magna de 1988, fez se ambiente propício para a guarida da autonomia privada, e ainda, com mais relevo no Direito de Família.

No campo econômico, patrimonial, trata-se justamente da possibilidade dos sujeitos disciplinarem suas relações patrimoniais, ou seja, nos remete a origem dos negócios jurídicos²⁹. Abarcando tanto os negócios bilaterais, como os unilaterais. E destacamos que é

²⁵BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito da família**. 2011. Disponível em:

<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>>. Acesso em: 12 maio 2019. p. 134.

²⁶ BETTI, Emilio. **Teoría General del Negocio Jurídico**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2000. p.77.

²⁷ PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 170.

²⁸ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p.115-131, 2016. Jan./jun.. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/80/9/>>. Acesso em: 18 maio 2019. p. 121 e 122.

²⁹ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p.115-131, 2016. Jan./jun.. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/80/9/>>. Acesso em: 18 maio 2019. p.122.

justamente neste campo que o Direito das Obrigações mais se debruça, é onde genuinamente a autonomia privada encontrou respaldo.

Dentro do plano patrimonial a autonomia privada se reveste de duas maneiras, na liberdade contratual e na liberdade de contratar. Num primeiro momento, esses dois desdobramentos parecem “o mesmo do mesmo”, sem embargos, são totalmente diferentes. Pois a liberdade contratual tem relação ao conteúdo, é a liberdade para dispor sobre o conteúdo do negócio jurídico, já a liberdade de contratar entra na seara da disposição de realizar ou não o negócio, o sujeito que decide se quer ou não. Por isso que, quando falamos em autonomia privada, também tocamos na questão da liberdade³⁰.

E quanto aos limites³¹ eles são impostos pela ordem pública, respeitando as normas constitucionais e demais normas jurídicas, como o Código Civil de 2002, e os bons costumes³². O objetivo da limitação é para que justamente não haja o abuso do direito, tanto na relação entre os privados, pois, pode haver uma parte mais deficitária, quanto não atinja terceiros causando lhes prejuízo. É o que torna a autonomia privada diferente da autonomia da vontade.

Entendendo os limites conferidos à autonomia privada compreendemos porque a autonomia privada é gênero, tendo como espécie a autonomia da vontade, esta como vontade subjetiva, estando reservada a nossa mente, enquanto aquela é a exteriorização das modificações, produção de normas jurídicas entre os privados, respeitando os limites impostos.

Portanto, por autonomia privada podemos considerar como a autorregulamentação, a regulação realizada pelo próprio indivíduo de seus interesses particulares³³, respeitando os limites, que são, a Constituição Federal, o novel Código, os costumes, assim como demais normas jurídicas.

³⁰ WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, v. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.230.

³¹BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p.115-131, 2016. Jan./jun.. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/80/9/>>. Acesso em: 18 maio 2019. p. 12.

³² BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p.115-131, 2016. Jan./jun.. p. 123. Bons costumes, para Narciso Baez e Germano Lima são o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo que se expressam em princípios como a lealdade contratual, proibição do lenocínio, contratos matrimoniais, etc, com vistas à proteção da boa-fé.

³³ BETTI, Emilio. **Teoría General del Negocio Jurídico**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2000. p.53. “La autonomía privada configure también una autorregulación y, específicamente, una regulación directa, individual, concreta, de determinados intereses propios, por obra de los mismos interesados”.

2.2 DIREITO DE FAMÍLIA E SUAS MUDANÇAS

Primordialmente, para a análise deste subtópico, que se baseia nas mudanças no Direito de Família internamente ligada com a intervenção estatal, iniciaremos com a reflexão filosófica da afamada frase do autor de *Leviatã*, Thomas Hobbes, “o homem é o lobo do homem”. Ao esquadrihar esta frase observamos que Hobbes passa uma visão negativa do homem, como um indivíduo egoísta, sujeitos que competem entre si, pois o homem só busca o que é do seu interesse, sem observar a integralidade³⁴. As indagações que ficam são: teria o homem limites na busca dos seus interesses, além do mais, teria o Estado que atuar como freio do ímpeto humano?

Na busca dessa resposta, observamos que realmente se faz necessária a intervenção estatal na vida do homem, tendo em vista que o Estado atua regulando, punindo, determinando condutas, para evitar que o homem não tome determinadas atitudes que prejudique a si e/ou aos outros³⁵.

É importante delimitar o porquê do nosso empenho em verificar a intervenção estatal, mais detidamente no Direito de Família. O interesse reside na premissa que quanto maior a incidência do Estado nas relações privadas, cada vez mais haverá menos espaço para o exercício da autonomia privada. Já que a intervenção estatal e a autonomia privada, só se harmonizam quando uma limita a outra, para assim não haver abuso do direito, bem como, não haver a demasiada interferência do Estado nas relações privadas.

Inquestionavelmente, não há espaço para as duas existirem conjuntamente exercendo o mesmo grau de forças no mesmo momento. A Física explica como o princípio da impenetrabilidade, onde dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo³⁶. Transpondo, é o mesmo que inferir que o Estado e a autonomia privada não podem e não conseguem exercer a totalidade das suas forças num mesmo momento, elas podem se avolumar, uma impondo óbices a outra. Mas para haver autonomia privada, deve existir uma mínima intervenção estatal. E quando há a intervenção estatal máxima, não há ambiente para a autonomia privada.

³⁴ LANFREDI, Eduarda Schilling; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/11/o-principio-da-autonomia-privada-e-da-minima-intervencao-estatal-a-luz-do-direito-de-familia-contemporaneo>>. Acesso em: 11 abr. 2019.p.3.

³⁵ LANFREDI, Eduarda Schilling; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/11/o-principio-da-autonomia-privada-e-da-minima-intervencao-estatal-a-luz-do-direito-de-familia-contemporaneo>>. Acesso em: 11 abr. 2019. p.3.

³⁶ DUARTE, J. C. Ciências Físicas e Biológicas. 25. ed. São Paulo: Nacional, 1973. p.18.

A análise perpassará desde o Código Civil de 1916, Constituição de 1988 e finalmente o Código Civil de 2002. A relevância do exame é perceber as modificações que a família e o Direito de Família foram sofrendo até chegarmos ao modelo atual. É permitir a compreensão de como a autonomia privada se adéqua no Direito de Família em contraponto a intervenção do ente estatal.

Inicialmente vale destacar como era a formação da família no Código Civil de 1916, por mais que seja considerado um Código liberalista, os ideais liberais eram obstaculizados pelo tradicionalismo, pelos aspectos da sociedade e do local, dentro do Direito de Família³⁷. Venosa assevera³⁸ que, este Código é fonte da época que considerava a família como nos moldes da Antiguidade, o marido sendo o chefe de família, administrador e a mulher dedicada somente aos deveres domésticos, em suma, a família “transpessoal, hierarquizada e patriarcal”³⁹.

Entretanto, o velho Código de 1916 não somente estabelecia esse modelo de família, como também, autorizava que o Estado centralizasse sua preocupação na defesa da célula familiar⁴⁰, e isto, advém da ideia de que o Estado absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento e passa a intervir nas relações familiares⁴¹.

Gerson Branco e José Moreira⁴², ainda, explicam que a Carta Civil de 1916 regulava a família, enfatizando seu aspecto externo. O Código considerava a família uma entidade abstrata em que não havia a preocupação com os interesses particulares dos seus membros.

Então, tínhamos um Estado interventor nas relações familiares, determinando condutas, como a diferenciação dos filhos havidos no casamento e fora dele, e também dos advindos de adoção, vedando a mutabilidade do regime de bens, assim como a dissolubilidade do vínculo matrimonial, determinando a *capitis deminutio*⁴³ da mulher⁴⁴.

Todavia, com a tomada de relevância da dignidade da pessoa humana, com as pessoas se aproximando através do afeto e formando famílias com base nesses dois preceitos, a

³⁷ LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 3, n. 1, p.16-35, fev. 2017. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.p. 30.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**, v. 5. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 31.

³⁹ LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 3, n. 1, p.16-35, fev. 2017. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.p. 28.

⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 138.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**, v. 5. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.31.

⁴²BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito da família**. 2011. Disponível em:<<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/download/959/536>>. Acesso em: 12 maio 2019. p. 132.

⁴³ Incapacidade relativa da mulher.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**, v. 5. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.31.

dignidade e a solidariedade familiar, a família enfim se remodela. A família se ressignifica e deixa de lado a ideia da formação baseada nos moldes da Antiguidade, calcada no patrimônio, no interesse, o casamento perde sua característica de ser “ajeitado” entre famílias.

E esta remodelação da família, com a relevância da dignidade da pessoa humana, do afeto e da solidariedade é recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e mais tarde pelo Código Civil de 2002. Conseqüentemente, o Estado que antes intervia nas relações familiares, determinando as condutas dos seus membros, passa a ter o dever de proteção dessas famílias, bem como proteger os direitos humanos e o dever de garantir às famílias os meios necessários para o seu pleno desenvolvimento⁴⁵.

Nesta seara de mudança trazida pela Carta Política, Rolf Madaleno⁴⁶ afirma que houve a despatrimonialização da família, e transcreve Paulo Luiz Netto Lôbo, a família passa a ser matizada na efetividade, que procura seu espaço social, político e jurídico, como legítimos instrumentos para sua realização e satisfação pessoal, acrescenta, ainda, que há a repersonalização das relações familiares, tendo como meta não mais o patrimônio, mas a valorização da pessoa.

Com isso, ocorre o florescimento da família eudemonista⁴⁷, o núcleo familiar que busca a felicidade tanto individual como de seus membros. Esse núcleo familiar não está mais apegado ao ser e ter, e sim ligados pelo afeto, buscando a felicidade, perseguindo a realização individual de cada um dos seus membros, sem deixar de lado os interesses da família como um todo; e o patrimônio é relegado a um segundo plano⁴⁸.

A crítica que perdura é, se houve a alteração do modelo de família, a ressignificação dada pela valorização da dignidade da pessoa humana, valorização do afeto, da solidariedade dos membros deste núcleo familiar, e conseqüentemente o reconhecimento pelo Estado, pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Por que o casamento quando um dos cônjuges ou ambos são septuagenários ocorre a interferência do Estado para impor o regime de bens, com base na justificativa do receio do casamento ser por interesse patrimonial? A reflexão deixaremos para o item 4.2 - Concatenação do Artigo 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, e a Autonomia Privada e o Idoso.

⁴⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família, v.5. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. rev., atual. e ampl. por Tânia da Silva Pereira. p.66

⁴⁶MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.36

⁴⁷Eudemonismo vem do grego eudaimonia, que significa felicidade e seguindo a linha aristotélica a felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações. A felicidade é o sumo bem.

⁴⁸MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.29.

Outras mudanças que merecem destaque são o alargamento do conceito de família, a igualdade entre o homem e a mulher no núcleo familiar⁴⁹. Todos os membros da família passaram a receber igual proteção, desaparece a diferenciação em relação aos filhos⁵⁰, se são havidos do casamento ou não e assim como os havidos da adoção. A formação da família deixa de ser somente pelo casamento, sendo reconhecida a união estável⁵¹, e hoje em dia, também as uniões homoafetivas⁵². Ocorre, ainda, o reconhecimento das famílias monoparentais, formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes^{53,54}.

Por fim, com as alterações introduzidas na Constituição Federal de 1988 e no Código Reale, advém o Direito de Família Mínimo, uma vez que o Estado, antes interventor, altera-se para ser o Estado protetor, assegurador das garantias constitucionais, somente tendo respaldo para intervir nas situações que ofereçam risco. Tendo em vista, que se verifica o reconhecimento da capacidade dos sujeitos de nortear as relações firmadas, entretanto sendo necessária quando houver casos de vulnerabilidade e risco⁵⁵.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Artigo 226, § 5º- “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Artigo 227, §6º -“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Artigo 226, § 3º “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 11 maio 2019. Reconhecimentos das uniões homoafetivas, sendo reguladas com base nas uniões estáveis, STF, ADI 4.277 E ADPF 132, Relatoria do Ministro Ayres Brito, julgado em 05.05.2011.

Conforme notícia do STF, a ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

⁵³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 139. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) - permite às mulheres gestantes entregarem o recém nascido ao Poder Público para sua posterior adoção, mantendo a mulher a sua identidade no anonimato, não podendo no futuro prosperar qualquer ação para identificá-la e tudo com a finalidade social de evitar infanticídios, abortos p, abandonos indiscriminados de crianças, acusados por mães que não querem ter prole.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 30 e 31.

⁵⁵ LANFREDI, Eduarda Schilling; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.braulio Pinto.com.br/artigos/11/o-principio-da-autonomia-privada-e-da-minima-intervencao-estatal-a-luz-do-direito-de-familia-contemporaneo>>. Acesso em: 11 abr. 2019. p. 5.

2.2.1 Autonomia privada no Direito de Família

Feita as considerações quanto às mudanças no Direito de Família, como a valorização da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do afeto, a intervenção mínima do Estado. Adentraremos na questão principal deste subitem, a presença da autonomia privada no Direito de Família. Vale destacar que somente foi possível imaginarmos a presença da autonomia privada no Direito de Família⁵⁶, como é atualmente, porque ela também foi remodelada.

A doutrina passou a aceitar, ainda, a autonomia privada no plano existencial, conferindo aos sujeitos o livre-arbítrio de reger sua vida dignamente⁵⁷, não se restringindo exclusivamente ao plano patrimonial, não mais pertence somente aos negócios jurídicos, aos contratos. Caso houvesse a delimitação estritamente ao campo econômico, caberia tão somente dentro da esfera familiar tratar do pacto antenupcial, por ser um contrato, e dentro dele seriam excluídas as questões extrapatrimoniais.

No Código Civil de 1916, a presença da autonomia, ainda, considerada a da vontade, era predominantemente nos contratos⁵⁸. No Direito de Família havia a forte interferência do Estado, determinando a conduta dos sujeitos que compunham o núcleo familiar, dado que, a família representava o Estado. E por isso, autorizando a mínima manifestação de liberdade das partes.

Pelo exposto, o que se argumenta, em demasia, é que a autonomia privada tem mais guarida no Direito de Família após o advento da Constituição de 1988. Devido o fulcro, o cerne, da família ser o *animus affectio*, a afetividade, possibilitando, dentro do âmbito da Carta Magna, a maior liberdade para os indivíduos regerem o arranjo familiar, se autodeterminarem com quem desejam casar ou formar união estável, respeitando o ordenamento jurídico⁵⁹.

⁵⁶ No Código Civil de 1916, a presença mais marcante da autonomia privada estava no artigo 256, caput, “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

⁵⁷ REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. v. 60, n. , p.85-96, 2014. Out-dez. Disponível em:

<<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016b702ce1764b049c9f&docguid=I0074aec0568a11e49aa4010000000000&hitguid=I0074aec0568a11e49aa4010000000000&spos=1&epos=1&td=108&context=376&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 jun. 2019. p. 87.

⁵⁸ LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 3, n. 1, p.16-35, fev. 2017. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019. p. 24.

⁵⁹ D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em Direito de Família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito**, Uberlândia, v. 43, n. 2, p.1-20, 2015. p. 4. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29558>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Para Moreira Alves é justamente o reconhecimento do afeto que abre precedentes para o reconhecimento da autonomia privada. Uma vez que é o alicerce da família atual, pois se há o elemento afeto, podemos falar em liberdade para criar a família (pois há o afeto) e liberdade para extinguir (devido à falta dele)⁶⁰.

Outrossim não é somente o afeto que abre as portas para o exercício da autonomia privada no Direito de Família, mas também o princípio da dignidade humana, recepcionada pela nossa Carta Política de 1988, no seu artigo 1, inciso III, que reconhece que os sujeitos possuem capacidade para se autodeterminarem, ainda mais, reconhece sua natureza livre, a autonomia dos indivíduos. Dito isto, compreendemos o porquê da autonomia privada ser tão relevante no Direito de Família, pois é ele instrumento para realização da dignidade da pessoa humana⁶¹.

Classicamente, Pontes de Miranda, no Tratado de Direito de Família, volume 1⁶², já tratava sobre o princípio da liberdade individual. Para o autor haveria a liberdade relativa para casar-se, para separar-se judicialmente, liberdade excepcionada para determinar o regime de bens e o pacto antenupcial⁶³. Isto é, já no livro sobre o Direito Matrimonial, volume 1, é sustentada a ideia de liberdade, que para nós partindo da nossa realidade do século XXI, entendemos como sendo o desdobramento da autonomia privada no Direito de Família, uma vez que mesmo utilizando o termo “liberdade” e não autonomia privada, ele exprime a ideia de autodeterminação, de autorregulamentação, pois observando o emprego do termo “relativa” ele nos remete aos limites da lei.

Quanto ao Código Civil de 2002, houve a sua constitucionalização, a recepção dos preceitos da solidariedade, do afeto entre os indivíduos, que importa em reconhecer a dignidade da pessoa humana de cada membro, e conseqüentemente a formação da família eudemonista⁶⁴. Também recepcionou a ideia da intervenção mínima do Estado⁶⁵, pois o ente estatal deve afrouxar as amarras e deixar os sujeitos se autorregularem, buscando sua felicidade, procurando a realização dos seus projetos. Dito isto, dois artigos importantíssimos

⁶⁰ ALVES, Leandro Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família**, Rio de Janeiro: Ediora Lumen Juris, 2010. p.138.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 114.

⁶² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. v.1. Campinas: Bookseller, 2001. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. p. 78 e 79.

⁶³ Tocante à pesquisa em voga, a exceção estava presente no Código Civil de 1916, pois afirmava que homens maiores de 60 anos e mulheres maiores de 50 anos, deveriam casar sob o regime de separação total de bens.

⁶⁴ A família eudemonista busca a felicidade dos seus membros e a felicidade da família em conjunto, buscam a realização dos seus projetos coletivos e individuais, segue a linha aristotélica.

⁶⁵ Ou seja, é retirado do Estado o dever de intervenção, o dever de centralizar sua preocupação nos atos dos membros da família e redireciona para a proteção desse núcleo familiar, garantindo meios para concretizarem suas realizações e assegurando as garantias constitucionais.

deixam clarividente a presença da autonomia privada no Direito de Família, sendo eles o artigo 1.513 e o artigo 1.619.

O artigo 1.513 do Código Civil de 2002⁶⁶ estabelece a interferência mínima, sem precedentes no antigo Código Civil, não sendo tolerado o intrometimento de estranhos, sendo de direito público ou privado. É neste artigo que é recepcionada a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família, e não sendo somente pertencente ao Direito Privado como um todo⁶⁷. Destarte, conseguimos perceber a existência do Direito de Família Mínimo, o ente estatal é protetor, assegurador das garantias constitucionais, somente tendo respaldo para intervir nas situações que ofereçam risco.

E o artigo 1.639 do Código Civil de 2002⁶⁸ trata da escolha do regime de bens feita pelos nubentes antes do casamento. O destaque fica para o termo “o que lhes aprouver” presente neste artigo, pois é esta expressão que confere a liberdade individual para os nubentes escolherem o regime que melhor satisfaça suas necessidades, vontades. E é assim que o instituto da autonomia privada se revela tão alvo no Direito de Família. Comparando com o Código Civil de Portugal, sobre o mesmo tema, há uma sensível diferença, tendo em vista que há a inserção “dentro dos limites da lei”⁶⁹, deixando bem claro que existem limitações.

Em relação à jurisprudência e o reconhecimento da autonomia privada, trazemos, exemplificativamente, um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁰, que deixa

⁶⁶ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1.513 “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

⁶⁷ RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório**: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens. 2018. 117 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 29

⁶⁸ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1.639 “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

⁶⁹ PORTUGAL. **Código Civil, 1966**. Disponível em:

<<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 27 jun. 2019. Artigo 1.698 “os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei”.

⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70068005248. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 14 de abril de 2016. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 15 abr. 2016. Disponível em: <encurtador.com.br/fsNVX>. Acesso em: 13 maio 2019.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME CONVENCIONAL DE SEPARAÇÃO DE BENS. AUSÊNCIA DE DIREITO DE MEAÇÃO DA CONVIVENTE SOBRE O VALOR DO VEÍCULO ADQUIRIDO DURANTE A RELAÇÃO E ALIENADO DEPOIS DA SEPARAÇÃO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. 1. Caso em que os conviventes, por ocasião da lavratura da escritura pública em 09.08.2010, declararam a existência de união estável desde 01.05.2010, elegendo, conforme lhes faculto o art. 1.725 do CC, o regime da separação de bens, conferindo expressamente efeitos retroativos ao início da relação. 2. Havendo as partes convencionado o regime da separação de bens, não há como reconhecer, na espécie, direito de meação da convivente sobre o valor do veículo adquirido em nome do convivente durante a união e alienado depois da separação. APELO PROVIDO.

bem claro que no Direito de Família há o exercício da autonomia privada. O caso em voga versa sobre o pacto antenupcial acordado estabelecendo o regime de separação de bens, mas a companheira pleiteia o direito a meação de veículo adquirido durante a relação.

Segundo o voto do Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, os companheiros no exercício da autonomia privada escolheram o regime de separação de bens, portanto não havendo o direito a meação. Isto é, os companheiros, mesmo que se mantivessem em silêncio quanto à escolha dos regimes de bens, também exercitariam suas autonomias privadas, pois partiu das suas escolhas se absterem⁷¹.

Em uma corrente contrária, Luigi Ferri salienta que no Direito de Família não há espaço para a autonomia privada, visto que a autonomia presente na família não é autonomia, é decisão⁷². Ele explica que os poderes familiares, e em primeiro lugar o pátrio poder, são poderes discricionários ao qual é inerente o dever de perseguir um propósito não acidental ou livremente assumido, mas um fim necessário. Ferri acentua que torna mais fácil entender o porquê do Estado intervir nos poderes familiares, pois a família e o Estado buscam se integrar e se implicar reciprocamente⁷³.

Para o autor não há separação entre Estado e família, mas compenetração, mútua integração. Iguala o matrimônio, que constitui o fundamento da família, ao *seminarium rei publicae*⁷⁴. Ou seja, a família e o Estado se misturam, não há a nítida distinção entre um instituto e outro, por isso a concordância na interferência estatal no âmbito familiar, pois um representa o outro.

Não seria sensato utilizarmos a teoria de Luigi Ferri no momento atual do Brasil, pois com o advento da Carta Magna de 1988, há a introjeção do artigo 226⁷⁵, caput, e a família é colocada como a base do Estado. E para Ferri, em contraponto, o Estado é a base da família, é a *longa manus* da família, por isso não há espaço para autonomia privada, somente para decisões, pois o que é decidido na família irradia no Estado.

Além disso, Rolf Madaleno corrobora com Luigi Ferri, acentuando que não há presença da autonomia privada no Direito de Família, pois ao longo do seu Curso de Direito

(Apelação Cível Nº 70068005248, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 14/04/2016).

⁷¹ Voto disponível em: <encurtador.com.br/fsNVX>. Acesso em: 13 maio 2019.

⁷² FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p.384.

⁷³ FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 384 e 385.

⁷⁴ Expressão em latim, significa a origem da República.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Artigo 226, caput “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

de Família, 2011, aponta como presente a autonomia da vontade, afirmando que com o advento da Carta Política de 1988, foi a autonomia da vontade que conquistou espaço⁷⁶.

Por fim, realçamos que na última edição do Curso de Direito de Família, 2018, Rolf Madaleno⁷⁷, no capítulo o princípio da autonomia privada, reconhece a prevalência deste instituto no Direito de Família. Reconhece a superação do instituto da autonomia da vontade. O citado autor internaliza no seu curso o que já demonstrava a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, a presença da autonomia privada no Direito Familiar.

2.3 PACTO ANTENUPCIAL COMO EXPRESSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Após analisarmos o instituto da autonomia privada, seus desdobramentos, seus limites, bem como a sua presença no Direito de Família. Encontramo-nos no momento derradeiro em entender como funciona o exercício da autonomia privada no pacto antenupcial. Porque ao entender o pacto antenupcial, como ele funciona, qual o seu objeto, o motivo dos nubentes pactuarem, e como nos deparamos com a autonomia privada neste instituto jurídico. Somente assim conseguiremos dar um passo adiante na pesquisa e compreender se há ou não a limitação da autonomia privada quanto à estipulação do regime de bens no casamento septuagenário⁷⁸.

Primeiramente é necessário darmos um passo atrás e entendermos o que vem a ser regime matrimonial de bens, dado que o pacto antenupcial é o instrumento para a escolha dos regimes. O regime de bens, como aponta Arnaldo Rizzardo⁷⁹, é o regulamento sobre os bens patrimoniais tanto do marido quanto da esposa, onde são escolhidos os efeitos que irradiarão sobre esses bens patrimoniais constituídos antes do casamento e durante sua vigência.

Tendo como base três princípios, o princípio da autonomia privada⁸⁰, pois há a liberdade escolha do regime que melhor aprouver; o princípio da variabilidade, liberdade para criar um regime diverso dos existentes e o princípio da mutabilidade⁸¹, após convencionarem

⁷⁶ Em uma análise para entender do porquê Rolf Madaleno utilizar o instituto da autonomia da vontade ao invés da autonomia privada, nos deparamos com a explicação de que Madaleno atua totalmente somente na seara de família e por não ter ligação com o direito das obrigações, o direito contratual, ele utiliza desta nomenclatura. Tendo em vista que para esse autor o que predomina nas pessoas é a vontade, não há que se falar em autonomia privada, pois esta rege os contratos, os negócios jurídicos, e não a família.

⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 138 e 139.

⁷⁸ Um dos nubentes ou ambos com setenta anos.

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 551.

⁸⁰ Tanto o princípio da autonomia privada, quanto o princípio da variabilidade de regimes encontram respaldo no artigo 1639 do Código Civil de 2002.

⁸¹ O princípio da mutabilidade de regime encontra respaldo no artigo 1639, §2º, do Código Civil de 2002.

sobre um determinado regime, poderão, com autorização judicial, modificar o regime antes escolhido⁸².

Dentro do regime matrimonial⁸³ de bens, podemos falar em cinco espécies. São eles o regime de comunhão universal de bens, no Código Civil de 1916 era considerado o regime legal e foi assim até 1977; o regime de comunhão parcial de bens, atualmente considerado o regime legal, no silêncio dos nubentes; o regime de separação de bens, havendo exceções, tanto que para algumas pessoas é considerado o regime legal⁸⁴ não podendo pactuar regime diverso⁸⁵; o regime de participação final nos aquestos e por fim, o regime convencional, a possibilidade dada de mesclar os outros regimes ou criar um próprio. Cada qual importa num efeito irradiador diferente incidente no patrimônio existente antes e durante a vigência do casamento.

Do regime de bens, temos o pacto antenupcial, que é contrato formal e solene, onde os noivos determinam o regime de bens, e no silêncio, o casamento será regulado pelo regime de comunhão parcial de bens⁸⁶. Ressaltamos, desde já, que as maiores discussões acerca deste instituto é saber qual a sua natureza jurídica, uma vez que existe a dúvida se o pacto pré-nupcial trata de um contrato ou de um negócio jurídico. Afirma Maria Berenice Dias⁸⁷, tratar-se de um contrato matrimonial, outros autores asseveram também tratar-se de negócio jurídico bilateral⁸⁸, entretanto não pode ser puro e simplesmente um negócio jurídico bilateral, uma vez que não tratam de assuntos essencialmente patrimoniais.

Para Orlando Gomes⁸⁹ a natureza jurídica é de pacto, mas a diferença é que não é um contrato parecido com os regulados no Direito das Obrigações. De outro lado, Débora Gozzo⁹⁰, traz definição diversa da natureza jurídica, pois para autora o pacto antenupcial é um

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p.1186.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. v.2. 3ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 128, designa que “o adjetivo “matrimonial” mostra que é o fato do casamento o ponto e o elemento determinantes da lei que decide da propriedade, do gozo, uso e fruto e d administração dos bens que tocam aos cônjuges”.

⁸⁴ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 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.

⁸⁵ O tema será melhor abordado no item 3.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 1227.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 529.

⁸⁸ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. **Las capitulaciones matrimoniales**. Revista de Derecho de Familia, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2002, n. 19, p. 25.

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. p. 177.

⁹⁰ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34.

negócio jurídico, mas de Direito de Família, e se aproxima da definição dada por Pontes de Miranda.

Quando Pontes de Miranda, no Tratado de Direito de Família, volume II, de 1947⁹¹, determina a natureza jurídica do pacto antenupcial, parece num primeiro momento não querer se comprometer com a definição exata do que seria de fato o pacto antenupcial, pois para ele o pacto antenupcial está entre o Direito das Obrigações e o casamento. Mas, após refletirmos, entendemos o brilhantismo de suas palavras, uma vez que o autor entende que por mais que seja o pacto realizado no Direito de Família, ele deve trazer consigo todos os princípios que regem os contratos no Direito das Obrigações, como a boa-fé, o dever de cumprimento, função social do contrato⁹². No entanto, ainda, não houve o consenso acerca da sua natureza jurídica.

O pacto antenupcial deve ser realizado no decorrer do processo de habilitação⁹³, por isso não faz parte do casamento, ele antecede o matrimônio, mas somente tem eficácia quando o casamento se perfectibiliza. Se o pacto foi realizado e não houve casamento posterior, tem-se pacto sem eficácia e não há que se falar em caducidade do pacto, diferentemente do que acontece, por exemplo, no Código Civil de Portugal⁹⁴ que estabelece o prazo de dois anos para haver a caducidade.

Quanto ao objeto dos pactos antenupciais, é interessante realçar que é um instituto jurídico no qual vislumbramos o contrato⁹⁵ nos seus dois planos, patrimonial e existencial. Entretanto, a doutrina majoritária⁹⁶ entende que só caberia dispor sobre as questões patrimoniais, econômicas, não havendo espaço para estabelecer assunto diverso, como por

⁹¹ Nas palavras de Pontes de Miranda, a natureza jurídica dos pactos antenupciais é “figura que fica entre o contrato da sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, o que quer que se convencione; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento. (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família, volume II, p. 150 e 151).

⁹² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 1227.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 529.

⁹⁴ PORTUGAL. **Código Civil, 1966**. Disponível em:

<<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 27 jun. 2019. Artigo 1716 “a convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo”.

⁹⁵ Considerando a definição de FANZOLATO, Eduardo Ignacio. **Las capitulaciones matrimoniales**. Revista de Derecho de Familia, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2002, n. 19, p. 25.

⁹⁶ Como MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. v.2. 3ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 151. Bem como, GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. p. 178. Ver ainda, SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida et al. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Cap. 10. p. 183-209. p. 201.

exemplo, se o marido buscará os filhos na escola, e a esposa irá às reuniões escolares. Uma vez que esta linha doutrinária segue a literalidade da lei⁹⁷ que dispõe que o pacto antenupcial tratará sobre os “bens”. Todavia, outra parte da doutrina⁹⁸, minoritária, acolhe, também, as questões existenciais. Maria Berenice Dias⁹⁹ dá como exemplo o estabelecimento de cláusula que vede a divulgação de fotos, dados pessoais e vídeos do outro por meio eletrônico.

O estabelecimento do conteúdo do pacto pré-nupcial é exercício de autonomia privada. É conferido aos nubentes dispor sobre diversos assuntos que acreditam ser atinentes ao campo matrimonial. O pacto antenupcial assume seu papel de instrumento para a eleição do regime de bens. Sendo no regime de bens, que assistimos a autonomia privada do casal aflorar, pela concessão dada pelo artigo 1.639, caput, do novel Código Civil, logo o pacto antenupcial é expressão da autonomia privada, é onde acontece a escolha de quando, como e com quem dispor sobre esse contrato matrimonial¹⁰⁰.

Entretanto, também, é exatamente neste momento que a liberdade individual sofre sua maior limitação. É nesta ocasião que presenciamos a presença do instituto da autonomia privada ligada ao pacto antenupcial, e este sofrendo limitação daquele.

A justificativa para a limitação da liberdade de estipulação parece esdrúxula, mas reside exatamente no respeito, na preservação da própria liberdade dos nubentes, dos membros da família, bem como preservar seus direitos e os de terceiros¹⁰¹, evitar abusos do direito, respeitar credores, e estar conforme a ordem pública.

Os limites estabelecidos nas cláusulas dos pactos antenupciais devem respeitar a lei, conforme estabelecido no artigo 1.655¹⁰², do Código Civil de 2002, bem como a ordem pública e os bons costumes, ou seja, não deve se atentar somente ao que está expresso na lei,

⁹⁷ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1.639 “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” correspondência no artigo 256, caput, do Código Civil de 1916.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 531; CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 160

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 531.

¹⁰⁰ RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. 2018. 117 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 33.

¹⁰¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 137.

¹⁰² BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1.655 “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”.

pois não se caracteriza como rol taxativo, tão somente sendo exemplificativo¹⁰³. Ainda, não devem estipular cláusulas que divirjam dos deveres dos cônjuges expostos no artigo 1.566 do Código Civil, que são a fidelidade recíproca¹⁰⁴; a vida em comum, no domicílio conjugal¹⁰⁵, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos; e o respeito e consideração mútuos.

Outras cláusulas que não podem ser estabelecidas, pois caso sejam serão consideradas nulas, são as que modifiquem a ordem de vocação hereditária, retirando, por exemplo, os herdeiros necessários, as que estipulem cláusula que coloquem em desigualdade a mãe ou pai, que pactuem acerca da exclusão dos alimentos para os cônjuges ou filhos. Em suma, não podem atentar contra as garantias constitucionais, estabelecidas pela nossa Carta Política¹⁰⁶.

Dessa maneira, percebemos que a formação do pacto antenupcial segue uma trajetória, primeiramente passando pelo exercício da liberdade dos nubentes convencionando qual o regime que melhor lhes convém, bem como criando seu próprio regime matrimonial, diferente dos estabelecidos¹⁰⁷ em lei, e por último obstaculizando o exercício da autonomia privada, quanto ao estabelecimento das cláusulas nos pactos antenupciais, com base na lei, nos bons costumes, nas garantias constitucionais, pois se faz necessária para haver a harmonia entre as esferas pública e privada.

¹⁰³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida et al. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Cap. 10. p. 183-209. p. 207.

¹⁰⁴ O atual entendimento é que o estabelecimento de relação monogâmica não afronta disposição absoluta da lei.

¹⁰⁵ Bem como, o entendimento é de que o casal pode até mesmo estipular não habitarem no mesmo domicílio, tendo domicílio diverso, ou mesmo morarem em cidades, estados, países diferentes. O que o casal deve ter é o *ninho*, ou o lugar onde a família se realiza, assevera Francisco Cláudio de Almeida Santos, p. 207.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 234.

¹⁰⁷ Sempre ressalvando, que caso estipulem, por exemplo, o regime de separação de bens, mas modifiquem algumas cláusulas para benefício de um em detrimento do outro, prevalecerá o regime de separação, que é o regime que eles mais se aproximaram na pactuação.

3 CASAMENTO SEPTUAGENÁRIO

Dando seguimento à estruturação desta pesquisa, adentraremos no campo do casamento septuagenário. Uma vez que já perpassamos pela autonomia privada, a fim de compreender tal instituto e seus desdobramentos dentro do Direito de Família. Agora, repousamos no desbravamento do enlace dos idosos acima dos 70 anos. Tendo em mente que, sem o conhecimento prévio de tal instituto restaria deficiente nossa análise central desta pesquisa, a verificação da existência ou não da limitação da autonomia privada nos casamentos septuagenários, considerando a imposição do regime de separação de bens dada pelo Código Civil de 2002.

A passagem do século XX para o século XXI transforma a noção de casamento. A sociedade moderna não percebe mais nas núpcias fonte única para a formação familiar, e nem entende que para a formação do casal deva haver o casamento formal¹⁰⁸. Prevalece a ideia de afetividade do casal, distanciando do conceito de casamento como fonte de manutenção da propriedade e da riqueza, desaparece a visão dual, marido e esposa, e surge a imagem do casal como um só, onde dividem tudo, falam sobre tudo¹⁰⁹. E a Carta Magna de 1988, recepciona estes ideais com o reconhecimento do afeto para formação do casamento. Retira a necessidade do matrimônio para formação da entidade familiar, e internaliza a ideia da união estável igualada ao casamento¹¹⁰.

Contudo, o casamento não passou a ser um instituto falido pela sua perda de requisito obrigatório. Ao contrário, remodelou-se. O Código Beviláqua seguia o modelo patriarcal, hierárquico e submisso da mulher¹¹¹. Diametralmente oposta é a concepção do Código Civil de 2002, o casamento é visto como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges¹¹². Marido e esposa em pé de igualdade, sem distinções, tendo igual importância dentro do matrimônio, e por comunhão plena de vida, como critério de

¹⁰⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba; Juruá. 1991. p. 359.

¹⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba; Juruá. 1991. p. 360.

¹¹⁰ SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxF00>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 2.

¹¹¹ LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 3, n. 1, p.16-35, fev. 2017. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019. p.28.

¹¹² BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1511.

validade¹¹³, pois deve haver esforços conjuntos dos nubentes, e se não houver, não poderemos vislumbrar um casamento. Rolf Madaleno considerada a “comunhão plena de vida” uma cláusula geral, portanto, não haveria uma definição estanque e exata, sendo um entendimento mais amplo, podendo ser observada conforme a conduta dos nubentes¹¹⁴.

A partir do entendimento do Código Reale é que encontramos o conceito jurídico de casamento¹¹⁵. A definição do matrimônio não se limita somente na conceituação jurídica, uma vez que há diversas conceituações para o casamento, pois este se desdobra em diversas faces, a religiosa, jurídica, social, ética¹¹⁶, e conforme seja o enfoque dado ao matrimônio, diverso será o seu conceito. Por exemplo, se levarmos em conta o conceito religioso no cristianismo, o matrimônio é um sacramento, cuja finalidade é a união permanente do marido e esposa, com o objetivo para procriação da prole¹¹⁷.

O matrimônio era pra ser igual para todos, restando ao Estado a tarefa de regular e proteger a convivência das pessoas que se conectam pelo afeto¹¹⁸. No entanto, o enlace senil, sempre foi motivo para grandes discussões, pois diante da existência da ingerência do Estado dentro deste instituto, determinando um tipo específico de regime de bens a ser adotado por quem tem mais de 70 anos, sob as justificativas, do idoso como vulnerável, que conseqüentemente origina a ideia da aproximação do cônjuge a partir do interesse econômico, terminando, na sequência lógica, com a preocupação sobre a herança a ser dada aos seus sucessores. Constata Maria Berenice Dias, que tal exigência se trata de uma verdadeira punição para quem decide ir contra as recomendações do Estado, é a tentativa de frear o desejo dos nubentes, mediante ameaça, retirando-lhes a prerrogativa de dispor de seus patrimônios se assim quisessem¹¹⁹.

O matrimônio septuagenário soa como um casamento distinto, todavia a condição de ser idoso em nada muda, pois continua sendo sujeito de direito e que merece igual

¹¹³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.101.

¹¹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.101.

¹¹⁵ SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxFO0>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 195.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. p. 56.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. p. 69.

¹¹⁸ SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxFO0>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 3.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 545.

reconhecimento, pois a velhice não constitui a decadência do ser humano, é somente uma passagem natural de fase que todos, por sorte, passaremos. Paulo Ramos destaca que nós brasileiros temos uma visão negativa da velhice, pois, a todo o momento, tentamos afastá-la, rechaçá-la, seja com cirurgias estéticas, seja na busca da jovialidade com alimentos light, diet, e com qualquer atividade que pareça ser de jovens¹²⁰.

Não obstante, não devemos esquecer que de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2017 aconteceram 29.464¹²¹ casamentos¹²² envolvendo um dos cônjuges com mais de 65 anos. Isto demonstra que a idade não representa a perda de nenhuma capacidade. E não nos pautamos somente na capacidade jurídica, mas sim em considerar o velho¹²³ capaz de envolver-se afetivamente e sexualmente. Podemos cogitar numa diminuição de aptidões físicas em relação à idade, mas jamais numa perda de consciência patrimonial somente em razão da idade. Pois assim como ser jovem não representa a ausência de doenças, não seria o caso do velho, somente por ser velho, que carregaria com si a ideia de mazelas físicas e mentais em detrimento da sua idade¹²⁴.

3.1 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS, INCISO II, ARTIGO 1.641, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

“Amor, amor, negócios à parte” é o que afirma o ditado popular, e parece que o legislador entende desta maneira, pois desde o Decreto 181/1890¹²⁵, no seu artigo 58, estabelecia que nos casamentos em que o homem fosse maior de 60 anos¹²⁶ e a mulher maior de 50 anos¹²⁷ não haveria comunhão de bens. Nesta esteira, o Código Civil de 1916, no seu

¹²⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP. p.119

¹²¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE. **Estatísticas do registro civil**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=downloads>>. Acesso em: 30 maio 2019.

¹²² Considerando os casamentos entre gêneros diferentes, e, também, do mesmo gênero, tanto masculino, quanto feminino.

¹²³ O termo “velho” será utilizado ao longo do texto, como sinônimo de idoso, ancião, terceira idade, dentre outras denominações para as pessoas acima dos 60 anos. Esta utilização em nenhum momento com intuito depreciativo a este grupo. Pois entendemos que ser chamado de velho deveria ser tão usual e positivo, quanto ser chamado de jovem.

¹²⁴ PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. p. 169.

¹²⁵ BRASIL. **Decreto 181, 1890**. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1890-01-24;181>. Acesso em: 26.05.2019.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto 181, 1890**. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1890-01-24;181>. Acesso em: 26.05.2019. Artigo 58, § 2.º “si o marido for menor de 16, ou maior de 60.”

¹²⁷ BRASIL. **Decreto 181, 1890**. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1890-01-24;181>. Acesso em: 26.05.2019. Artigo 58, § 1.º “si a mulher for menor de 14 annos, ou maior de 50”.

art. 258, parágrafo único, inciso segundo¹²⁸, também, estabelecia essa mesma restrição. Sob a justificativa dada por Clóvis Beviláqua de que os sexagenários e quinquagenários poderiam se envolver em relacionamentos predominantemente ambiciosos, e, portanto, a lei colocaria um óbice nestas ambições, não permitindo que seu patrimônio fosse herdado pelo outro cônjuge¹²⁹.

Ou seja, desconsidera um enlace por afeto, amor, colocando em relevo somente a pretensa tutela do idoso, destacando o interesse patrimonial, e estipulando idades desiguais sem nenhum tipo de justificativa. Esquece que o patrimônio é atrativo em todas as idades, não se torna um atrativo somente por ser galgar determinada faixa etária. A pessoa e todos seus atributos sejam sociais, econômicos, financeiros sempre são levados em conta em qualquer idade, pois os sujeitos não são vistos desassociados destas particularidades, pois há também dentro da busca do afeto a segurança material¹³⁰.

Com a constitucionalização do Código, advindo o Texto Civil de 2002, e na espera da exclusão desta imposição, discriminatória e isonômica, a única mudança foi a equalização etária em considerar 60 anos para ambos os sexos, no inciso II do artigo 1641. Contudo, esse limite etário não durou nem uma década, pois a Deputada Solange Amaral no projeto de Lei 108/2007 propôs a alteração da redação do inciso II do referido artigo para um novo limite, 70 anos, para que houvesse a obrigatoriedade do regime de separação de bens. Sob o pretexto de que a expectativa de vida havia aumentando, então necessário adequar o novel Código com a nova realidade¹³¹. Em nove de dezembro este projeto transformou-se na Lei nº 12.344 de 2010. Se não havia justificativa material para os 60 anos, também não há aos 70.

Em notícia propagada no sítio da Câmara dos Deputados¹³², a Deputada Solange Amaral afirma que a modificação também se deu para eliminar a discriminação contra as pessoas com mais de 60 anos, já que, se há obrigações, deve haver direitos. Todavia, ao ser perguntada se a mudança etária reverteu a discriminação, ela argumenta que as famílias do século XXI são diferentes das famílias dos séculos passados, pois assim como há os casamentos, existem as separações e as pessoas devem ter esse direito de escolha. E acredita

¹²⁸ BRASIL. **Código Civil, 1916.**

¹²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil comentado.** 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1953, p. 132.

¹³⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P.118.

¹³¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei aumenta idade para separação obrigatória de bens no casamento.** 2010. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/152001-LEI-AUMENTA-IDADE-PARA-SEPARACAO-OBRIGATORIA-DE-BENS-NO-CASAMENTO.html>>. Acesso em: 31 maio 2019.

¹³² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei aumenta idade para separação obrigatória de bens no casamento.** 2010. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/152001-LEI-AUMENTA-IDADE-PARA-SEPARACAO-OBRIGATORIA-DE-BENS-NO-CASAMENTO.html>>. Acesso em: 31 maio 2019.

que nem deveria ter essa limitação, mas é enfática ao acrescentar que não conseguiria aprovar esse tipo de lei, por isso a ampliação da idade.

Entendemos a posição da Deputada em acreditar que um projeto de lei extinguindo a imposição do regime de separação dos bens não seria aceito, tendo em vista que a imposição da separação obrigatória, atualmente, não difere em nada da justificativa de Clóvis Beviláqua, lá no Código de 1916, pois ainda é calcada no patrimonialismo, na preocupação do casamento ser por interesse econômico¹³³. Justificativa que se desfaz quando ambos os nubentes são septuagenários, tendo em vista que a crença do interesse patrimonial é com base na grande diferença de idade, o célebre “golpe do baú”, e na medida em que ambos tenham a mesma faixa etária diminuiria este vislumbre patrimonial e o enlace se revestiria de afeto. Pois nada, também, garante que quem possua o relevo patrimonial seja o cônjuge mais novo.

Ademais, a doutrina apresenta mais duas justificativas para tal exigência, sendo elas a demonstração do Estado, com base nesta tutela, de que o idoso é incapaz para reger sua escolha quanto ao regime matrimonial e também a presença da preocupação do legislador com a herança dos herdeiros necessários.

Quanto à incapacidade do idoso, Maria Berenice Dias leciona que é uma verdadeira afronta ao Estatuto do Idoso, dado que o legislador presume, somente considerando a idade, sem nenhum embasamento, a completa incapacidade mental do idoso septuagenário para escolher o regime de bens de seu casamento, e nem oferece respaldo para afastar tal absurdo¹³⁴. Cabe verificar que dentro do rol das incapacidades, absolutas e relativas¹³⁵, no Código Civil de 2002 não consta a velhice como critério a ser observado. Uma vez que atingido 18 anos a pessoa torna-se plenamente capaz, e só poderá ser extremado levando em conta o processo judicial de curatela¹³⁶.

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. rev., atual. e ampl. Por Tânia da Silva Pereira. p.193.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 546.

¹³⁵ BRASIL. **Código Civil, 2002**.

Artigo 3º do Código Civil de 2002: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Artigo 4º do Código Civil de 2002: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigios.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1108.

Ainda Pietro Perlingieri¹³⁷ assevera que a idade não deve ser fator para determinar se é apto ou não a fazer algo. O autor, ainda, explica que deve ser observar se o idoso é plenamente capaz ou está em condições de “*handicap*”. A limitação só seria legítima se faltasse aptidão mental e vontade¹³⁸.

Isto é, não podemos nos pautar numa determinada faixa etária para retirar direitos do idoso, pois somos seres plurais, e colocar todos sob uma mesma sombra é o mesmo que expressar que as pessoas não possuem particularidades, e não é a idade que trará a equalização de todos. O tempo cronológico *per si* não determina nossas aptidões. Idosos de 70 anos são diferentes de idosos de 90 anos. Tanto existe esta consciência que a Lei 13.466/2017 criou o “superidoso”, que são aqueles acima de 80 anos, onde é concedido preferência sobre os demais idosos abaixo desta idade.

Já quanto à preocupação dada ao suposto cônjuge interesseiro, temos a derivação da preocupação do legislador com a herança devida aos herdeiros necessários. Apontam Bruna Waquim e Márcia Carvalho que a cobiça patrimonial do noivo não é a única aflição central do legislador, pois num segundo olhar mais atento, a perspectiva fica mais clarividente, uma vez, que ao abrir a possibilidade para a escolha do regime de bens, colocaria a herança dos seus sucessores em risco¹³⁹. O que constitui um verdadeiro absurdo, pois se trouxermos o artigo 426 do Código Civil, é expressamente proibido ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.¹⁴⁰, dado que é imoral e diverge dos bons costumes, pois é flagrante a especulação acerca do falecimento do sujeito¹⁴¹.

¹³⁷ PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. p. 167.

¹³⁸ PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. p. 167.

¹³⁹ WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 90, p.161-187, 2015. Jan-mar. Disponível em:

<<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc5000016b700bf110da26ade7&docguid=I26a62190428a11e5854801000000000&hitguid=I26a62190428a11e5854801000000000&spos=23&epos=23&td=1638&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 abr. 2019. p.9.

¹⁴⁰ WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 90, p.161-187, 2015. Jan-mar. Disponível em:

<<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc5000016b700bf110da26ade7&docguid=I26a62190428a11e5854801000000000&hitguid=I26a62190428a11e5854801000000000&spos=23&epos=23&td=1638&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 abr. 2019. p.9.

¹⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**, v.6. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 58.

Trazer como pano de fundo para esta imposição do regime de separação de bens a preocupação com a herança, é descabido, tendo em vista que constitui um verdadeiro “pacto de corvina”¹⁴², e, os herdeiros necessários possuem resguardo do que se é devido na herança legítima. Então a preocupação que sempre residiu no suposto cônjuge interesseiro deveria recair, por igual, nos sucessores interesseiros, e, portanto, não limitar o idoso a esta obrigação quanto ao regime matrimonial, pois o patrimônio é dele, construído por ele. E por isso não deveria o Estado por meio de uma norma cogente proteger alguém que não é vulnerável.

Ademais, desnecessária esta medida para proteger o patrimônio do cônjuge septuagenário e por derradeiro de seus sucessores, pois a separação de bens em nada limita a doação de bens para o outro cônjuge e nem que o nubente septuagenário contraia onerosamente qualquer bem em nome do suposto cônjuge interesseiro¹⁴³.

Não obstante, este regime absoluto de separação de bens aos septuagenários era aplicado somente aos casamentos, e quanto à união estável não havia nenhuma imposição, valendo tão somente o regime de comunhão parcial, caso não houvesse contrato de convivência¹⁴⁴. Ou seja, está inaplicabilidade nas uniões estáveis fazia florescer o desejo pela união informal, pois assim não precisam se submeter a tal determinação¹⁴⁵.

Entretanto, esta realidade não vigorou por muito tempo, pois o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 646.259/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que a união estável está um degrau abaixo do casamento, e conferir mais direitos na união estável desprestigia a união formal. Pois quem deve ser equiparada ao casamento é a união estável e não o contrário¹⁴⁶.

Por isso não haveria motivo para haver esta dissonância entre o matrimônio e este instituto quanto à aplicação do regime de separação de bens. Corrobora neste sentido o Recurso Especial 1090.722/SP, no voto do Ministro Massami Uyeda, também Relator deste recurso, afirmando que ao não aproximar a imposição dada ao casamento septuagenário à

¹⁴² WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 90, p.161-187, 2015. Jan-mar. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc5000016b700bf110da26ade7&docguid=I26a62190428a11e5854801000000000&hitguid=I26a62190428a11e5854801000000000&spos=23&epos=23&td=1638&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 abr. 2019. p.9.

¹⁴³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 117.

¹⁴⁴ Assemelha-se ao pacto antenupcial, mas não precisa respeitar as formalidades que são impostas a este.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 546.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 646259. Relator: Luis Filipe Salomão. **Diário de Justiça**. RS, 24 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827288/recurso-especial-resp-646259-rs-2004-0032153-9/inteiro-teor-16827289?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

união estável caracterizaria uma perda de estímulo para formar tal vínculo com base nas formalidades da Lei, pois o que é proposto pela Constituição Federal de 1988 é a facilitação da conversão da união em casamento, já a aplicação inversa não possui nenhuma correspondência¹⁴⁷.

A crítica para esta aplicação na união estável fica por conta de Mário Luiz Delgado¹⁴⁸ e Maria Berenice Dias¹⁴⁹, tendo em vista que para estes autores a jurisprudência limita direitos com base na interpretação analógica. E o respaldo para a inaplicabilidade desta obrigação quanto ao regime de bens para os idosos nas uniões informais reside justamente no pressuposto de que se interpretam limitadamente as normas que restringem direitos. Não deve se ampliar a aplicação que prejudica os sujeitos.

Nesta esteira da conversão da união estável em matrimônio, em 2004 na III Jornada de Direito Civil já era pauta, com a aprovação do enunciado 261, o afastamento do regime legal da separação de bens para maiores de 60 anos quando o casamento fosse posterior a uma união estável começada antes de atingir esta limitação etária¹⁵⁰. No entanto, este assunto ficou inerte por doze anos, surgindo novamente com a decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que para o casamento quando precedido de união estável, iniciada antes dos nubentes atingirem 70 anos, deixa de ser absoluto o regime de separação de bens¹⁵¹. Para os Ministros, neste caso, não enquadra a proteção do idoso de “relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico”¹⁵².

Depois dessa análise acerca dos motivos para a exigência do regime nos casamentos septuagenários seja o de separação de bens, e como funciona na união estável, permanece o questionamento: qual a importância de problematizar tal imposição? Além de entender se há a privação da autonomia privada dos idosos, também devemos nos debruçar nos efeitos do casamento. Pois como apontam Bernardo Schmidt e Elisângela Santos, do matrimônio derivam diversos efeitos que irradiarão tanto no campo particular, pessoal, quanto no campo

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1090722. Relator: Massami Uyeda. **Diário da Justiça**. São Paulo, 30 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2/inteiro-teor-16821754?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁴⁸ DELGADO, Mário Luiz. **A união estável septuagenária e o regime da separação obrigatória de bens**. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215999,101048-A+uniao+estavel+septuagenaria+e+o+regime+da+separacao+obrigatoria+de>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 546.

¹⁵⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 261**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>>. Acesso 01 jun. 2019

¹⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Separção de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável**. 2016.

¹⁵² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Separção de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável**. 2016.

patrimonial¹⁵³. Assim como, por exemplo, o casamento muda o estado civil dos cônjuges, os bens também são afetados, pois conforme seja a escolha do regime de bens, diversa será a forma da comunicabilidade desses bens.

No caso em tela, o regime de separação de bens comporta a incomunicabilidade de qualquer bem, o marido e a esposa são responsáveis pelos seus próprios bens, podendo gravá-los com ônus real, aliená-los, inclusive até os imóveis¹⁵⁴. Ou seja, caracteriza um distanciamento dos cônjuges da esfera patrimonial do outro, e para diminuir este distanciamento na esfera patrimonial, o Superior Tribunal Federal (STF) criou, em 1964, a Súmula nº 377, que será analisada a seguir. E por isso, se entende ser descabida a obrigação da separação de bens aos idosos, tendo em vista que o septuagenário pode como qualquer sujeito de direitos escolher como quer dispor de seus bens dentro do enlace. Se o casamento sofre derivações para ambos os campos, não pode o idoso ter que ater-se somente ao pessoal, excluindo por uma exigência do Estado os efeitos do campo econômico.

Para perceber esta injustiça, com base numa comparação, trazemos o funcionamento da escolha do regime de bens, como é a regra, já que a imposição de regime é exceção, tanto para os septuagenários, bem como para as pessoas que contraírem o enlace com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento e todos que dependerem para casar de suprimento judicial¹⁵⁵. Como regra todos são livres para estabelecer dentro do pacto antenupcial, no momento da habilitação, o regime de bens que melhor aprouver as suas necessidades¹⁵⁶.

É permitido aos nubentes escolherem o regime de comunhão universal de bens, o regime de comunhão parcial de bens, o regime de participação final nos aquestos, o regime de separação de bens, todos estipulados dentro do Código Civil, e por fim, o regime convencional, depreendido dentro da expressão “estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” da norma do artigo 1.639 do mesmo Código. Vale frisar a importância do regime de bens, pois todos os casamentos terão, mesmo que haja o silêncio dos nubentes, ou o regime seja nulo, ou ineficaz, casos em que o Estado estabelecerá o regime de comunhão parcial de

¹⁵³ SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxF00>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 4.

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 1239.

¹⁵⁵ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1641.

¹⁵⁶ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1639.

bens¹⁵⁷. A relevância da escolha do regime de bens, conforme Maria Berenice Dias está mais centrada na dissolução do casamento do que na própria constância deste¹⁵⁸.

Por fim, levantaremos um assunto tão debatido na doutrina, Rolf Madaleno, Maria Dias Berenice, Arnaldo Rizzardo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a inconstitucionalidade do inciso segundo do artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Essa problematização quanto ao inciso do referido artigo é baseado no entendimento de que existe a dissonância entre a Constituição Federal de 1988 e a lei infraconstitucional¹⁵⁹. Isto é, a imposição do regime de separação de bens nos enlaces septuagenários fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade.

Destarte, para entendermos a ofensa ao princípio da dignidade humana, primeiramente devemos compreender o que vem a ser a própria dignidade humana. Pois se trata de um conceito de contornos vagos e imprecisos, que se transforma conforme a história e a sociedade se modifiquem. E no receio de explicarmos com nossas próprias palavras e perdermos a real essência, trouxemos a conceituação *ipsis litteris* dada por Ingo Sarlet:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”¹⁶⁰

Traçada a conceituação, vislumbramos o motivo para a inconstitucionalidade. O idoso amparado pelos artigos 1º, inciso III, base do princípio da dignidade da pessoa humana e 230, que incumbe a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, garantindo-lhes a participação na comunidade, o direito à vida, defendendo sua dignidade e bem-estar, ambos da Carta Magna. Percebe-se excluído do seu direito à dignidade humana.

¹⁵⁷ BRASIL. **Código Civil, 2002**. Artigo 1640.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.545.

¹⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.114.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed., Porto Alegre: 2011, p.73.

Porque, interpretando a conceituação de Ingo Sarlet, a dignidade humana lhe confere dois aspectos, a autonomia de poder fazer e a proteção aos seus direitos. No entanto, ao retirar da esfera do idoso a possibilidade de eleger seu próprio regime de bens, o legislador ataca a autonomia, a liberdade individual, do idoso, o interpreta como irresponsável, afasta-o da responsabilidade de dirigir sua própria vida. A dignidade do idoso é desmerecida em razão de números, de faixa etária que não importa qualquer tipo de certeza¹⁶¹, divergindo com os próprios preceitos que o Estatuto do Idoso, artigo 10, confere aos idosos¹⁶².

Igualmente, não deixemos de lado o princípio da igualdade, calcado no artigo terceiro, inciso quarto, bem como no artigo quinto, caput, ambos da Carta Política de 1988, onde estabelece que ninguém será discriminado em virtude de origem, cor, raça, sexo e muito menos em relação a idade, ou qualquer outra forma de discriminação, e respectivamente, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pois, o Estado sob a justificativa de uma norma protetiva, desfigura esta norma ao não dar embasamento concreto¹⁶³, e se firma num terreno arenoso, que nada mais é do que a limitação imposta às pessoas que atinjam 70 anos para proibir-lhes de casar em comunidade de bens. Retira do idoso a sua característica de ser igual aos outros, concebendo a velhice como mazela diferenciadora.

O que se espera deste princípio amparado pela Constituição Federal de 1988 é a vedação às assimetrias arbitrárias, as distinções ilógicas, pois seguir a igualdade aristotélica, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual na medida das suas desigualdades, é medida de justiça e proteção. Todavia, nesse caso estamos tratando de iguais, pessoas adultas, capazes, e as diferenciando a partir de um critério absurdo, a idade¹⁶⁴.

Tratando dos dados jurisprudenciais acerca da inconstitucionalidade, considerando os 26 Tribunais de Justiça Estadual e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, têm-se que 4% dos magistrados, sendo do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ceará, não aplicam o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, por considerarem flagrante a inconstitucionalidade¹⁶⁵. Sucintamente, os argumentos se baseiam na ofensa aos princípios da dignidade humana, da isonomia e da livre pactuação do regime de bens.

¹⁶¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.114.

¹⁶² BRASIL. **Lei 10.471, de 1º outubro de 2003**. Estatuto do Idoso, artigo 10 “é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”

¹⁶³ SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxFO0>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 10.

¹⁶⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.35.

¹⁶⁵ POMJÉ, Caroline. **Autonomia no envelhecer**: a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CCB/2002.

3.2 SÚMULA 377/STF E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO

Como uma solução para a imposição da incomunicabilidade dos bens nos matrimônios dos imigrantes italianos que no seu país casavam sob o regime de separação obrigatória de bens, numa oposição clara ao regime legal de comunhão universal estatuído no Brasil, o Superior Tribunal Federal, em 1964, criou a Súmula 377¹⁶⁶, indicando que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

A referida Súmula surgiu no intuito de amenizar as demandas advindas das dissoluções desses matrimônios dos imigrantes italianos, tendo em vista que versavam sobre a disparidade em que a esposa se encontrava, após a dissolução do casamento¹⁶⁷.

Os processos eram calcados na razão de que o patrimônio e as fortunas eram conquista conjunta entre os esposos. Mas, uma vez separados, e o regime de bens em vigor sendo o da separação obrigatória, a cônjuge que participava ativamente no ganho da renda e patrimônio familiar nada recebia na meação, pois o patrimônio era colocado no nome do consorte, em razão da concepção do homem como provedor e soberano dentro da família¹⁶⁸.

A finalidade desta Súmula era justamente evitar o enriquecimento sem causa do marido, pois se a contribuição era de ambos, não haveria motivo de somente um dos cônjuges ser beneficiado¹⁶⁹. Não menos importante, o enunciado também vem amparar a solidariedade social do casal na constância do casamento¹⁷⁰, pois se ambos participavam conjuntamente na construção do patrimônio, e mesmo que a atuação da mulher não fosse inserida no mercado de trabalho, mas dentro do lar, ministrando atenção para com o cuidado dos filhos, marido e tarefas domésticas, ela era detentora de direito à meação¹⁷¹, baseado nos dois pressupostos evitar o enriquecimento sem causa e prestigiar a solidariedade na manutenção do matrimônio.

A doutrina explica que a Súmula só encontrou respaldo, pois existia, no Código Civil de 1916, o artigo 259, que previa no regime que não fosse o de comunhão de bens, os bens que fossem adquiridos na constância do casamento deveriam ser comunicados, no silêncio do

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 jun.2019.

¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187.

¹⁶⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187.

¹⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187.

¹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões- IBDFAM. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, v.2, fev-mar.2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019. p.7.

¹⁷¹ SILVA, José Luiz Mônaco da. **O casamento, o regime de bens à luz do regime comparado e o novo regime de participação final nos aquestos**. 2006. 374 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em:

<<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009477.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019. p.185.

contrato¹⁷². Todavia, com a revogação do velho Código para dar espaço ao Código Civil de 2002 e a não recepção do antigo artigo 259, os juízes e a doutrina encontraram óbices, os juízes para aplicação desta Súmula, e a doutrina, por sua vez, para entender se há espaço no novel Código para ampará-la.

Tudo isto porque atualmente esta Súmula estaria presente para tratar dos casamentos encabeçados nos incisos I, II e III, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, que dispõem sobre a imposição do regime de separação de bens nos matrimônios que necessitam de suprimento judicial, nos casamentos septuagenários e das pessoas que contraírem casamento sem observar as causas suspensivas para a celebração do enlace.

Francisco José Cahali defende a revogação, e se concentra na seguinte opinião, se o Código Reale, trouxe o artigo 1.641 e determinou como regime legal a não comunicabilidade dos bens, trazendo traços do artigo 258 do Código Civil de 1916, mas sem repetir o artigo 259 que dava guarida para Súmula 377. Não haveria espaço para acreditar na perpetuação deste enunciado. No entanto, ressalta que só deveria haver a meação quando da dissolução do matrimônio, se comprovadamente existisse prova do esforço comum dos nubentes para a obtenção do bem¹⁷³, pois haveria, assim, “sociedade de fato sobre o patrimônio”¹⁷⁴.

Coadunando com o entendimento de Francisco Cahali, a Relatora Mara Lúcia Coccaro Martin Facchini, no julgamento do Recurso Inominado nº 71006390173, no ano de 2016, proferiu a decisão com base no entendimento da revogação da Súmula 377, segundo o voto da Juíza:

[...] nenhuma regra semelhante ao art. 259, do CC/16, que se coadune com a referida Súmula 377 do STF, pode ser extraída do vigente Código Civil de 2002. Portanto, há de se concluir, que a súmula 377 do STF, que permite a comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio, não mais possui aplicabilidade em face da atual legislação. Por tudo isso, o entendimento aqui explanado é de que a Súmula 377 do STF, caso aplicada ao caso em exame, violaria a proteção da lei e os princípios norteadores do Código Civil vigente, contrariando a *intentio legis* exarada, especialmente à finalidade da redação do art. 1.641 do CC/02.¹⁷⁵

¹⁷² CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085636.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.p. 85.

¹⁷³ CAHALI, Francisco José. **A Súmula nº 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. In Revista do Advogado, n. 76, São Paulo: AADV. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/silvio_05_12.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.5 e 6.

¹⁷⁴ CAHALI, Francisco José. **A Súmula nº 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. In Revista do Advogado, n. 76, São Paulo: AADV. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/silvio_05_12.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.6.

¹⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº 71006390173. Relator: Mara Lúcia Coccaro Martins Facchini. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 31 out. 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400752222/recurso-civel-71006390173-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

Entretanto, outra parte da doutrina, como Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona, entende que a Súmula deva perdurar em razão da sua origem, pois se ela foi concebida para não haver o enriquecimento sem causa, não deveria ser revogada. Ela é medida de justiça, em não beneficiar somente um cônjuge no desenlace¹⁷⁶. Na jurisprudência também é aceita sua aplicação. O Ministro Antonio Carlos Ferreira coaduna com este entendimento na decisão monocrática do Agravo em Recurso Especial¹⁷⁷, julgado em 2018, na qual decidiu que a Súmula deveria ser aplicada, mesmo após a vigência do novo Código Civil, tendo em vista, que esta Súmula mitigou a aridez do artigo 258, parágrafo único, II do Código Civil de 1916. No Supremo Tribunal de Justiça (STJ) já é considerada decisão pacífica a aplicação da Súmula 377 do STF, mesmo com o advento do novel Código Civil¹⁷⁸.

Ademais, Gustavo Tepedino ressalta que tal máxima é somente necessária quanto aos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, enquanto não cessarem as causas que obrigam o regime de incomunicabilidade de bens. Após o término da suspensão, não haveria ambiente para o enunciado, já que os nubentes ficariam livre para realizarem a alteração do regime, caso seja a vontade, e sob autorização judicial¹⁷⁹. Já para o inciso II, que trata do casamento dos idosos acima dos 70 anos, o referido autor sustenta que não há a incidência da Súmula, justamente por se tratar de uma inconstitucionalidade. Aos idosos não há impedimentos legais que suspendam a eleição do regime de bens¹⁸⁰.

Encerrando a discussão acerca da possibilidade da aplicação do enunciado, sob a motivação de que não existe ambiente sem a recepção do antigo artigo 259, do Código Civil de 1916. O argumento derradeiro a favor da aplicação da Súmula 377 é apresentado pela Memória Legislativa do Código Civil. No projeto do novo Código Civil o texto aprovado pelo Senado Federal, o então artigo 1.641 deveria ter a seguinte redação “é

¹⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**: direito de família, v.6. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.369.

¹⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 610.010. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Diário de Justiça**. São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/616209146/agravo-em-recurso-especial-aresp-610010-sp-2014-0282320-2/decisao-monocratica-616209160?ref=serp>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.623.858. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. **Diário de Justiça**. Minas Gerais, 30 maio 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717086&num_registro=201602318844&data=20180530&formato=PDF>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.16.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões- IBDFAM. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, v.2, fev-mar.2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019. p.7 e 8.

¹⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões- IBDFAM. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, v.2, fev-mar.2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019. p.7.

obrigatório o regime de bens no casamento, **sem a comunhão de aquestos** (grifo nosso)¹⁸¹.

No entanto, o projeto ao chegar à Câmara dos Deputados, teve a expressão “sem a comunhão de aquestos” suprimida do referido dispositivo, sob a justificativa de que:

se tratando de regime de separação de bens, os aquestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377) [...] Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do STF substanciado na Súmula nº 377, segundo o qual no regime de separação de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.¹⁸²

Outrossim, o enunciado da referida Súmula é considerado muito abrangente, e, por isso, a jurisprudência encontra dificuldade para delimitar se os bens a serem mealhados devam ser baseados na presunção do esforço comum dos cônjuges, ou se deve provar o esforço do casal na aquisição do bem. Quanto à doutrina, ela é pacífica no entendimento do esforço comum do casal¹⁸³.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 736.627/PR, em 2006, de Relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, decidiram que o esforço do casal é presumido, pelas seguintes razões:

As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula 377 (MIX\2010\2101) do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros¹⁸⁴.

No entanto, o entendimento da presunção do esforço comum foi modificado na decisão de Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.623.858/MG, julgado em maio de 2018. O Relator Ministro Lázaro Guimarães decide neste acórdão a divergência entre a

¹⁸¹ PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: < http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019. p. 63.

¹⁸² PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: < http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019. p. 63 e 64.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 550.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 736.627. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário da Justiça**. São Paulo, 01 ago. 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-esp-736627-pr-2005-0041830-1/inteiro-teor-12866508?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

presunção de esforço comum e a necessidade da prova deste esforço para haver a meação dos bens adquiridos durante o casamento, pois havia dissonância nas turmas do STJ e na 2ª Seção. A conclusão da 2ª Seção, a partir do voto do Relator, é de que deve haver a comprovação do esforço comum, com base nas razões expostas a seguir:

Destaque-se que o multicitado princípio da vedação ao enriquecimento ilícito não contribui para o esclarecimento da matéria¹⁸⁵, porquanto, se de um lado evita que um dos pares saia em desvantagem nos casos em que ambos contribuíram para amealhar o patrimônio que foi registrado em nome somente de um deles, por outro lado, presumindo-se o esforço comum, um dos ex-cônjuges pode levar vantagem na distribuição de acervo para o qual não contribuiu, destruindo a essência do mesmo princípio. [...] A presunção do esforço comum aplicada a hipóteses como esta pode levar a resultado iníquo, o que seria mais raro acontecer nos casos em que a mesma presunção incide sobre união duradoura, de várias décadas de convivência, nos quais, segundo o senso comum, a contribuição, ainda que indireta, de ambos os cônjuges para a aquisição do acervo é mais corriqueira. Exatamente acerca desse aspecto, prova ou presunção do esforço comum na aquisição do patrimônio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora já se tenha pacificado acerca do direito a comunhão dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens, decorrente da exegese da Súmula 377 do STF, diverge no tocante à comprovação de esforço para a construção do patrimônio, ou seja, o cônjuge interessado na partilha deve comprovar sua efetiva contribuição, ou a simples comunhão de vida, ainda que de curta duração, implica a presunção do esforço. [...] **Ora, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união.** Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, **o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens.** Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva). Assim, sanando a divergência, deve ser reafirmada a tese de que, **"no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição"**.¹⁸⁶ (grifo nosso)

Ainda, analisando esta Súmula e a imposição do regime de separação de bens, nos deparamos com a seguinte questão: e se a vontade do casal septuagenário, um ou ambos acima dos 70 anos, seja realmente a escolha do regime de separação de bens? Isto é, e se houver o desejo pelo afastamento da Súmula 377?

¹⁸⁵ A matéria é o entendimento se deve haver a meação dos bens adquiridos durante o casamento mediante prova de esforço comum, ou bastaria somente a presunção.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.623.858. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. **Diário de Justiça**. Minas Gerais, 30 maio 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717086&num_registro=201602318844&data=20180530&formato=PDF>. Acesso em: 23 jun. 2019 .p. 15 a 17 e 26.

Os idosos já sofrem a imposição de um regime matrimonial, e caso preferam o regime imposto, o regime de separação de bens, ainda assim devem, mais uma vez, submeterem-se a mais uma imposição, quiçá a da Súmula 377, devendo mealhar os bens adquiridos na constância do casamento, retirando o caráter de incomunicabilidade dos bens?

Tratando desta questão Zeno Veloso levanta essa possibilidade de afastamento da Súmula, explica no seu artigo publicado no jornal O Liberal, de Belém do Pará, um caso envolvendo dois idosos. O noivo era maior de 70 anos e a noiva contando com 61 anos, e já sabendo da previsão da lei quanto ao regime de bens nos enlances septuagenários, desejam por manter o regime de separação de bens, ora imposto, em virtude de suas profissões, mas afastar a Súmula 377, pois em nada seria benéfico¹⁸⁷.

A solução que o autor concede é a realização de um pacto antenupcial expressando o desejo de distanciamento desta Súmula, pois acredita que o enunciado não trata de “matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e que tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente”¹⁸⁸.

No mesmo sentido, o Provimento 8/2016, da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco, dispõe que no caso do artigo 1.641, Inciso II, do Código Civil de 2002, que estabelece o regime de separação obrigatória de bens nos enlances septuagenários, os nubentes deverão ser avisados pelo oficial do registro civil, que poderão afastar a Súmula 377 por meio do pacto antenupcial¹⁸⁹.

O Provimento foi baseado considerado as posições doutrinárias de Zeno Veloso, José Fernando Simão, Mário Luiz Delgado e Flávio Tartuce. A posição de Zeno Veloso permanece a mesma, como supracitado, o afastamento da Súmula sendo através de escritura pública, pelo pacto antenupcial, e por meio da concordância dos nubentes. Desconsidera o enunciado ser de ordem pública, ao contrário, afirma versar sobre matéria de disponibilidade dos direitos¹⁹⁰. Por sua vez, José Fernando Simão ressalta que o afastamento do referido enunciado implica

¹⁸⁷ VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁸⁸ VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁸⁹ PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁹⁰ PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

na separação total de bens, não havendo a comunicabilidade¹⁹¹. Mário Luiz Delgado assevera que o afastamento configura um verdadeiro poder de disposição, podendo os nubentes tratarem dos bens como melhor lhes aprouver, artigo 1.639, do Código Civil vigente¹⁹². E por fim, Flávio Tartuce trata do afastamento que “constitui um correto exercício de autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (artigo 1.653 do Código Civil)”¹⁹³.

Portanto, atualmente, a Súmula 377 do STF encontra-se vigente, sendo utilizada para afastar a imposição da separação absoluta dos bens. Tendo como majoritário, o entendimento de que para haver a meação a Súmula deve ser interpretada considerando devida comprovação do esforço comum do casal na aquisição do bem durante o casamento, sob pena de desfigurar a separação de bens, partindo somente da presunção deste esforço.

3.3 MUTABILIDADE DE REGIME PARA IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS

A alteração do regime de bens não tinha guarida no diploma Civil de 1916, e o motivo era construindo na prudência de lesão ao patrimônio das mulheres. Entendia-se que a mulher por ser considerada desprovida de conhecimentos econômicos, como um ser frágil era suscetível de golpes financeiros¹⁹⁴. E por isso, considerado razoável a proibição da mutabilidade do regime de bens após o casamento.

Esta proibição era constatada no artigo 230 do velho Código, afirmando que depois de escolhido o regime de bens pelos nubentes este se tornaria irrevogável. Explica Pontes de Miranda, que o pacto antenupcial só se tornava irrevogável doravante o momento da celebração do matrimônio¹⁹⁵. Antes da celebração os noivos poderiam modificar qualquer cláusula, revogar em todo ou em parte, assim como convencionar sobre bens antes não mencionados.

¹⁹¹ PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁹² PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁹³ PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.944.

¹⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. v.2. 3ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p.178.

A mutabilidade do regime de bens passou a ser permitida no Código Civil de 2002, sob a forte influência de Orlando Gomes em seu artigo 1.639, parágrafo segundo¹⁹⁶. A mutabilidade do regime consiste tanto em poder trocar de regime por outro, quando alterar algumas questões dentro do próprio regime escolhido antes do casamento¹⁹⁷.

Para haver a alteração é necessária que haja o pedido contíguo dos nubentes, a apresentação dos motivos ensejadores da mudança, prova de que as razões apresentadas ao juiz são verdadeiras, observação dos direitos de terceiros e por fim, a autorização judicial¹⁹⁸. Estes requisitos são meios para evitar a fraude contra credores, e também para evitar o benefício de um dos cônjuges em detrimento do outro.

A regra é que todos os casais podem alterar o regime de bens após o casamento, quantas vezes assim desejarem, desde que haja a autorização judicial e cumpram os requisitos citados acima. No entanto, quanto aos casamentos em que há a separação obrigatória, o Código Civil restou silente.

Perante a dúvida da existência da possibilidade de alteração, o entendimento jurisprudencial e doutrinário se alinhou e decidiu que nos casamentos que necessite de suprimento judicial (inciso III, do artigo 1.641 do referido Código Civil) ou possua causas suspensivas (inciso I, do mesmo artigo citado) pode haver a alteração, desde que não haja mais as causas que davam guarida a imposição do regime¹⁹⁹. Este entendimento foi matéria do Enunciado 262 Conselho de Justiça Federal/STJ²⁰⁰.

Já quanto ao casamento dos maiores de 70 anos (inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002), Erica Canuto compreende que não há o desaparecimento das causas impeditivas, pela idade ser fator permanente e progressivo, sem a possibilidade de regredir.

¹⁹⁶ CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Privado e Econômico, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15708>>. Acesso em: 24 abr. 2019. p.52. Ver também GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior. p. 174.

¹⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.P.552

¹⁹⁸ CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Privado e Econômico, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15708>>. Acesso em: 24 abr. 2019. p.52.

¹⁹⁹ WESENDONCK, Tula. Questões controvertidas a respeito da mutabilidade de regime de bens. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3341, 24 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22479>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

²⁰⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CNJ. **Enunciado 262**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em 23 jun. 2019. “A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incisos. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs.”.

Não existe a possibilidade dos cônjuges modificarem o regime²⁰¹. A jurisprudência concorda com base na seguinte premissa: se os cônjuges não podem escolher o regime de bens, não poderiam alterá-lo, pois constituiria como forma de burlar a exigência dada pelo legislador²⁰².

Todavia, segundo Maria Berenice Dias, por mais que seja usual a negativa da alteração de regimes em virtude da idade, vem sendo reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, e, portanto, se o temor reside na indução do idoso a erro, cabe ao magistrado na motivação da alteração do regime resolver no caso concreto²⁰³.

Diante da interpretação extensiva que os julgadores veem utilizando para impor óbices à alteração de regime em virtude da idade, Tula Wesendonck, nos comentários da Apelação Civil nº 70070107396 apresenta e se posiciona a favor da posição do Desembargador Rui Portanova. O magistrado entende ser descabida a extensão interpretativa que impõe a vedação aos nubentes maiores de 70 anos de eleger o regime de bens, alcançar a mudança do regime matrimonial²⁰⁴. Tendo em vista que a proibição da eleição de regimes é realizada apreciando a idade do cônjuge no momento da realização do pacto antenupcial. Caso os nubentes tenham casado antes de atingir os 70 anos, e posteriormente decidem alterar o regime de bens, mas neste momento já possuírem 70 anos, não há que se falar em impedimentos. Uma vez que o legislador não impôs faixa etária como requisito para a mutabilidade do regime, e tão somente, determinou o patamar etário para a escolha do regime.

²⁰¹ CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Privado e Econômico, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15708>>. Acesso em: 24 abr. 2019. p.72.

²⁰² WESENDONCK, Tula. Alteração do regime de bens para os cônjuges com mais de 70 anos de idade. Comentários ao acórdão no recurso de apelação 70070107396 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito Civil contemporâneo**, v.10, p413-426, 2017. Disponível em:

<<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/272>>. Acesso em: 23 jun.2019. .p.2.

Posicionamento do Desembargador Luis Felipe Brasil Santos na Apelação Civil nº 70040404667, em 2006.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.553.

²⁰⁴ WESENDONCK, Tula. Alteração do regime de bens para os cônjuges com mais de 70 anos de idade.

Comentários ao acórdão no recurso de apelação 70070107396 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Revista de Direito Civil contemporâneo, v.10, p413-426, 2017. Disponível em:

<<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/272>>. Acesso em: 23 jun.2019. p. 9 e 10.

4 O IDOSO, O ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, E A AUTONOMIA PRIVADA

Chegada à linha final, neste capítulo traremos a análise conjunta do instituto da autonomia privada, do casamento septuagenário e do idoso, faremos o exame crítico a fim de esclarecermos se há lugar para a autonomia privada dentro dos enlaces septuagenários quanto à eleição do regime de bens.

É a hora derradeira de trazer atenção aos idosos, que tanto lutam pelos seus direitos, para não serem esquecidos como produtos descartáveis, porque muitas vezes não possuem mais as qualidades, habilidades que antes detinham em função do seu maior vigor e disposição. Ou até mesmo serem esquecidos, diminuídos, diferenciados simplesmente pela sua idade. Nenhum ser humano é fixo, o ser humano é extremamente metamórfico, a idade tão somente é uma questão de atitudes e de percepção de si mesmo²⁰⁵.

A terceira idade luta para não ser mais vista como a idade da decadência e da inutilidade, trocar a nomenclatura não diminui a discriminação. A sociedade esqueceu que a vida segue um padrão, começamos na fase infantil, perpassamos pela fase juvenil e adulta, até alcançarmos o último estágio, a velhice.

Seremos idosos! Não somente o outro que será. E conquistar direitos iguais quando não se há nenhuma diferença é premissa aristotélica da igualdade, a idade apenas por ser elevada não representa critério diferenciador. Simone de Beauvoir afirma que

o problema negro, é um problema dos brancos; o da mulher, um problema masculino: entretanto, ela luta para conquistar a igualdade e, os negros se batem contra a opressão. Os velhos não têm arma nenhuma, e seu problema é estritamente um problema de adultos ativos. Estes decidem de acordo com seu próprio interesse, prático e ideológico, sobre o papel que convém conferir aos anciãos²⁰⁶.

Portanto, o exame deste trabalho assume relevância, pois o idoso possui destaque, permanece sujeito de direitos, por mais que tenha ao longo da história da humanidade perpassado por diversas formas de esquecimento. Diferenciar o instituto do casamento pela idade carece atenção. Retirar a autonomia privada deste grupo sem justificativas plausíveis é minimizar um ser humano que superou todas as fases da vida, culminando na sua velhice.

²⁰⁵ PESSINI, Léo. Envelhecimento e dignidade humana: ame o(a) idoso(a) que você é ou está nascendo em você!. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Org.). **Envelhecimento humano: desafios e perspectivas**. Passo Fundo: UPF: Grupo de Pesquisa Vivencer/CNPQ, 2004. p. 311-324. p.312.

²⁰⁶ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.110.

Envelhecer não deveria ser punição e sim um prêmio por ter galgado todas as etapas pretéritas.

4.1 O IDOSO

Entender quem é o idoso no século XXI é entender a importância deste trabalho, é compreender que se na análise final desta pesquisa for positiva a indagação acerca da limitação da autonomia privada nos casamentos septuagenários nos encontramos num verdadeiro dissídio com a Carta Magna e por derradeiro todos nós discriminamos a pessoa em detrimento da sua idade. Pois como bem explica Simone de Beauvoir a legislação inflige aos idosos seu regulamento, todavia a sociedade ativa se faz companheira dela²⁰⁷.

A palavra “velho” *per si* já carrega consigo uma ideia pejorativa, de algo inútil, descartável, sem valia. E por isso nos utilizamos dos sinônimos mais variados para atenuarmos a realidade, para diminuir a estigmatização do velho. Utilizamos-nos de expressões como “terceira idade”, “melhor idade”, “ancião”, “idoso”, mas tudo isso são redundâncias para a palavra “velho”²⁰⁸. Ser chamado de “velho” não deveria soar como pejorativo ou degradante para a pessoa, da mesma maneira que ser chamado de “novo” não deveria ser elogio. Além disso, utilizar outra designação para a pessoa que está velha não muda em nada o olhar depreciativo que é lançado a este grupo, não é o “eufemismo” que fará desaparecer as atitudes desagradáveis perante a velhice. Já que a sociedade aprecia a jovialidade, a aparência física nova e sem mostrar os aspectos do tempo é sinônimo de beleza²⁰⁹.

Contudo, o que é ser idoso? Como se conceitua esta determinada fase da vida? Pérola Braga leciona que o conceito de idoso pode seguir três vertentes, a cronológica, a psicobiológica e a econômico-social²¹⁰. O critério cronológico baseia-se somente na idade da pessoa, atingiu determinada faixa etária, logo é idoso. E foi desse critério que a Política Nacional do Idoso²¹¹ e o Estatuto do Idoso²¹² se valeram para definir que a terceira idade

²⁰⁷ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.265.

²⁰⁸ MORANDINI, Jaqueline. A velhice: uma abordagem social e jurídica. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Org.). **Envelhecimento humano: desafios e perspectivas**. Passo Fundo: UPF: Grupo de Pesquisa Vivencer/CNPQ, 2004. p. 288-310. p.290.

²⁰⁹ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.1.

²¹⁰ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.3.

²¹¹ BRASIL. **Lei Federal nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Artigo 2º “considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.”.

²¹² BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Artigo 1º “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”.

inicia a partir dos 60 anos de idade. Este conceito etário é derivado da decisão da Organização das Nações Unidas (ONU), que em 1982 decidiu que a faixa etária para ser considerado idoso partiria dos 60 anos, em países em desenvolvimento, o caso do Brasil²¹³.

As deficiências desse critério residem na percepção de que todos são iguais, todos são idosos a partir dos 60 anos. No entanto, as pessoas possuem suas particularidades que não as colocam no mesmo patamar, as condições que são atribuídas aos idosos, como doenças, perda de memória, perda do viço do tecido epitelial também podem ser conferidas aos sujeitos com menor idade. Assim como, com o aumento da expectativa de vida, as condições físicas e psicológicas dos centenários são diferentes dos sexagenários, esta larga faixa “a partir dos 60 anos” abarca as mais diversas características e situações, haverá pessoas mais dispostas com 80 anos e pessoas debilitadas gravemente aos 61 anos²¹⁴. Existirão as pessoas que se sentir-se-ão anciões aos 40 anos e as pessoas que aos 80 se sentir-se-ão jovens²¹⁵.

No critério psicobiológico, é considerado o corpo *lato sensu* do sujeito, é analisada a funcionalidade física, as condições do seu organismo, e como se encontra o estado psíquico. Em nenhum momento é considerada a idade da pessoa. Todavia, nesta vertente a subjetividade é o maior obstáculo encontrado. Como aferir se alguém é idoso ou não, quais parâmetros devem ser considerados? Dar primazia ao físico que funciona perfeitamente em relação à mente que já possui suas debilidades, ou ao contrário, dar preferência à mente que funciona em plenas condições, mas tendo um físico extremamente debilitado? Justamente por possuir todas essas nuances é um critério de difícil aplicação²¹⁶.

Pelo critério econômico-social, deve-se levar em conta a renda recebida, considerar seu patamar social e econômico, dando sempre preferência aos hipossuficientes. O Estatuto do Idoso se utiliza deste critério ao estabelecer que aos idosos carentes será dada preferência nos asilos públicos, artigo 3º, inciso V²¹⁷. Contudo, utilizando somente o critério econômico-social não é possível definir o idoso, pois a renda não é destinada somente a esse grupo, conjuntamente teria que utilizar-se de outros parâmetros para conferir mais objetividade.

Conceituar a velhice é tarefa extremamente complicada. Há diferenças nas classes sociais, há diferenças entre as zonas urbanas e rurais, existe diferença nas profissões, e tudo isto gera um desgaste maior ou menor no ser humano. Imaginemos uma pessoa com poucos

²¹³ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.60.

²¹⁴ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.4.

²¹⁵ MORANDINI, Jaqueline. A velhice: uma abordagem social e jurídica. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Org.). **Envelhecimento humano: desafios e perspectivas**. Passo Fundo: UPF: Grupo de Pesquisa Vivencer/CNPQ, 2004. p. 288-310. p.292.

²¹⁶ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.4.

²¹⁷ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.5.

recursos financeiros, durante toda sua vida cortador de cana em fazendas com diversos hectares, aos 40 anos doente e incapacitado de andar sem ajuda de muletas, em função do grande esforço que demanda a sua profissão; e agora consideramos uma pessoa, aos 65 anos, considerado detentor de fortunas, empresário que sempre trabalhou em escritório climatizado, e não possuidor de nenhuma mazela incapacitante. Quem é o idoso? Pelo Estatuto do Idoso o empresário é idoso e carecedor de atenção e benefícios, já o cortador de cana, mesmo com todas as suas debilidades é considerado adulto.

Mas nos afastando das conceituações doutrinárias e jurídicas, temos a conceituação da sociedade, nos orientando pela ocidental, vislumbra a velhice como a decadência, o envelhecimento como desgraça, sinônimo de doença e pessoas ranzinzas. O *status* do idoso é reduzido ao ponto das pessoas se chocarem por eles mostrarem aspirações, anseios, emoções parecidas com os dos jovens; nos idosos a paixão, o amor, os ciúmes, são achincalhados, a sexualidade abominável, e a violência sem relevância²¹⁸.

Ser velho nos diferentes momentos da história representou diferentes tratamentos. Na Grécia Antiga, a velhice era tida como honra, os anciãos participavam nas decisões do rei como poder consultivo, era associada à sabedoria. Ser velho era uma qualificação. Em Esparta e Atenas continuou como qualidade, aos idosos era conferido poder²¹⁹.

Já na Roma Antiga a relação entre o velho e a sociedade era baseada na estabilidade da sociedade, com as instituições estáveis, a propriedade privada era garantida, e quem as possuía eram o mais velhos. Não havia a necessidade de ser jovem para ter posses, conquistas econômicas. O prestígio dos idosos era tanto dentro do Senado, quanto dentro da família, como *paterfamilias*, pois possuíam poderes quase sem limites²²⁰. Os idosos eram respeitados, detinham poder.

Com o fim do mundo antigo, há o nascimento da Idade Média, e se destaca a oposição de tratamento dado na Roma Antiga, uma vez que as instituições se desestabilizaram, a guerra era necessária, as armas regiam a sociedade e para isso era imperiosa a presença jovem. E por consequência, os velhos foram retirados da vida pública. Não havia quase espaço para eles. Mesmo na sociedade feudal era necessário o senhor do feudo proteger suas terras, e aos

²¹⁸ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.10.

²¹⁹ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.122- 126.

²²⁰ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.142.

idosos esta atividade não era possível²²¹. Em todas as classes da sociedade o velho representava fraqueza, e aos jovens era dada a missão da força física²²².

No Renascimento a situação não mudou, havia o culto ao belo e ao novo, e os velhos eram ridicularizados, desprezados. Na era Iluminista houve a melhora das tecnologias, as condições tornaram-se melhores, no entanto, eram devidas somente à parte rica da sociedade. Os anciãos pobres continuaram na miséria e na decadência.

Destarte, em todos esses momentos da história não havia o conhecimento do idoso, do velho propriamente dito, algumas pessoas conseguiam envelhecer, o que existiam eram pessoas de mais idade. Mas a falta de tecnologia, saneamento, evolução na área da saúde não permitiam um envelhecimento da população.

Só foi possível conhecer a real velhice e reconhecer com uma das fases da vida na Revolução Industrial. Com a inserção do modelo capitalista eram necessários homens e mulheres saudáveis e fortes para poderem produzir e reproduzir riqueza. E por isso houve a preocupação em pesquisar e conhecer o homem, *lato sensu*, em suas fases da vida, era necessário arquitetar o homem ideal para tal tarefa²²³.

A partir deste contexto, o Estado Capitalista depreendeu esforços para melhorar as condições sanitárias e biológicas, isso porque percebeu que mais produtivo que ter a matéria-prima, é ter pessoas que a transformassem. Consequentemente, a medicina ganhou seu espaço. O ocidente que antes desconhecia o velho abriu espaço para ele florescer²²⁴.

Como o saber médico era utilizado para a produção e reprodução de capital, ele foi direcionado para conhecer as etapas da vida, para saber em qual período o homem era mais útil para este perfil. E a partir deste foco o idoso foi considerado inútil, a fase da decadência, sem valor para sociedade. Ao invés de ser compreendido como uma questão social importante, foi entendido como merecedor de piedade e caridade²²⁵. Já que busca é pelo lucro,

²²¹ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.157.

²²² BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.62.

²²³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.188.

²²⁴ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.188.

²²⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.188.

o ser humano só se mostra interessante no instante que produz, após é sem-valia, excluído deste sistema²²⁶.

A evolução da medicina no conhecimento do ser humano implicou em duas questões essenciais, primeira, o conhecimento das fases da vida, com o conseqüente aprofundamento do saber sobre idoso, ora desconhecido como fator social. E a outra questão, o crescimento do número de idosos. Por meio da estruturação do saneamento básico e os avanços na medicina, com a criação de vacinas para doenças que reduziam a população, a expectativa de vida aumentou. Os idosos, nos países desenvolvidos, se proliferaram e se tornaram pauta para os legisladores²²⁷.

No Brasil, um país, para muitos, subdesenvolvido, a velhice é um assunto recente, assim como para outros países subdesenvolvidos. O envelhecimento brasileiro se deu mais baseado no avanço médico, com a redução da taxa de natalidade, por meio de pílulas anticoncepcionais, bem como, na redução de doenças que causavam alto índice de mortalidade através das vacinas²²⁸. Do que abalizado no planejamento consciente, numa preparação para receber estas pessoas que estavam envelhecendo e que antes não conseguiam por falta de estrutura clínica²²⁹. Não houve políticas sanitárias adequadas visando o envelhecimento saudável e responsável.

Encontramos, atualmente, mesmo com a evolução da legislação para proteger e amparar o idoso, um sujeito que tem constantemente sua dignidade e sua liberdade diminuída, o que traz para si este sentimento de não pertença na sociedade, na vida social. Não é somente o olhar do outro com desprezo a esta faixa etária, os idosos, também, olham para si com este entendimento de decadência.

A Carta Magna conjuntamente com o Estatuto do Idoso, ainda, não conseguiram efetivar a ideia do idoso como ser social, capaz e partícipe das decisões da sociedade em que está inserido. Um exemplo, é que ao mesmo tempo o legislador expande a possibilidade da pessoa maior de setenta anos não votar, não exercer seu direito de cidadania e democracia, ele abre a possibilidade de afastamento deste sujeito das decisões que ele mesmo será submetido.

²²⁶ BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. p.13.

²²⁷ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.189.

²²⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.189.

²²⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p.189.

Por derradeiro, evoluímos na questão do envelhecimento, mas numa larga escala em conhecer quem é a pessoa velha que habita dentro de todos nós, e um dia florescerá, como também em permitir este envelhecimento. Não obstante não desenvolvemos a conscientização sobre o idoso, não nos desligamos da ideia Capitalista, reforçamos dia após dia a ilusão de que a velhice, o “a partir dos sessenta anos”, é a qualidade degradante do ser humano, é o “processo contínuo de deficiências e perdas”²³⁰.

4.2 CONCATENAÇÃO DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, DA AUTONOMIA PRIVADA E DO IDOSO

A análise desta seção representa o objetivo desta pesquisa, alinhar a compreensão dos institutos ora estudados, a autonomia privada, o casamento septuagenário e o idoso, que até agora foram tratados de maneira apartada. Com o escopo de discernir se ocorre a limitação da autonomia privada dos idosos maiores de 70 anos quanto à escolha do regime de bens que regerá o matrimônio e o seu desenlace. Então, retomaremos alguns pontos importantes destacados ao longo da pesquisa.

Por autonomia privada, a presente pesquisa apresentou como a liberdade dos indivíduos dentro da seara particular, dentro da ordem privada, respeitando os limites das normas jurídicas, os princípios constitucionais e os bons costumes, de se autorregular em nos assuntos de seu interesse, criando normas jurídicas. A presença da autonomia privada muito era dada, exclusivamente nos contratos, nos negócios jurídicos, uma vez que era conferida aos sujeitos a prerrogativa de decidirem acerca das questões econômicas como bem entendessem. Era ligado ao campo obrigacional, do Direito das Obrigações.

Dentro do campo familiar, sua presença era dada no pacto antenupcial, mas tão somente nas questões patrimoniais. Prevalecia o entendimento de que o pacto antenupcial como era instrumento do regime de bens, logo deveria reger bens e não interesses. A intervenção do Estado por meio de normas cogentes era clarividente, no Código Civil de 1916. Dentro da seara do casamento atuava regulando a formação familiar, bem como, o parceiro a ser escolhido, tendo como regra que homens somente casariam com mulheres, impedindo as dissoluções matrimoniais e as alterações de regime de bens.

A autonomia privada evoluiu, passou, também, a tratar das questões existenciais. Não mais se vinculando somente ao Direito Obrigacional. Dentro do Direito de Família encontrou

²³⁰ RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.33.

relevo. Atualmente, a autonomia privada é compreendida como realização da dignidade da pessoa humana, princípio de suma importância da Carta Magna de 1988. A proteção da pessoa foi priorizada dentro do plano familiar, a intervenção estatal afrouxou suas amarras e permitiu aos integrantes do núcleo familiar se autorregularem para satisfazerem suas vontades, e conjuntamente realizarem os desejos e anseios da família, isto é, a família eudemonista.

Atinente ao pacto antenupcial, a doutrina acolheu o entendimento de que o Código Civil de 2002, no artigo 1.639, caput, concedeu aos consortes a autonomia privada, retirou do Estado a decisão acerca do regime de bens. Assimilando que quem melhor deve conhecer as vontades e necessidades é o próprio casal, e por isso, eles devem escolher o regime matrimonial. Somente quando nada for pactuado, o Estado regulará, impondo o regime de comunhão parcial de bens, entretanto, ainda prevalecerá a autonomia dos nubentes, podendo eles, após o casamento alterar regime de bens, mesmo que tenha sido estabelecido pelo legislador.

Além disso, a doutrina, também, acolheu, mesmo que minoritariamente, que no pacto antenupcial o casal poderá dispor tanto de questões patrimoniais quanto extrapatrimoniais. Eles têm o direito de exercer sua plena autonomia privada estabelecendo, dentro dos limites, os assuntos que considerarem convenientes dentro do casamento. Na medida em que, o casamento é a união tanto das questões patrimoniais como pessoais, é o estabelecimento da comunhão plena de vida.

Quanto ao casamento, nos detivemos ao casamento septuagenário, mais especificamente no regime de bens imposto a este grupo. A regulação do regime a ser adotado no casamento das pessoas maiores de 70 anos é dada na redação do caput do artigo 1.641, conjuntamente com o inciso segundo, do novel Código, “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] da pessoa maior de 70 anos”²³¹.

Ainda, dentro do casamento septuagenário abordamos a presença da Súmula 377 do STF, permitindo nos casamentos com a separação legal de bens a comunicação dos aquestos adquiridos durante o casamento. Bem como a possibilidade de afastá-la por meio do pacto antenupcial. Desviando do artigo 1.641, inciso II, mas sem fugir da temática do casamento septuagenário, tratamos do artigo 1.639, §2º, do Código Civil de 2002, dispõe sobre a mutabilidade do regime matrimonial. Permite aos nubentes a troca de regime, ou até mesmo mudanças dentro do próprio regime eleito antes do casamento. Verificamos que esta

²³¹ BRASIL. Código Civil, de 2002.

modalidade, na jurisprudência e na doutrina, majoritariamente, é considerada inaplicada nos casamentos septuagenários.

Pelo exposto, utilizando a definição de autonomia privada e a imposição do regime de bens aos idosos maiores de 70 anos, conferida pelo inciso II do artigo 1.641, do Código Civil vigente, compreendemos tratar da limitação da autonomia privada, pelos seguintes motivos: o primeiro motivo é a regra que define que todos são livres, com base no artigo 1.639, caput, do novel Código, para estipular o regime de bens que melhor lhes aprouver, respeitando os limites da lei. Se existe a regra de que todos podem, e há exceção ao idoso desta liberdade de autodeterminar, de autorregular seu regime de bens, por meio do pacto antenupcial, consideramos como restrição da autonomia privada. Também, coadunam com este entendimento, doutrinadores como Maria Dias Berenice²³², Rolf Madaleno²³³, Pablo Stolze Gagliano²³⁴, Rodolfo Pamplona Filho²³⁵, Caio Mário da Silva Pereira²³⁶.

O argumento seguinte é depreendido de que a imposição de um regime que não permite a comunicabilidade dos bens, nem antes, nem posterior ao casamento, cada cônjuge tratando privativamente dos seus bens²³⁷, qual seja o regime de separação legal. Impõe aos idosos o desaparecimento das questões econômicas no pacto antenupcial. E isto, representa, novamente, a limitação da autonomia privada, tendo em vista que o casamento é a representação da união dos planos econômicos e pessoais do casal. “A comunhão plena de vida”²³⁸ esposada no Código Civil representa tudo que é ligado aos nubentes, salvo caso desejarem afastar as questões patrimoniais pela separação de bens convencional. No entanto, no caso em tela, o legislador impõe esta separação, afastando a questão econômica, sem dar oportunidade dos septuagenários expressarem se esta é a vontade deles.

O pacto antenupcial assume um relevante papel nesta seara do casamento septuagenário, pois se consideramos que existe a restrição da autonomia privada, logo devemos direcionar nossa atenção ao pacto antenupcial, ele é a expressão da autonomia privada. Tendo em vista que, é instrumento da eleição do regime de bens, confere, aos

²³² DIAS, Maria Berenice. **Novo curso de Direito Civil**: direito de família, v.6. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.546.

²³³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 116.

²³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Novo curso de Direito Civil**: direito de família, v.6. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.365.

²³⁵ Dias, Maria Berenice. **Novo curso de Direito Civil**: direito de família, v.6. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p.365.

²³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família, v.5. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. rev., atual. e ampl. Por Tânia da Silva Pereira. p. 193.

²³⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p.1239.

²³⁸ BRASIL. **Código Civil, de 2002**. Artigo 1.511. “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”.

nubentes a liberdade de disposição dos assuntos patrimoniais, assim como dos assuntos extrapatrimoniais. Não há menção de que não se possa ter um pacto antenupcial acerca das questões extrapatrimoniais nos casamentos com noivos acima dos 70 anos, como quem arrumará a casa, ou se dormirão em moradias distintas. O problema está, também, em torno da imposição da incomunicabilidade de bens, e por conseguinte, o afastamento da esfera econômico no âmbito matrimonial, sem a anuência dos nubentes.

Mesmo com a existência da Súmula 377 do STF, não há que se falar na aproximação das questões patrimoniais, pois como já abordado, existe o entendimento tanto doutrinário, quanto jurisprudencial de que o enunciado já foi superado, em função da revogação do artigo 259 do Código Beviláqua. Não apresenta segurança ao casal, de que haverá a aplicação desta Súmula. Não são todos Tribunais de Justiça que aderem à aplicação da referida Súmula. Em uma pesquisa realizada em todos os Tribunais de Justiça Estaduais juntamente com o Tribunal do Distrito Federal apresentou que, 27% dos Tribunais aplicam somente o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, e 69% aplicam o referido artigo conjuntamente com a Súmula 377²³⁹, retratando a insegurança jurídica e a impossibilidade de tratar a Súmula 377 como solução para a incomunicabilidade dos bens.

Além disso, mirando outra perspectiva, também já abordada, caso haja o desejo dos nubentes em afastar tal Súmula, deveria ser já de entendimento consolidado esta possibilidade, pois reiteradamente é retirada destes idosos a autonomia privada, é excluída dos idosos a liberdade para definir sobre o destino patrimonial durante e após o enlace. Não permitir ao idoso o afastamento da Súmula supracitada, é reiteradamente excluir do idoso o direito de escolha, de determinar os assuntos pertinentes a sua vida privada. É excluir da seara do idoso, o que é dado a todos pelo Código Civil, no artigo 1513 “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”²⁴⁰.

Tangenciando a escolha do regime de bens, temos a mutabilidade do regime. Não conferir somente ao casamento septuagenário, de nenhuma maneira, considerando o casamento que não foi precedido de união estável, a possibilidade de alteração do regime, ou de modificações pontuais no regime já existente, fere a liberdade de escolha, sem ter nenhuma disposição em lei. A jurisprudência e a doutrina motivam tal vedação com base numa interpretação extensiva, devido à norma jurídica que impõe o regime aos septuagenários. Disto decorre a conclusão de que, quem não tem possibilidade de escolha, também não deve ter a faculdade de alterar. O Enunciado 262 do Conselho da Justiça Federal, aceita somente a

²³⁹ POMJÉ, Caroline. **Autonomia no envelhecer**: a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CCB/2002. p.12.

²⁴⁰ BRASIL. **Código Civil, de 2002.**

mutabilidade do regime nos casos dos incisos I e III, do artigo 1.641 do Código Civil, afastando por completo a possibilidade aos idosos.

O terceiro argumento repousa na justificativa de tal limitação. A imposição dada pelo legislador e pela doutrina reside em três justificativas que se conectam. Temos a justificativa do legislador que reside no receio do idoso ingressar em relacionamento fugaz e ambicioso. Consequentemente gera a ideia do ancião como uma pessoa vulnerável, incapaz, considerando apenas como requisito para estes estigmas o patamar etário. E adicionando as ideias anteriores, tem a preocupação com a herança dos herdeiros, se não houvesse a exigência da separação de bens, o velho, considerado vulnerável, adentraria num relacionamento baseado no interesse econômico, suscetível ao popular “golpe do baú”, e por derradeiro, seus herdeiros se encontrariam prejudicados.

Ao acharmos estas justificativas na doutrina e também dadas pelos legisladores, consideramos importante salientar a trajetória histórica do idoso, pois somente assim para entendermos os motivos do legislador encontrar na faixa etária, 70 anos, motivos para ponderar o idoso como vulnerável, incapaz. A linha histórica do idoso apresentada, no item 4.1, evidenciou que o estigma do idoso como alguém inútil, atingido por mazelas, e em estado de franca decadência é encontrado justamente na era industrial, na era com maior ascensão de idosos. No Século que viu sua sociedade envelhecer, que teve que se preocupar com a situação do velho.

Entretanto, o idoso que antes era conhecido como ser frágil, e muitas vezes infantilizado pelas pessoas, como se na terceira idade, houvesse a regressão do idoso à sua fase infantil, transformou-se. No século XXI não podemos questionar a posição dos idosos na sociedade, estão tomando frente das situações, enxergando em si mesmas, a condição de sujeitos de direitos, não se percebendo com olhos de filantropia e piedade²⁴¹. São pessoas que antes eram retiradas do mercado de trabalho pelo entendimento de que não acompanhavam as mudanças, mas hoje são cada vez mais reinseridas neste mercado. Ser velho é só uma visão da sociedade²⁴².

A idade avançada não deve representar marco para limitação da autonomia privada. Pérola Braga afirma que a velhice não deveria representar perda de direitos, pelo contrário, é ao atingir os 60 anos que recebe outros direitos específicos que garantem sua igualdade dentro

²⁴¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW >. Acesso em: 10 jun. 2019. p. 189.

²⁴² BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.

da sociedade²⁴³. A idade avançada não representa obsolescência programada, atingir 70 anos, não representa *per si* a perda da capacidade de autorregulação, de gerenciamento patrimonial, ou decadência física. Como exemplo, na Itália os gerontologistas indicaram a mudança da faixa etária para ser considerado idoso. Atualizaram a idade mínima, passando a considerar a pessoa como idosa somente a partir dos 75 anos²⁴⁴. Por isso, a idade não representa por si só a perda cognitiva, física. A idade é um marco temporal.

Ainda considerando a idade como mero requisito para retirar direitos, é desarrazoável considerarmos que os septuagenários não devam ter a liberdade de escolher o regime de bens por serem considerados vulneráveis. E, no entanto, existir a “PEC da Bengala”²⁴⁵, que determina a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União aos 75 anos.

Ou até mesmo, considerar que o último ex- presidente da República, Michel Temer, a contar com 75 anos²⁴⁶ no momento da posse, ser o representante de uma nação, responsável pelo Poder Executivo, verdadeiro Chefe de Estado e de Governo²⁴⁷. E, contudo, na sua vida privada, não poder decidir qual o regime de bens, caso quisesse casar novamente.

Pelo exposto, incabível considerar 70 anos, ou até mais, como requisito para restringir a autonomia privada, quando o próprio legislador autoriza idades superiores aos 70 anos, para condução dos cargos de Ministro e Presidente da República, que demandam decisões que influenciam a vida das pessoas, cargos relevantíssimos na sociedade. Decidem os destinos da nação, mas dentro da esfera matrimonial não podem eleger seu regime de bens e escolher como determinar suas questões patrimoniais.

²⁴³ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011. p.58. Assevera que “o envelhecimento não determina a entrada em uma subclasse de sujeitos de direito, ao contrário, o idoso preserva os mesmo direitos que sempre exerceu e ainda adquire (aos 60 anos) outros específicos que lhe servem de suporte e estímulo à manutenção dos direitos que sempre lhe pertenceram e que tendem (ilegalmente) a ser desrespeitados quando a idade cronológica avança”.

²⁴⁴ G1. **Itália muda conceito de idoso para 75 anos**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/12/04/italia-muda-conceito-de-idoso-para-75-anos.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019. “O representante da Sociedade Italiana de Geriatria Roberto Bernabei diz que uma pessoa de 70 anos hoje, faz aquilo que fazia quando tinha 50, só que com mais experiência e capacidade intelectual. A incapacidade, que é a verdadeira marca do envelhecimento, é muito baixa. Para retardar isso é preciso tomar iniciativas que produzam riqueza, cultura e vida social. Bernabei diz que o pai dele fundou uma produtora de cinema com 70 anos e obteve muito sucesso.”

²⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Aprovada em 1º turno aposentadoria compulsória aos 75 para ministros do STF**. <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/482793-APROVADA-EM-1-TURNO-APOSENTADORIA-COMPULSORIA-AOS-75-PARA-MINISTROS-DO-STF.html> > Acesso em: 24 jun. 2019. Projeto de Emenda Constitucional 457/2005 que permitiu o aumento da idade para a aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União. Proposta aprovada com 317 votos favoráveis, 131 contrários e 10 abstenções.

²⁴⁶ BRASIL. Governo do Brasil. **Biografia do vice- presidente. 2011**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/01/biografia-do-vice-presidente>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.490.

Numa última análise, a Lei 13.146/2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, muda o entendimento sobre a incapacidade, considerada, agora, excepcional. Dispõe sobre a capacidade jurídica, e determina no §1º, do artigo 85, da referida Lei, que a capacidade se faz presente no direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, a privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto²⁴⁸. Portanto, se há a determinação da existência de capacidade para o matrimônio e o silêncio quanto ao regime de bens, qual a razão de haver no casamento dos idosos septuagenários?

4.2.1 Da análise da autonomia privada no casamento septuagenário e as implicações na população idosa brasileira, considerando a mudança de paradigma do idoso, a expectativa de vida, o crescimento da população idosa e as suas projeções

Finalizando esta pesquisa, o objetivo neste subtópico é traçar as implicações da limitação da autonomia privada, analisada no tópico anterior. Traçaremos um panorama para reconhecer que a restrição da autonomia privada implicará em problemas futuros, caso o legislador não se atente a este quadro. A delimitação da autonomia privada dos idosos quanto à escolha do regime matrimonial é uma questão que deve ser amplamente debatida, trazida nas discussões jurídicas, nos debates acadêmicos, uma vez que a população de idosos a cada ano aumenta.

Atualmente, a população brasileira soma cerca de 210 milhões de habitantes²⁴⁹. Cerca de 30 milhões²⁵⁰ são somente de idosos²⁵¹. Aproximando da idade que há a limitação da autonomia privada, os idosos com 65 anos, correspondem a 9,5% dos brasileiros²⁵². O crescimento é acelerado, analisando exclusivamente os anos de 2012 a 2017, o crescimento foi de 18% deste grupo etário²⁵³. O quadro que é revelado no decorrer dos anos, representa o

²⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 118.

²⁴⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 24 jun. 2019. O dado corresponde ao ano de 2018.

²⁵⁰ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵¹ Considerando as pessoas acima dos 60 anos.

²⁵² G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE**. 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵³ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

aumento da população idosa, e não somente isso, mostra que a expectativa de vida aumenta cerca de 3 meses e 11 dias a cada ano²⁵⁴. Atualmente, a expectativa média dos brasileiros já ultrapassa os 76 anos²⁵⁵, sendo que em 1940 a média era de 45,5 anos²⁵⁶, a gerente da PNDA Contínua, Maria Lúcia Vieira relata que este aumento é devido a dois fatores, o aumento da qualidade da saúde, evitando que o índice de mortalidade aumente e a diminuição das taxas de fecundidade²⁵⁷.

As projeções apontam que teremos a sexta maior população de idosos em 6 anos²⁵⁸, ainda, revelam que no ano de 2060, a cada 4 brasileiros, 1 será um idoso maior de 65 anos²⁵⁹. Isto representa que, em 2060 a perspectiva de velhos será superior aos 25,5% da população²⁶⁰.

Caso o legislador não repense a modificação do inciso II do artigo 1.641, da Carta Civil de 2002, limitará a liberdade de um quarto da população numa projeção de 40 anos. Seremos cada vez mais velhos, e isso importa numa ambiguidade literal, a expectativa de vida aumenta a cada ano, e a cada ano mais pessoas ingressam na terceira idade e nela permanecem por muitos anos.

Cerca de um quarto da população brasileira sofrerá esta limitação pelo estigma de que o velho é vulnerável, sem haver qualquer tipo de doença incapacitante. A mudança de paradigma do idoso serve justamente para contornar esta visão, pois a cada período se entende que compreender a terceira idade, é compreender a si mesmo, todos seremos velhos, considerando o desenvolvimento natural do ser humano. E este grupo merece atenção. Se hoje há pesquisas, como a nossa, são motivadas na relevância que a terceira idade está tomando.

²⁵⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Em 2017, a expectativa de vida era de 76 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵⁵ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Em 2017, a expectativa de vida era de 76 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>>. Acesso em: 24 jun. 2019. A expectativa de vida apresentada em 2018, mas apurada no ano de 2017, apresenta que a expectativa de vida dos homens é de 72,5 anos, enquanto das mulheres 79,6 anos. Representando uma média de 76 anos.

²⁵⁶ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Em 2016, a expectativa de vida era de 75,8 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18470-em-2016-expectativa-de-vida-era-de-75-8-anos>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵⁸ FAPESP. **Brasil terá sexta maior população de idosos no mundo até 2025.** 2016. Por Elton Alisson. Disponível em: <<http://agencia.fapesp.br/brasil-tera-sexta-maior-populacao-de-idosos-no-mundo-ate-2025/23513/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁵⁹ G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE.** 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁶⁰ G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE.** 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019

O Estatuto do Idoso garante a liberdade, a dignidade e o respeito ao idoso²⁶¹, e não é por conferir benefícios que está desigualando, mas considerando que as debilidades advindas com o tempo merecem consideração e, por isso, ao conceder benefícios dá suporte para manutenção da igualdade deles ao restante da população.

A sociedade brasileira será velha, haverá mais velhos que crianças²⁶², e repensar na condição do idoso para eleger seu regime patrimonial é a esperança de tratarmos o idoso conforme as garantias constitucionais, o considerando igual e digno. Ao conferir autonomia privada, não somente se estabelece a liberdade individual, representa, também, a realização da dignidade da pessoa humana, dado que, a pessoa poderá reger suas escolhas a partir do que considerar melhor para si.

Portanto, traçar a expectativa de vida do ser humano para poder lhe conferir direitos é descabido, pois não é um número avançado que deverá retirar os direitos que antes era dado. Trazer a expectativa de vida como argumento não condiz com a finalidade deste trabalho, pois aqui nos cabe mostrar que o idoso é sujeito de direito e não deve ter nenhum direito a menos sem justificativa razoável.

²⁶¹ BRASIL. **Lei 10.471, de 1º outubro de 2003**. Artigo 10.

²⁶² G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE**. 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho apresentamos a autonomia privada como liberdade individual que os sujeitos possuem para criar suas normas jurídicas dentro da ordem privada, sua presença nos planos econômicos e existencial. Os limites que devem ser respeitados para esta liberdade individual, respeitando as garantias constitucionais, normas jurídicas e os costumes. Diferenciamos a autonomia privada da autonomia da vontade, enquanto aquela reside no aspecto objetivo, na externalização da vontade, respeitando os limites, esta se encontra no âmbito subjetivo, na vontade interna.

No Brasil temos a consolidação da autonomia privada com o Estado Democrático de Direito, com a introdução da Carta Magna de 1988, pois a autonomia passa a refletir como a realização da dignidade da pessoa.

Ainda, apresentamos a presença da autonomia privada no Direito de Família, e como a modificação do entendimento de família importou no reconhecimento da autonomia privada dentro desta seara. Deixando de ser presente, no âmbito familiar somente no pacto antenupcial. A autonomia privada dentro do Direito de Família está intimamente ligada à intervenção estatal, pois quanto maior a quantidade de normas cogentes, menor é a prevalência da autonomia privada dos sujeitos. Exemplos da presença da autonomia privada são encontrados na disposição dos cônjuges decidirem com quem casar, com a legalização das uniões homoafetivas, se querem casar ou constituir união estável, é a decisão sobre a formação da família, se será composto pelo casal e os filhos, ou se será monoparental, a decisão acerca da alteração do regime de bens.

Perpassamos pelo pacto antenupcial apresentado como expressão da autonomia privada dos cônjuges, no momento da habilitação para o casamento. O pacto antenupcial como instrumento do regime de bens, conferindo aos nubentes disporem nele questões tanto patrimoniais, como extrapatrimoniais, respeitando o limite para si protegerem e protegerem terceiros. O pacto como a verdadeira liberdade de dispor, mesmo que haja a limitação.

Analisamos o casamento, sua história de maneira geral e sucinta, e mais detidamente o regime de bens a ele aplicado, como é a regra, onde todos podem escolher o regime de bens, conforme disposição do artigo 1.639, do Código Civil, e como se dá a exceção, especificamente, quanto ao tema da nossa pesquisa, inciso II, artigo 1.641 do referido Código. Examinamos as justificativas dadas pelo legislador e pela doutrina para a exigência da separação total de bens. E deparamo-nos com três justificativas, e que podemos dizer que se conectam, o entendimento do idoso como incapaz, que não há atrativos, e isto abre espaço

para análise que se houver algum relacionamento amoroso será baseado no interesse econômico e por derradeiro, implicaria no prejuízo dos herdeiros desse idoso. Mas tudo isso fundado numa especulação de que o idoso possua bens, patrimônio de vultoso valor. Mas na realidade da sociedade brasileira, representaria a mínima parcela da população.

Dentro da imposição do regime de bens, há a previsão sumular 377 que define que os aquestos adquiridos na constância do casamento, quando existir a separação legal de bens, devem ser mealhados, a jurisprudência majoritária complementa que deve ter comprovadamente o esforço comum de ambos os cônjuges na aquisição do bem. Pois a mera presunção do esforço desfigura a intenção da imposição do regime de separação absoluta dos bens.

Ligado ao casamento septuagenário, tem-se a alteração do regime de bens, criada com o surgimento do Código Civil de 2002, sob a forte influência de Orlando Gomes, que já considerava desde o Código Beviláqua odiosa tal restrição, pois se concediam aos noivos a escolha dos regimes, não existiam razões para retirarem este direito após o casamento. Na análise deste tópico, entendemos que a posição predominante na jurisprudência, bem como na doutrina, é o entendimento que nos casamentos septuagenários não deva ter a mudança de regime, tendo em vista que se houve a primazia pela imposição estatal em detrimento da autonomia privada, isto é, a imposição do regime aos nubentes septuagenários, não deveria ter a possibilidade de troca do regime exigido, sob o temor de desvirtuar a vedação legal.

Também, analisamos a trajetória do idoso na história da humanidade, a fim de entendermos como se dá a relação sociedade *versus* idoso. E percebemos dois momentos, pré-Revolução Industrial e pós- Revolução industrial, constituindo um verdadeiramente marco. Antes da Era da Revolução Industrial não havia o conhecimento da pessoa idosa, as pessoas morriam cedo, não havia a relação de distintas gerações numa mesma família, por exemplo. Mas outro ponto a ser destacado, reside no entendimento de que antes da Revolução Industrial e a introdução do capitalismo, o velho na Antiguidade era considerado um ser sábio, detentor de poder, respeitado pela sociedade, mas a partir da Idade Média, percebemos o menosprezo a este grupo. Após a Revolução Industrial este desprezo pelos idosos se assevera com a introdução do sistema Capitalista. A sociedade passa a valorizar o porte físico forte, saudável, pois é este físico que é fonte de produção e reprodução de riquezas, e o ancião por não ter este porte era descartado pela sociedade.

No entanto, também é nesta mesma Era que vemos crescer os estudos sobre as fases da vida, e o reconhecimento da velhice como um momento que todos chegarão. As melhorias nas tecnologias, principalmente na área da saúde, importaram na diminuição das taxas de

mortalidade e fecundidade, e por consequência, o crescimento da população idosa, considerando a realidade dos países desenvolvidos.

Nos países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, vislumbramos o crescimento acelerado nas últimas décadas, devido ao desenvolvimento da área da saúde, é considerado um crescimento artificial, tendo em vista, que não ocorreu frente o melhoramento das condições do país, como infraestrutura, saneamento básico e educação.

Quanto ao estigma do idoso ele permanece até hoje em nossa sociedade, permanece sendo visto como inútil, a idade das doenças, das debilidades. Todavia, está ocorrendo, lenta, mas está existindo, a mudança do paradigma do idoso. A importância dele na sociedade, uma vez que estamos envelhecendo e não estamos falecendo cedo. Já houve a criação da Lei, o Estatuto da Pessoa Idosa, para amparar o idoso e inseri-lo na sociedade, que garante benefícios aos sexagenários, servindo como suporte para a realização da igualdade deste grupo frente aos demais.

Por fim, realizamos o estudo conjunto dos institutos ora apresentados e concluímos a flagrante limitação da autonomia privada quanto à escolha do regime de bens nos casamentos septuagenários. Entendemos que retirar do idoso maior de 70 anos o direito de escolher seu regime é privá-lo da sua dignidade, pois ao conferir dignidade, também oportuniza o exercício da autonomia. Pois a dignidade e a autonomia privada estão intrinsecamente ligadas, a autonomia privada realiza a dignidade da pessoa humana, pois a pessoa ao possuir a liberdade individual de escolher o que entende ser melhor para sua vida, com quem quer casar, como vai casar, qual o regime será eleito, como vai empregar seu patrimônio, é o espelho da dignidade humana, claro, sempre respeitando os limites para não haver abusos e nem prejuízos a terceiros.

Ao idoso deve ser permitido tudo o que lhe era permitido antes da velhice, caso não haja nenhuma incapacidade. Respeitar o idoso é respeitar o seu futuro. Ao conferir direitos iguais aos idosos, estar-se-á garantindo os seus próprios direitos no futuro. A idade cronológica não representa a perda das condições psíquicas e física. Ser velho está mais intimamente ligado à sociedade, do que no alcance dos 60 anos.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Leandro Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo**: A possibilidade da Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p.115-131, 2016. Jan./jun.. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/80/9/>>. Acesso em: 18 maio 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro.

BETTI, Emilio. **Teoría General del Negocio Jurídico**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2000.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito da família**. 2011. Disponível em:< <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensionoes/article/download/959/536>>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei aumenta idade para separação obrigatória de bens no casamento**. 2010. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/152001-LEI-AUMENTA-IDADE-PARA-SEPARACAO-OBRIGATORIA-DE-BENS-NO-CASAMENTO.html>>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Aprovada em 1º turno aposentadoria compulsória aos 75 para ministros do STF**. 2015. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/482793-APROVADA-EM-1-TURNO-APOSENTADORIA-COMPULSORIA-AOS-75-PARA-MINISTROS-DO-STF.html>> Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 261**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>>. Acesso 01 jun. 2019

BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CNJ. **Enunciado 262**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em 23 jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil, 1916**.

BRASIL. **Código Civil, 2002**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**.

BRASIL. **Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890.** Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:federal:decreto:1890-01-24;181>. Acesso em: 26.05.2019.

BRASIL. Governo do Brasil. **Biografia do vice-presidente. 2011.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/01/biografia-do-vice-presidente>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE. **Estatísticas do registro civil.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=downloads>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Em 2017, a expectativa de vida era de 76 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas- IBGE. **Em 2016, a expectativa de vida era de 75,8 anos.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18470-em-2016-expectativa-de-vida-era-de-75-8-anos>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.**

BRASIL. **Lei 10.471, de 1º outubro de 2003.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 736.627. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. **Diário da Justiça.** São Paulo, 01 ago. 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1/inteiro-teor-12866508?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 646259. Relator: Ministro Luis Filipe Salomão. **Diário de Justiça.** Rio Grande do Sul, 24 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827288/recurso-especial-resp-646259-rs-2004-0032153-9/inteiro-teor-16827289?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1090722. Relator: Ministro Massami Uyeda. **Diário da Justiça.** São Paulo, 30 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2/inteiro-teor-16821754?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . **Supremo reconhece união homoafetiva**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. . **Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável**. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.623.858. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. **Diário de Justiça**. Minas Gerais, 30 maio 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717086&num_registro=201602318844&data=20180530&formato=PDF>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 610.010. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. **Diário de Justiça**. São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/616209146/agravo-em-recurso-especial-aresp-610010-sp-2014-0282320-2/decisao-monocratica-616209160?ref=serp>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 jun.2019.

CAHALI, Francisco José. **A Súmula nº 377 e o Novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. In Revista do Advogado, n. 76, São Paulo: AADV. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/silvio_05_12.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019

CANUTO, Erica Verícia de Oliveira. **A mutabilidade do regime de bens no casamento**. 2006. 101 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito Privado e Econômico, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15708>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085636.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.

D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. Novas perspectivas em Direito de Família e o princípio da autonomia privada: um estudo à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito**, Uberlândia, v. 43, n. 2, p.1-20, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29558>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. **A união estável septuagenária e o regime da separação obrigatória de bens.** 2015. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215999,101048->

[A+uniao+estavel+septuagenaria+e+o+regime+da+separacao+obrigatoria+de](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215999,101048-A+uniao+estavel+septuagenaria+e+o+regime+da+separacao+obrigatoria+de)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

DIAS, Felipe da Veiga; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Autonomia privada x paternalismo estatal: uma demonstração de (in)compatibilidade no constitucionalismo contemporâneo.** Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1582?ohIngbimohdbaim>>. Acesso em: 23 abril de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias.** 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, J. C. **Ciências Físicas e Biológicas.** 25 ed. São Paulo: Nacional, 1973.

FAPESP. **Brasil terá sexta maior população de idosos no mundo até 2025.** 2016. Por Elton Alisson. Disponível em: <<http://agencia.fapesp.br/brasil-tera-sexta-maior-populacao-de-idosos-no-mundo-ate-2025/23513/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. **Las capitulaciones matrimoniales.** Revista de Derecho de Familia, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2002, n. 19, p. 25.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

G1. **Itália muda conceito de idoso para 75 anos.** 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/12/04/italia-muda-conceito-de-idoso-para-75-anos.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

G1, ECONOMIA. **1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE.** 2018. Por Darlan Alvarenga e Carlos Brito. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo curso de Direito Civil:** direito de família, v.6. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GALVÃO, Camilla. **Qual é a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade?** 2015. Disponível em:

<<https://galvaocamilla.jusbrasil.com.br/artigos/186333535/qual-e-a-diferenca-entre-autonomia-privada-e-autonomia-da-vontade>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. Revista e Atualizada por Humberto Theodoro Júnior.

GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

LANFREDI, Eduarda Schilling; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/11/o-principio-da-autonomia-privada-e-da-minima-intervencao-estatal-a-luz-do-direito-de-familia-contemporaneo>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, Brasília, v. 3, n. 1, p.16-35, fev. 2017. Jan/jun. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba; Juruá. 1991.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Direito de família**. 8 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família. v.1**. Campinas: Bookseller, 2001. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

_____. **Tratado de Direito de Família. v.2**. Campinas: Bookseller, 2001. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

_____. **Tratado de Direito de Família. v.2. 3ed.** São Paulo: Max Limonad , 1947.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORANDINI, Jaqueline. A velhice: uma abordagem social e jurídica. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Org.). **Envelhecimento humano: desafios e perspectivas**. Passo Fundo: UPF: Grupo de Pesquisa Vivencer/CNPQ, 2004. p. 288-310.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p.207-230, 1989. Abr/jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em:<

http://www.senado.leg.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v4_ed1.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**, v.5. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. rev., atual. e ampl. Por Tânia da Silva Pereira.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERNAMBUCO. CORREGEDORIA-GERAL. (Ed.). **TJ/PE permite afastar súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial**. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI240293,51045-TJPE+permite+afastar+sumula+377+do+STF+por+meio+de+pacto+antenupcial>>. Acesso em: 20 maio 2019.

PESSINI, Léo. Envelhecimento e dignidade humana: ame o(a) idoso(a) que você é ou está nascendo em você!. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Org.). **Envelhecimento humano: desafios e perspectivas**. Passo Fundo: UPF: Grupo de Pesquisa Vivencer/CNPQ, 2004. p. 311-324. p.312.

POMJÉ, Caroline. **Autonomia no envelhecer: a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CCB/2002**.

PORTUGAL. **Código Civil, 1966**. Disponível em: <<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>>. Acesso em 27 jun. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório: uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens**. 2018. 117 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 30, n. 2000, p.187-203, jan. 2000. Jan-mar. Disponível em: <encurtador.com.br/nBJNW>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP.

REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. v. 60, n. , p.85-96, 2014. Out-dez. Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc6000016b702ce1764b049c9f&docguid=I0074aec0568a11e49aa4010000000000&hitguid=I0074aec0568a11e49aa4010000000000&spos=1&epos=1&td=108&context=376&crumb-action=append&crumb->

label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70068005248. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 14 de abril de 2016. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 15 abr. 2016. Disponível em: <encurtador.com.br/fsNVX>. Acesso em: 13 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº 71006390173. Relator: Mara Lúcia Cocco Martins Facchini. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, 31 out. 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400752222/recurso-civel-71006390173-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

RITT, Caroline Fockink; RITT, Eduardo. **O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida et al. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Cap. 10. p. 183-209.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed., Porto Alegre: 2011.

_____. (org). COUTINHO, Aldacy Rachid (et. al). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHMIDT, Bernardo; SANTOS, Elisângela de Jesus. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. **Revista de Direito Privado Online**, Brasília, v. 81, n. 2, p.193-200, 2017. Setembro. Disponível em: <encurtador.com.br/wxFO0>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. 11ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **O casamento, o regime de bens à luz do regime comparado e o novo regime de participação final nos aquestos**. 2006. 374 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifca Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009477.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia Privada no Direito Societário**. São Paulo: Quartir Latin do Brasil, 2016

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões- IBDFAM. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte, v.2, fev-mar.2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em 15 jun. 2019.

VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>>. Acesso em: 20 maio 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**, v. 5. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito civil: sucessões**, v.6. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, Arnold. **Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos**, v. 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAQUIM, Bruna Barbieri; CARVALHO, Márcia Haydeé Porto de. A terceira idade e a restrição legal à livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 90, p.161-187, 2015. Jan-mar. Disponível em: <[https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016b700bf110da26ade7&docguid=I26a62190428a11e58548010000000000&hitguid=I26a62190428a11e58548010000000000&spos=23&epos=23&td=1638&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016b700bf110da26ade7&docguid=I26a62190428a11e5854801000000000&hitguid=I26a62190428a11e58548010000000000&spos=23&epos=23&td=1638&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

WESENDONCK, Tula. Questões controvertidas a respeito da mutabilidade de regime de bens. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3341, 24 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22479>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

WESENDONCK, Tula. Alteração do regime de bens para os cônjuges com mais de 70 anos de idade. Comentários ao acórdão no recurso de apelação 70070107396 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito Civil contemporâneo**, v.10, p413-426, 2017. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/272>>. Acesso em: 23 jun.2019.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1993.