



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA E PESQUISA**

**UNIÃO ESTÁVEL DE IDOSO (A) E O REGIME DE
SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: POSSIBILIDADES
E INCONGRUÊNCIAS**

**ROBSON GONÇALVES DOURADO
RA: 2078018-4**

**Brasília
2010**

ROBSON GONÇALVES DOURADO
RA: 2078018-4

**UNIÃO ESTÁVEL DE IDOSO (A) E O REGIME DE
SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: POSSIBILIDADES E
INCONGRUÊNCIAS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Dr. Luciano de Medeiros Alves.

Brasília
2010

*Agradeço ao Alfa e Ômega, o Deus de Israel, pela oportunidade da existência na dimensão concreta e metafísica, que se traduz no sentido profundo da dádiva da vida, como diz o Cristo: “Eu sou o Caminho, a Verdade e a **Vida**”.*

Aos meus pais Gilberto Cardoso Dourado e Alice Gonçalves Dourado, pelos ensinamentos, experiências de vida e orações contínuas em meu favor.

À minha esposa Elenir, pela compreensão, companheirismo e compartilhamento de todas as alegrias, tristezas, desafios, vitórias e conquistas.

Aos Ministros do Altíssimo Sérgio e Elizama Paiva, João Vitor e Terezinha de Fátima Pereira, Júlio César e Liliane de Carvalho e Valéria de Queirós, sou grato pelas intercessões, pela amizade e pelo compartilhamento dos desafios na dimensão metafísica.

Sou sempre grato ao meu professor Renilton Marques Dourado (Cowzinho), que de forma magistral soube transmitir conhecimentos sociológicos e da Matemática, que também é a Lógica.

Estendo minha gratidão especialmente ao meu chefe de trabalho Charles Franklin F. Santos, pelo estímulo e incentivo à profissionalização. Da mesma forma sou grato aos meus ex-chefes Edgar Pires Dantas, que me propiciou oportunidades de crescimento pessoal e profissional e Mário Borges Gomes Filho, pela confiança e pela transmissão de conhecimentos.

A José Veríssimo pelas significativas dicas sobre dados e estatísticas que tratam de pessoas idosas.

RESUMO

Esta pesquisa discute o regime da separação legal de bens na união estável de idoso (a), abordando possibilidades e incongruências sob duas perspectivas doutrinárias a respeito da questão – contrária e favorável – e tem como ponto de referência a interpretação e aplicação da norma no casamento de idoso (a). A partir da realidade demográfica que se descortina na sociedade hodierna, com incremento do segmento idoso e elevação de relacionamentos afetivos constituídos nessa faixa etária, busca-se ampliar o debate sob o enfoque da psicologia e gerontologia, a fim de identificar reflexos jurídicos, ou seja, a regra de regime de bens na união estável. Malgrado este estudo não seja conclusivo, entende-se pela permanência do regime de separação legal de bens tanto no casamento quanto na união estável de idoso (a), desde que se rediscuta seu enunciado e minimize suas incongruências.

Palavras-chave: família, união estável, casamento, regime de separação legal de bens, idoso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PESSOA IDOSA	8
1.1 Envelhecimento, velhice e idoso: definições e características.....	8
1.2 A situação e condição da pessoa idosa na sociedade hodierna	14
1.3 Impactos do aumento da longevidade no Direito de Família	19
2 FAMÍLIA, ENTIDADES FAMILIARES E REGIMES BEM	24
2.1 Família: conceito, características e princípios	24
2.2 Entidades familiares: concubinato, união estável e casamento.....	33
2.3 Regimes bens das entidades familiares: conceitos e características	48
3 REGIME SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS: DOUTRINAS.....	55
3.1 Comentários iniciais	55
3.2 Doutrina contrária ao art. 1.641, II, CC.....	57
3.3 Doutrina favorável ao art. 1.641, II, CC.....	69
4 UNIÃO ESTÁVEL DE IDOSO E REGIME LEGAL DE BENS	79
4.1 Análise crítica do art. 1.641, II, C.C.: possibilidades	79
4.2 Análise crítica do art. 1.641, II, C.C.: incongruências	83
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

O instituto da união estável tem sido objeto de diversas discussões pela doutrina quando comparado com o casamento, ora apresentando menos direitos ou até mesmo mais que este. Por isso mesmo, o instituto se mostra controvertido e exige a todo o momento ampliação de debates a fim de se minimizar as contradições verificadas nos casos concretos não abrangidos pelas hipóteses legais, bem como a tentativa de evitar discriminações que são condenadas pela própria Constituição Federal, que contemplou entre as modalidades de entidade familiar a união estável.

Nesta pesquisa, a discussão gravita em torno do contido no artigo 1.641, inciso II, CC, que estabelece como obrigatório o regime da separação de bens no casamento constituído por pessoa sexagenária, só que problematizando a concepção e aplicação do dispositivo no âmbito da união estável de idoso (a), de forma a pontuar as possibilidades e incongruências a partir da doutrina e de casos específicos identificados na jurisprudência. Neste caso, é utilizada a metodologia da dogmática instrumental conjugada com a sócio-jurídica, em que se debruça no enunciado legal – artigo em comento – a partir de perspectivas doutrinárias contra e a favor, observando-se julgados recentes de tribunais nas duas hipóteses e a situação social do idoso.

O tema se mostra instigante e relevante no atual contexto, onde se verifica um crescimento significativo do segmento idoso no Brasil decorrente, em certa medida, de maior expectativa de vida. Em função dessa nova configuração demográfica, tem sido cada vez mais freqüente o estabelecimento de mais de um relacionamento afetivo, quer na modalidade de casamento, quer na de união estável, principalmente por parte da população situada na fase da vida denominada de velhice.

Dessa forma, no capítulo primeiro são abordados pontos cruciais para melhor entendimento desse fenômeno demográfico, configurado pela elevação da população acima

dos 60 anos, tais como as diferenças conceituais e principais características entre o processo de envelhecimento, a velhice e o idoso em si. Além disso, busca-se diagnosticar em linhas gerais a situação e condição da pessoa idosa na sociedade hodierna, bem como é apresentada uma breve análise dos impactos do aumento da longevidade no Direito de Família. Nessa primeira parte, dada a natureza do tema, recorreu-se a teóricos da Psicologia e Gerontologia, de modo a traçar os seus contornos com maior amplitude e clareza.

No capítulo segundo, são apresentados o conceito, as características e princípios da família. Em seguida, são elencadas as principais semelhanças e diferenças entre as entidades familiares do concubinato, união estável e casamento. Ainda nesse capítulo, são discutidos os regimes de bens vigentes nas sociedades conjugais, dando-se maior foco para o regime da separação obrigatória de bens, que é o ponto de partida na problematização desta pesquisa.

No capítulo terceiro, realiza-se análise a partir de duas vertentes doutrinárias predominantes na interpretação e aplicação do art. 1.641, II, CC, inclusive com apresentação de julgados recentes, sendo uma contrária ao dispositivo por entendê-lo inconstitucional – por ferir a dignidade, a autonomia e a liberdade da pessoa – e outra favorável, por considerá-lo um mecanismo de proteção ao idoso e de seus familiares de sangue. O debate proposto consiste em elucidar melhor as próprias divergências que eclodem sobre a existência e aplicabilidade do referido dispositivo no âmbito da união estável e do próprio casamento de idosos e respectivos fundamentos jurídicos.

Finalmente, no capítulo quarto são discutidas as possibilidades e as incongruências da aplicação e interpretação do art. 1.641, II, CC, a partir das ponderações defendidas pelas duas vertentes doutrinárias – contrária e favorável ao dispositivo – dando-se ênfase para os pontos plausíveis, factíveis, críticos, os aspectos controvertidos, as limitações contidas no enunciado do dispositivo e as fragilidades que envolvem a temática.

1 A PESSOA IDOSA

1.1 Envelhecimento, velhice e idoso: definições e características

Considerando que o presente trabalho tem como escopo discutir o regime de bens na união estável, em cuja formação conta com pelo menos uma pessoa idosa, é necessário abordar, antes mesmo das análises jurídicas sobre o tema, as diferenças conceituais entre envelhecimento, velhice, idoso ou velho, embora sem o propósito de esgotar as várias nuances que essas definições envolvem. Da mesma forma, cabe contextualizar a situação e condições da pessoa idosa na sociedade hodierna, especificamente, no Brasil, de modo a se buscar identificar na concretude o ser existencial de quem se fala.

Assim, o envelhecimento é caracterizado pelo processo ou transformação do indivíduo nas dimensões biológica, social, psicológica e cultural durante sua existência. No âmbito da psicologia, a discussão atual não reconhece oposição entre o processo de envelhecimento e desenvolvimento, descartando a visão excludente de referidos processos, conforme se verifica na afirmação abaixo de Neri:

Até os anos 70, a psicologia e a gerontologia consideravam o desenvolvimento e o envelhecimento processos opostos e trajetórias inconciliáveis. Hoje, um conceito alternativo amplamente aceito na psicologia da vida adulta e da velhice é que tanto o desenvolvimento quanto o envelhecimento são processos adaptativos. Contrariando a concepção clássica, considera-se que ambos estão presentes ao longo de todo o curso de vida e comportam uma tensão constante entre ganhos e perdas.¹

Concepção semelhante pode ser encontrada em Pérola Melissa V. Braga, segundo a qual o envelhecimento não consiste somente num processo de definhamento do homem, mas num contínuo devir, que pode ser designada como aperfeiçoamento, senão vejamos:

Não podemos pensar que o envelhecimento é apenas um processo degenerativo do organismo humano. Ao contrário, devemos acreditar que é um processo contínuo de

¹ NERI, Anita Liberalesso. O fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Maturidade e velhice: trajetórias individuais e socioculturais*. Campinas, SP: Papirus, 2001, p. 34 a 40.

transformação do ser humano, que pode ser caracterizado também pelo aprimoramento [...] Falar de envelhecimento é falar da vida, do natural processo de viver, iniciado com o nascer biológico, a partir do qual nos tornamos todos envelhecidos. Esse é o curso natural da existência humana [...].²

Em que pese à relação entre os processos de desenvolvimento e envelhecimento, conforme discutido anteriormente, implicando ganhos e perdas, admite Neri mais adiante que este último atinge um limite inerente ao próprio organismo e à própria existência de cada indivíduo, *in verbis*:

O envelhecimento é o processo de mudanças universais pautado geneticamente para a espécie e para cada indivíduo, que se traduz em diminuição da plasticidade comportamental, em aumento da vulnerabilidade, em acumulação de perdas evolutivas e no aumento da probabilidade de morte. O ritmo, a duração e os efeitos desse processo comportam diferenças individuais e de grupos etários, dependentes de eventos de natureza genético-biológica, sócio-histórica e psicológica [...].³

Segundo Elvira C. Abreu e Mello Wagner, o envelhecimento do ser humano pode ser analisado sob várias perspectivas, a saber: a idade cronológica, a biológica, a social e a psicológica. Dentro desse raciocínio, a idade biológica consiste na herança genética e nas influências do ambiente, estando relacionada às alterações de ordem fisiológicas, anatômicas, hormonais e bioquímicas do organismo.⁴

A idade social refere-se às normas, crenças, estereótipos e eventos sociais que sinalizam por meio do critério de idade a performance dos idosos. Segundo os referidos autores, as normas plasmas o que se denomina de relógio social, o qual indica como as pessoas em dada época histórica, sociedade e cultural devem ou não realizar, de acordo com a idade em que se encontram. Nesse sentido, pode-se citar, prosseguem os autores, a idade certa de ir para a escola, de escolher uma profissão, de ter filhos, de usar determinado vestuário etc. Em geral, as pessoas tendem a seguir esse “relógio social”, mas existem “pioneiros” que saem

² BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 40 e 109.

³ NERI, Anita Liberalesso. O fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Maturidade e velhice: trajetórias individuais e socioculturais*. Campinas, SP: Papirus, 2001, p. 46.

⁴ Apud. MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 39

desse padrão e adotam comportamentos e estilos de vida típicos de outra faixa etária, a exemplo de pessoas consideradas idosas que voltam a estudar, iniciar nova profissão etc.⁵

Para Anita Liberalesso Neri, que utiliza expressão equivalente para abordar a temática, o tempo social indica não apenas os papéis desempenhados pelos componentes de dada sociedade, mas, também, a expectativa que se tem a respeito dos comportamentos dos indivíduos, *in verbis*:

O conceito de tempo social refere-se primariamente aos comportamentos associados aos papéis etários que uma dada sociedade prescreve para seus membros. A idade social diz respeito à avaliação do grau de adequação de um indivíduo ao desempenho dos papéis e dos comportamentos esperados para as pessoas de sua idade, num dado momento da história de cada sociedade [...].⁶

A idade psicológica, que é muito ampla, de acordo com Elvira C. Abreu e Mello Wagner, contempla as alterações de comportamento causadas pelas transformações biológicas do envelhecimento e recebe influências das normas e expectativas sociais, bem como dos componentes de personalidade, motivo pelo qual ocorre de forma individualizada ou diferenciada. Dessa forma, as mudanças no transcorrer da existência se manifestam nos relacionamentos interpessoais, nas atitudes, sentimentos e no autoconceito que cada idoso tem de si próprio.⁷

Quanto à idade cronológica, conforme Mascaro, apesar de ser um indicador impreciso para delimitar o envelhecimento – haja vista que este consiste também num processo biológico, social e psicológico – a contagem dos aniversários da pessoa continua sendo o principal critério para situar as faixas etárias. Segundo a autora, firmada em Paulo Murad Saad, amiúde a sociedade entende como idosa a pessoa que se aposenta. Por outro lado, verifica-se que a saúde física e mental, bem como a dependência de outros para realização de

⁵ Apud. MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 39 e 40.

⁶ NERI, Anita Liberalesso. O fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Maturidade e velhice: trajetórias individuais e socioculturais*. Campinas, SP: Papirus, 2001, p. 34 a 40.

⁷ Apud. MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 40.

suas necessidades ou afazeres cotidianos, seriam sinalizadores de que a pessoa está ingressando na fase de velhice.⁸

De acordo com a Organização das Nações Unidas (1985), que utiliza estudos populacionais e políticas sociais, é considerada idosa a pessoa com idade acima de 60 anos. Mascaro pondera que esse critério cronológico decorre do fato de que a partir dos 60 anos as transformações biológicas são mais drásticas, caracterizando a terceira fase da vida. Nesse instante também ocorre, normalmente, o desligamento do contexto laboral, ou seja, aposentadoria, até mesmo certa desvinculação com alguns papéis tradicionais da fase adulta, ocasionados pela emancipação dos filhos.⁹

A idade cronológica enquanto ponto demarcativo de uma etapa remete à definição de velhice, que é a situação ou condição de quem é considerado idoso ou velho, representando, portando, um ciclo ou estágio da existência humana e não significa nenhum tipo de patologia. Afora o aspecto biológico, a classificação de velhice decorre de aspectos sociais e culturais, como se pôde depreender das considerações até aqui apresentadas. É oportuno evocar a conceituação de Pérola Melissa V. Braga, *in verbis*:

No sentido literal, velhice significa condição ou estado de velho, mas infelizmente, é tida como um sinônimo de doença. É claro que o sistema do corpo humano tem um ciclo biológico natural, mas é errôneo associar diretamente o processo de envelhecimento à morte.¹⁰

Se o envelhecimento consiste no processo de envelhecer e a velhice é o estágio da existência do indivíduo, o idoso ou velho é a própria pessoa em que ficam patentes em dada cultura e sociedade tais indicativos. No direito é utilizado, essencialmente, o termo idoso para designar as pessoas com idade igual ou acima de 60 anos, conforme disposto no art. 1.641, II do Código Civil, e art. 1º do Estatuto do Idoso.

⁸ MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 40 a 41.

⁹ MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 41.

¹⁰ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

Destaque-se que o critério cronológico para situar pessoas em determinado ciclo de vida, no caso em tela, a velhice, acaba por eclipsar diferenças facilmente constatadas no segmento de pessoas consideradas idosas, haja vista que o processo de envelhecimento ocorre em função de diversas variáveis, tais como estilo e qualidade de vida, condição sócio-econômica, cultura etc. Para Elida Séguin não há um segmento de idosos, mas pluralidade de pessoas idosas em condições heterogêneas, conforme se constata a seguir:

Os idosos compõem uma pluralidade que tem como semelhança apenas estarem na mesma faixa etária. Constituem um grupo diversificado onde alguns levam vidas ativas e saudáveis, enquanto outros optam pela baixa qualidade, em especial os psicologicamente velhos. Cada pessoa envelhece à sua maneira, dependendo de grande variedade de aspectos como sexo, origem étnica e cultural e o fato de viverem em países industrializados ou em desenvolvimento, em centros urbanos ou áreas rurais. Além das idiossincrasias pessoais, o clima, a localização geográfica, o tamanho da família, as aptidões para a vida e a experiência são vetores que tornam as pessoas cada vez menos iguais à medida que avançam em anos. Fatores ligados ao estilo de vida, como fumar, consumir álcool em excesso, falta de exercícios, nutrição inadequada ou obesidade, agravam doenças, deficiências e aumenta a pluralidade [...].¹¹

Sob o enfoque do art. 1.641, II, CC, o aspecto que mais aproxima as pessoas idosas é o fato de possuírem idade igual ou superior a 60 anos, como se verificou acima, não estando segmentados aí os indivíduos situados nas faixas etárias de 60, 70, 80, 90 ou acima de 100 anos, os quais são diferentes por inúmeras razões da própria existência particular, como ponderou Séguin. A contradição de utilizar o critério cronológico e a necessidade de analisar o processo de envelhecimento de forma particularizada fica evidente em Pérola Melissa, que afirma:

Cada existência humana é única, cada homem envelhece de uma maneira particular. Uns saudáveis, outros não. Não há velhice e sim velhices. O envelhecimento deve ser considerado um processo tipicamente individual, existencial e subjetivo, cujas conseqüências ocorrem de forma diversa em cada sujeito. Cada indivíduo tem um tempo próprio para se sentir velho.¹²

¹¹ SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 155 a 156.

¹² BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41.

Firmando-se em Norberto Bobbio, Braga continua a discussão sobre a temática a partir de três perspectivas de velhice: cronológica, burocrática e psicológica ou subjetiva, *in verbis*:

A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais. A velhice burocrática corresponde àquela idade que gera direitos a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbanos. A velhice psicológica, ou subjetiva, é a mais complexa já que não pressupõe parâmetros objetivos. Depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho.¹³

Para Schirmmacher, baseando-se em análises estatísticas apresentadas por James Vaupel, ao discorrer sobre o momento da aposentadoria da pessoa verifica que o marco de se retirar do trabalho varia bastante, apresentando tendência de prolongamento na atividade laboral dos indivíduos. Dessa forma, continua o autor, definir o envelhecimento torna-se algo crucial, não sendo possível estabelecer uma definição do envelhecimento por lei ou de maneira normativa para todas as pessoas, “[...] Pois a novidade de nossa situação será que muitas pessoas velhas se sentirão muito mais jovens do que a idade que têm [...]”.¹⁴

Por ora, cabe assinalar que o critério cronológico presente no ordenamento brasileiro para tratar das questões de idosos (as) apresenta limitações e incongruências, na medida em que para um segmento heterogêneo as previsões legais são homogêneas, e.g., o art. 1.641, II, do Código Civil, que é objeto de discussão deste trabalho. Mais uma vez cabe evocar Braga:

[...] O grande problema do critério cronológico (para situar uma pessoa idosa – acréscimo nosso) é de não considerar as diferenças pessoais e a larga faixa etária que está abrangida pelo conceito, principalmente, se levarmos em conta que, atualmente, são cada vez mais numerosas as pessoas centenárias. Pode haver enorme diferença no estado de saúde (física e mental), entre duas pessoas sexagenárias, uma delas pode ser doente e debilitada, enquanto a outra se encontra em pleno vigor, sendo perfeitamente lúcida. Certamente há enorme diferença entre um idoso (pelo critério da Lei 8.842/94 e do Estatuto do Idoso, acrescentamos) de 60 anos e um outro de 100 anos de idade, por isso se torna difícil a aceitação de um mesmo tratamento a ambos.¹⁵

¹³ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42.

¹⁴ SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 82 e 83.

¹⁵ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 44.

Malgrado a limitação do parâmetro cronológico para abarcar um segmento que dentro de si apresenta diferenciações, inclusive no que tange às faixas etárias contidas no termo idoso segundo o conceito da própria lei, como se viu acima, persiste a dificuldade de se utilizar outro critério sob o enfoque jurídico que seja ao mesmo tempo generalizador e permita captar especificidades.

1.2 A situação e condição da pessoa idosa na sociedade hodierna

De acordo com Schirmacher, estribando-se em estudos estatísticos de Y. Zeng & L. George, a maioria da população num futuro próximo será composta por pessoas idosas em todas as partes do planeta, inclusive em 2.050 haverá na China a quantidade de idosos acima de 65 anos que atualmente vive em todo o mundo. Trata-se do fenômeno de envelhecimento global e irreversível, em que se visualizarão dois segmentos distintos na sociedade: dos poucos jovens e dos idosos.¹⁶

Para Schirmacher o que subjaz a essa nova lógica demográfica é o aumento da expectativa de vida conjugada com a redução da natalidade, de modo que a dinâmica dos povos será marcada pela morte e não mais pelo nascimento. A situação é considerada crítica e nas palavras do renomado antropólogo Claude Levi-Strauss, citado pelo autor, “em comparação com a catástrofe demográfica, o colapso do comunismo é insignificante”. Um dos problemas a serem enfrentados com o processo de envelhecimento da população, prossegue o autor, é o custo para atender às necessidades do grande número de pessoas consideradas idosas. Nesse ponto, cabe aqui evocar uma afirmação de Schirmacher, que, embora revestida de certo exagero, não deixa de ter aderência ao referido fenômeno, *in verbis*:

¹⁶ SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 7 e 11.

[...] Cada vida chegará, assim, a um ponto em que não será mais definida a partir de nosso dia de nascimento, mas da data fictícia em que morreremos. O que vai interessar, então, serão só os custos que as massas em envelhecimento irão gerar.¹⁷

Dentro dessa discussão, Schirmmacher destaca a importância do tema expectativa de vida na sociedade hodierna, não só pelo fato de indicar o tempo de probabilidade de vida das pessoas como também por sinalizar que a maioria dos seres humanos que estão vivos atualmente terá uma longevidade significativamente superior a quem viveu antes. Nesse sentido, prossegue o autor, a tendência é de se expandir, cada vez mais, a barreira dos 80, 90 e 100 anos de idade e, nas palavras do autor, “não sabemos mais se há um limite de tempo para a vida humana”.¹⁸

Ainda, segundo Schirmmacher, o conhecimento a respeito de juventude é amplo, mesmo porque todos nós já passamos por essa fase, mas poucos conheceram a velhice com as características que são manifestadas atualmente e nas suas palavras “A velhice é na história das culturas e da evolução de nossa sociedade algo muito novo: sempre foi até hoje muito pouco explorada”.¹⁹ Com esse mesmo enfoque interpreta Tom Kirkwood, citado pelo autor, *in verbis*:

As pessoas idosas de hoje são a vanguarda de uma incrível revolução de nossa longevidade, elas estão anunciando uma transformação de toda a estrutura social e fazendo com que a vida e a morte apareçam sob uma nova luz.²⁰

Para Mascaro, alguns aspectos têm exercido forte influência sobre o processo de envelhecimento da população, como o aumento da longevidade, o progresso social e científico, as transformações na estrutura familiar, a modernização dos costumes, os quais

¹⁷ SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 6, 9, 10 e 104.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

²⁰ *Ibidem*, p. 16.

geraram mudanças significativas na sociedade e no comportamento das pessoas. Conforme a autora, à proporção que eleva a longevidade, mais etapas na vida poderão ser vivenciadas.²¹

Verifica-se que houve elevação da expectativa de vida dos brasileiros, passando de cerca de 50 anos em 1950 para 67 anos atualmente, sendo que esse patamar deve atingir a faixa dos 72 anos até 2020. Em função disso, o início da “idade da velhice” está se retardando, o que possibilita a realização de novos projetos por parte das pessoas consideradas idosas e o prolongamento de seu envolvimento nas atividades sociais, arremata Mascaro.²²

De forma semelhante, Fernando Coruja Agustini entende que a conjugação das baixas taxas de fecundidade, o aumento da longevidade e a urbanização em grande velocidade provocaram mudanças significativas na composição etária da população brasileira, de modo que dobrou a quantidade de pessoas com mais de 65 anos entre 1940 e 2000 (dados do IBGE). Ressalta, ainda, Coruja, firmando-se em estudos estatísticos feitos por Ana Amélia Camarano (dados do IPEA), que se projeta para o ano de 2020 um incremento significativo de pessoas com mais de 65 anos de idade, que corresponderá a 15% do total da população.²³

Segundo Mascaro, baseando-se em Elza Berquó, a população idosa atualmente é composta, em sua maioria, por mulheres e a tendência indica a permanência deste quadro no futuro. Há algumas explicações para esta situação, prossegue Mascaro, cabendo destacar: a redução da mortalidade materna, resultado das melhores condições de saúde e da queda da fecundidade; a mortalidade diferencial por sexo, com uma diferença entre sete e nove anos em favor das mulheres no que tange à expectativa de vida.²⁴

Ainda nessa linha de raciocínio, conforme Mascaro, que se estriba em Renato P. Veras, outras hipóteses que explicam a predominância feminina na faixa etária dos idosos,

²¹ MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 67 e 68.

²² MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 68.

²³ AGUSTINI, Fernando Coruja. *Introdução ao direito do idoso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 39.

²⁴ MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 86.

seria a menor exposição das mulheres a riscos de acidentes de trabalho; o menor consumo de tabaco e álcool; a maior atenção e informação sobre os sintomas de doenças, bem como a maior constância na procura dos serviços de saúde.²⁵

Com o aumento de expectativa de vida, já sinalizando um ponto que será abordado posteriormente, suspeita-se que as pessoas podem estabelecer mais de um relacionamento afetivo, moldar uma nova forma de vida, desenvolver novas atividades, a partir de determinada idade. Daí a importância de se aprofundar os estudos sobre o comportamento de idosos no Brasil, especialmente no que tange à constituição de relações afetivas, quer na forma de casamento ou união estável. De qualquer modo, Braga admite com muita admiração o crescimento demográfico do segmento idoso, *in verbis*:

De fato, a redução dos nascimentos e o aumento espantoso da expectativa de vida média, fizeram com que a idade média da população brasileira desse um grande salto, a ponto de se poder apontar, como fez Wladimir Martinez, que 'o fato de as pessoas estarem vivendo mais é o dado demográfico e sociológico mais importante do final do século XX.'²⁶

No Brasil, a partir da análise de dados estatísticos mais recentes apresentados num quadro comparativo (IPEA), constatou-se que em 1940 havia 1,6 milhões de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, enquanto em 1970 o número subiu para 4,7 milhões. Já em 2000, constatou-se que a quantidade de idosos havia atingido 14,5 milhões, o que passou a representar 8,5% do total da população. Em projeções para o ano de 2040 estimam-se 55 milhões de pessoas idosas, que corresponderão, aproximadamente, a 26,8% da população total.²⁷

Um fato curioso é que a população com idade igual ou acima de 80 anos está em elevação e tende a manter esse ritmo de crescimento nos próximos anos, de modo que entre

²⁵ MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 86 e 87.

²⁶ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 112.

²⁷ BATISTA, Anália Soria. et. al. Os idosos em situação de dependência e a proteção social no Brasil. *Texto para discussão*: Série Seguridade Social, IPEA, nº 1402, p. 7 e 8, abr. 2009.

1970 e 2000 este segmento aumentou de 485,4 mil (0,5% do total da população) para 1,8 milhão, o que corresponde a 1,07% do total. Para o ano de 2040, projetam-se 13 milhões de pessoas com 80 anos ou mais, o que significará 6,3% da população total brasileira.²⁸

Na mesma fonte de informações indicada logo acima, constata-se que há uma diferença entre homens e mulheres no ciclo de vida da velhice no que se ao estado civil, de forma que os dados do ano de 2000 mostram que 77,3% dos homens idosos eram casados contra 40,8% das mulheres na mesma situação. Segundo as estudiosas do assunto, Batista et. al., tal sinalização “sugere uma tendência mais forte a sucessivos casamentos para o caso dos homens”. Também se conclui que há um índice mais elevado de mulheres solteiras, separadas, desquitadas e/ou divorciadas, em relação à situação dos homens.²⁹

Nas análises estatísticas realizadas por Batista et. al., não fica claro quanto à amplitude ou significado jurídico da expressão “sucessivos casamentos” utilizada para designar que 77,3% dos homens idosos constituem mais de um relacionamento afetivo, ou seja, não se sabe quantos realmente se casam e quantos formam união estável.

De qualquer modo, num levantamento recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicado na Revista Veja, verifica-se a elevação do número de casamentos em que um dos cônjuges já ultrapassou a faixa etária de 60 anos, o que em percentual seria de 44% entre 2003 e 2008, enquanto o casamento da população brasileira fora desse segmento cresceu somente 28% no mesmo período. Na reportagem, as explicações para esse fenômeno seria a manutenção da renda das pessoas acima dos 60 anos, o que lhes dá independência financeira para arriscar novos relacionamentos, bem como o aumento da

²⁸ BATISTA, Anália Soria. et. al. Os idosos em situação de dependência e a proteção social no Brasil. *Texto para discussão*: Série Seguridade Social, IPEA, nº 1402, p. 7 e 8, abr. 2009.

²⁹ BATISTA, Anália Soria. et. al. Os idosos em situação de dependência e a proteção social no Brasil. *Texto para discussão*: Série Seguridade Social, IPEA, nº 1402, p. 11, abr. 2009.

expectativa de vida aliada com uma melhor forma de envelhecimento, a qual pressupõe alimentação saudável, exercícios físicos, existência regrada sem fumo, álcool, etc.³⁰

1.3 Impactos do aumento da longevidade no Direito de Família

Com o aumento de expectativa de vida e a conseqüente elevação do índice de pessoas idosas que são independentes física e economicamente, com boa qualidade de vida e que iniciam novos projetos existenciais, certamente é possível que elas busquem estabelecer mais de um relacionamento afetivo, em caso de viuvez, separação judicial ou divórcio, quer na forma de casamento ou de união estável. Ocorre que a sociedade brasileira, em particular, parece que ainda não visualizou a dimensão que vem operando lenta e irreversivelmente na composição dos seus próprios membros, em que o segmento idoso vem se tornando representativo, o que causa impactos no trabalho, na política, na cultura, na economia e, especificamente, no direito. Nesse sentido, é oportuno evocar Braga, que afirma:

O grande problema é que não estava o Brasil preparado para as conseqüências desse súbito aumento nas expectativas de vida, que fez surgir uma geração de pessoas velhas, ainda aptas a trabalhar, em uma idade na qual, até então, normalmente se esperava que já estivessem mortas ou sem qualquer condição para o trabalho [...].³¹

Dessa forma, no âmbito do direito, os arranjos familiares que contemplem pessoas idosas requerem discussão aprofundada sobre as possibilidades amparadas legalmente, quais sejam casamento e união estável, em especial esta última, que será objeto de discussão, a fim de que em eventual dissolução *inter vivos* da entidade familiar ou sua dissolução *mortis causa* haja um mínimo de equanimidade na partilha de bens. Logicamente, o novo ordenamento brasileiro se pauta essencialmente pela relação conjugal ou de companheirismo com base no

³⁰ LIMA, Roberta de Abreu. O recomeço depois dos 60. *Revista Veja*, São Paulo: Abril, v. 2161, n. 4316, 2010, p. 112-113.

³¹ BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 112.

princípio da afetividade ou personalismo (*affectio maritalis*) e não no patrimonialismo, como fora até então. No entanto, os arranjos familiares tendem a se tornar cada vez mais complexos e com desdobramentos na dimensão patrimonial, exigindo leitura jurídica sobre o tema com maior amplitude e criticidade, de forma a não se afastar quaisquer dimensões. Essas mudanças em curso da própria família são bem diagnosticadas por Myriam Moraes Lins de Barros quando afirma:

Muito se discute sobre a ‘crise’ da família, conseqüência da baixa taxa de fecundidade, do aumento da expectativa de vida e, conseqüentemente, da crescente proporção da população de mais de 60 anos, mas, também, do declínio da instituição do casamento e da espraiada aceitação social do divórcio. De fato, o que observamos não foi exatamente o enfraquecimento da instituição família, mas o surgimento de novos modelos familiares, derivados desses fenômenos sociais e, sobretudo, das transformações das relações de gênero [...].³²

Antes de se prosseguir na análise das implicações jurídicas do aumento da população idosa no Brasil, cabe assinalar que este vocábulo, como foi designado alhures, indica a pessoa humana que se encontra no ciclo existencial da velhice. No Direito, o termo idoso foi consagrado na Constituição Federal art. 230, caput e § 1º, cuja demarcação baseada no critério cronológico ficou evidenciada com a edição da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que em seu art. 1º afirma: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”³³.

Por outro lado, verifica-se aplicação de diferentes termos para designar a pessoa idosa, o que dificulta ainda mais um entendimento dos problemas desse segmento. Nesse sentido, Wladimir Novaes Martinez enumera vários nomes utilizados na sociedade brasileira, conforme abaixo:

Depois de certa hesitação e estabelecendo-se alguma confusão, consagra-se o vocábulo idoso em detrimento de velho. Mas são também usados meia-idade, idade propecta, idade avançada. Pouquíssimas vezes emprega-se decrépito, senil, macróbio, e, ainda, a senectude ou ancianidade. Algumas curiosidades estão

³² BARROS, Myriam Moraes Lins de. Velhice na contemporaneidade. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (org.). *Família e envelhecimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 7.

³³ BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1º. de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

presentes, como juvelhice, envelhecete, terceirista, mera tentativa de criar neologismo.³⁴

Segundo Coruja, mais recentemente tem sido propagada a expressão “terceira idade” para representar as pessoas que se aposentam em faixa etária considerada jovem. Ainda para Coruja, firmando-se em Clarice Ehlers Peixoto, a expressão “terceira idade” desencadeia discriminação na medida em que tenta situar de um lado “jovens idosos”, os quais desenvolvem atividades laborais e têm participação intensa na vida social, dos “velhos idosos”, que se caracterizam pela incapacidade de desenvolver atividades físicas e estão excluídos das relações sociais e passam a ser consideradas como de quarta idade – pessoas com mais de 75 anos.³⁵

De qualquer modo, no campo jurídico prevalece o critério cronológico para situar as pessoas consideradas idosas, o que acaba por abranger indivíduos em distintas faixas etárias (60, 70, 80, 90, 100) e em diferentes condições existenciais. Esta generalização da norma para lidar com as questões envolvendo um segmento heterogêneo certamente leva a incongruências, mas que não serão discutidas nesta pesquisa. Diante disso, doravante será utilizado termo idoso dentro da concepção delineada tanto na Constituição Federal, quanto no próprio Estatuto do Idoso, ou seja, para designar “as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Feito isso, fazendo coro com Séguin, entende-se que, apesar da existência de norma especial que trata de questões jurídicas envolvendo pessoas acima de 60 anos, na forma do Estatuto do Idoso, observa-se no Brasil que na prática, esse segmento nem sempre tem recebido a atenção na medida de sua importância no atual contexto, por exemplo, aprofundamento de debates jurídicos sobre problemas relacionados ao idoso. Sequer são

³⁴ Apud. AGUSTINI, Fernando Coruja. *Introdução ao direito do idoso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 23.

³⁵ AGUSTINI, Fernando Coruja. *Introdução ao direito do idoso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 24 a 25.

propostas problematizações relevantes sob a perspectiva das pessoas que se encontram na fase de vida da velhice, o que torna oportuno evocar questões apresentadas por Séguin:

[...] Qual o tratamento jurídico que deve receber (o idoso): de proteção ou de restrição de direitos? Ela (a velhice) é determinada apenas pelo tempo ou entram outros componentes na sua definição? É atingida (a velhice) instantaneamente ao completar determinada idade, não importando as condições físicas (e psicológicas)?
 [...] Todos são considerados velhos tendo como parâmetro apenas o fator tempo?
 [...] ³⁶

Segundo a análise feita por Séguin, no ordenamento jurídico brasileiro a temática do idoso tem contemplado, historicamente, aspectos previdenciários ou regras do Código Civil com o propósito de proteger esse segmento, mas de fato, se reveste de uma restrição de direitos, *in verbis*:

No Brasil, a abordagem jurídica do velho tradicionalmente foi mais voltada para aspectos previdenciários ou dispositivos do Código Civil com o intuito de proteção, que na realidade traduzia uma restrição de direitos [...]. ³⁷

Numa reportagem recente veiculada no jornal Valor Econômico, foi abordado o crescimento de matrimônio entre as pessoas acima de 50 anos, a partir de Estatísticas do Registro Civil de 2008, divulgadas pelo IBGE. O enfoque dado na notícia era a preocupação das uniões de pessoas mais velhas, normalmente aposentadas, com as mulheres mais jovens, haja vista a pensão por morte dos esposos que estas tendem a receber bem mais cedo e que se estende por muitos anos. Em função desse fenômeno constatado, destaca a reportagem, alguns analistas identificam impactos representativos nas contas da Previdência Social (INSS), aumentando ainda mais o *déficit*. Os dados indicam também crescimento significativo na formação matrimonial entre os que estão na faixa entre 60 e 64 anos, bem como entre aqueles que estão acima dos 65 anos, cabendo citar:

Entre 2003 e 2008, o total de casamentos no Brasil aumentou 28,6%, ritmo superado de longe pela alta de 76% dos matrimônios de homens entre 50 e 54 anos e de 75,6% entre aqueles com 55 e 59 anos. As uniões envolvendo homens entre 60 e 64 anos, por sua vez, subiram 51,3%; e entre os com mais de 65 anos, 35%. Em termos

³⁶ SÉGUIN, Elida (org.). *O direito do idoso*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 7.

³⁷ SÉGUIN, Elida (org.). *O direito do idoso*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 8.

relativos, os maiores aumentos ocorreram nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste [...].³⁸

O escopo da presente pesquisa não é exatamente analisar os impactos da constituição matrimonial de idosos com pessoas mais jovens na Previdência Social, mas a reportagem acima, com base em dados do IBGE, evidencia um fenômeno de relevância a ser discutido, qual seja, o aumento dos casamentos nesse segmento, que decorre de maior longevidade e melhor qualidade de vida das pessoas. Não foi abordada a situação de idosos que preferem constituir união estável, que de forma semelhante, será objeto essencial desta pesquisa. Também não ficou patente na referida reportagem se os matrimônios levantados no IBGE referem-se a novos arranjos familiares ou às primeiras relações afetivas formadas pelas pessoas idosas. Considerando outras análises estatísticas do IPEA (Tópico 1.2 abordado anteriormente) e as próprias faixas etárias desse segmento, infere-se que os referidos matrimônios já consistem em novas relações afetivas, que na realidade brasileira tem ocorrido tanto na modalidade de casamento quanto na de união estável.

³⁸ PENSÕES CRESCEM COM CASAMENTOS. São Paulo, 07 dez. 2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/?impresso/caderno_a/83/5986006/pensoes-crescem-com-casamentos>. Acesso em: 07 dez. 2009.

2 FAMÍLIA, ENTIDADES FAMILIARES E REGIMES DE BEM

2.1 Família: conceito, características e princípios

A família brasileira passou por significativas mudanças de função, natureza, composição e, por conseguinte, de concepção, especialmente a partir do surgimento do Estado social durante o século XX. No caso da família patriarcal, perdurou desde a Colônia, passando pelo Império e boa parte do século XX, entrando em declínio com a Constituição de 1988. Dessa forma, segundo Paulo Lobo, os tipos de família atualmente observados estão firmados no princípio da afetividade, que implica união por laços de liberdade e responsabilidade, na colaboração e na comunhão de vida. As relações baseadas em *affectio* estão amparadas pelo Estado e são oponíveis contra o próprio Estado e à sociedade.³⁹

De acordo com Paulo Lôbo, a família, no processo evolutivo, passou por diferentes funções, de acordo com o momento histórico, verificando-se perspectivas de cunho religioso, político, econômico ou procracional. De qualquer modo, prevalecia uma estrutura patriarcal calcada na prevalência do poder masculino sobre a mulher – poder marital e sobre os filhos – ou seja, o pátrio poder. Quanto à função religiosa e política, numa referência implícita aos estudos feitos por Fustel de Coulanges, o autor entende que atualmente já não se verifica os seus resquícios, haja vista que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses de vida.⁴⁰

Segundo Lôbo, a função econômica da família também já não apresenta aderência com a realidade – outrora requeria maior número de membros, especialmente filhos – visto que a família não é mais unidade produtiva nem garantia (sobrevivência) para a velhice, pois esta atribuição foi assumida pela previdência social. Nesse sentido, prossegue Lôbo, foi fator

³⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.1.

⁴⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.2.

decisivo a progressiva independência econômica, social e jurídica feminina, bem como a redução da quantidade média de filhos das entidades familiares.⁴¹

De forma semelhante, conforme Lôbo, a função procracional, perdeu sentido na sociedade hodierna, mesmo porque muitos casais priorizam suas vidas profissionais em detrimento de filhos, ou mesmo em razão de infertilidade. De qualquer modo, o direito abrange esse tipo de união, destacando-se que um dos fundamentos da afetividade – princípio do atual modelo familiar – é a solidariedade consignada no art. 3º, início I, da Constituição Federal⁴² e a procriação torna-se supérflua.⁴³

Também de acordo com Lôbo, a Constituição de 1988 contemplou explicitamente três tipos de entidades familiares – matrimonializada, união estável e entidade monoparental – possibilitando, ainda, a interpretação extensiva, de forma a abranger outras entidades implícitas. Nesse sentido, o autor citando Caio Mário da Silva Pereira, apresenta algumas inovações de direito de família na Constituição:

- a- proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b- a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c- os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d- reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal.⁴⁴

Mas afinal, que é família? Segundo Paulo Nader, a despeito da complexidade da conceituação de família, torna-se necessário fazê-la, sob pena de dificultar a visualização do objeto de estudo, atentando-se para sua limitação espaço-temporal. Feita essa ressalva e não sendo também aqui o espaço para aprofundar esta questão, verifica-se em Nader o seguinte conceito, com qual compartilhamos:

⁴¹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.3.

⁴² BRASIL, Constituição da República Federativa do. 6. ed. São Paulo: 2008, p.7.

⁴³ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.3.

⁴⁴ Apud. LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6 e 7.

[...] é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum [...].⁴⁵

Na concretude e nas próprias previsões legais do direito envolvendo questões familiares, reconhece Nader que a família se manifesta de forma multivariada, onde se verificam as formas constituídas pelo matrimônio, união estável, relação monoparental e relacionamentos afetivos não designados explicitamente na Constituição. Além disso, destaca Nader que a família é um fenômeno que antecede o Direito e se molda naturalmente e espontaneamente, conforme a cultura, daí a sua dinâmica e transformação ao longo do tempo. Logicamente, admite o autor, que há normas ou regras que regulam as relações afetivas constituídas. *In verbis*:

As relações familiares não são criadas pelo Direito de Família; este apenas dispõe sobre o fato natural, espontâneo, que é a formação da associação doméstica. Enquanto a família é um *prius*, o Direito que a disciplina é *posterius* [...] A constituição da família é de livre iniciativa dos indivíduos, mas os efeitos jurídicos são os previstos pelo ordenamento [...].⁴⁶

Seguindo linha de raciocínio similar, verifica-se em Semy Glanz detalhamento conceitual sobre a amplitude do referido termo, o que é oportuno para a presente discussão, a saber:

A família contemporânea pode ser conceituada como um conjunto, formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, em geral morando sob o mesmo teto, e mantendo ou não a mesma residência (família nuclear). Pode ser formada por duas pessoas, casadas ou em união livre, de sexo diverso ou não, com ou sem filho ou filhos; um dos pais com um ou mais filhos (família monoparental); uma só pessoa morando só, solteira, viúva, separada ou divorciada ou mesmo casada e com residência diversa daquela de seu cônjuge (família unipessoal); pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade [...].⁴⁷

Na época atual, a família caracteriza-se, segundo Paulo Lobo, pelo espaço de realização da afetividade humana, deslocando o foco da função econômica-política-religiosa-

⁴⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 3.

⁴⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 4.

⁴⁷ GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado – inclusive o novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30.

procracional para essa nova função. Com esse deslocamento, ocorre o fenômeno jurídico-social chamado de repersonalização das relações civis, que consiste numa maior valorização do interesse da pessoa humana do que de suas relações patrimoniais. Na discussão a respeito das influências do patrimonialismo ainda presente no Código Civil atual, não obstante os regramentos mais progressivos presentes na Constituição, o autor conceitua o termo repersonalização buscando destacar a maior amplitude ontológica do ser humano, que segundo ele, não tem relação com o retorno do individualismo liberal.⁴⁸ Cabe aqui citar o próprio autor:

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar [...] A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.⁴⁹

Conforme Lobo, a família atual só é compreensível se considerada como espaço de realização pessoal afetiva, de forma que os interesses patrimoniais tenham um papel periférico. Na mesma linha de raciocínio, o autor assinala que a repersonalização das relações revitaliza as entidades familiares, nos mais diversos tipos ou arranjos, *in verbis*:

[...] A afetividade, assim, desponta, como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.⁵⁰

É preciso antecipar algumas reflexões, cujos aprofundamentos estarão no tópico seguinte, quando se tratar do regime de bens: há, de fato, um dilema entre patrimonialismo (viés econômico) e o personalismo (afetividade, a pessoa humana) no que tange às relações de família? A prevalência de um dos aspectos em determinada situação e contexto não seria plausível e até mesmo oportuno (esperado) considerando a história de vida das pessoas

⁴⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11 e 12.

⁴⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12 e 13.

⁵⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.13.

envolvidas em dada entidade familiar? Entende-se que tanto o aspecto patrimonial quanto o afetivo sejam coexistentes e não mutuamente excludentes, bem como nenhum prepondera, a princípio, sobre o outro ou não há nenhum tipo de relação causal entre ambos. Nesse sentido, o próprio Lobo admite que a dimensão patrimonial seja inerente à relação familiar e nas suas palavras:

Evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros.⁵¹

Ora, sem querer adentrar em discussões complexas e infundáveis de interpretações do marxismo, porquanto não é escopo desta pesquisa, cabe parodiar aqui uma metáfora apresentada por Michael Löwy nas discussões sobre ideologias e Ciência Social, que coloca a seguinte questão: “o que acontece com uma pluma que flutua ao vento? Mais cedo ou mais tarde, a pluma termina por cair em algum lugar, porque existe a lei da gravidade”.⁵² Da mesma forma quando Lobo afirma alhures que a Constituição Federal inovou ao enfatizar “os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, em detrimento dos interesses patrimonializantes”, na prática, tal assertiva não encontra ancoragem, pois cada indivíduo manifesta tais “interesses” em todas as dimensões existenciais (de classe social, de afetividade, de cunho patrimonial, de natureza sexual etc.), o que implica reconhecer que ninguém se relaciona estritamente por um motivo específico ou fica pairando por outras razões consideradas nobres ou de solidariedade, embora isso não seja totalmente descartado.

Em Paulo Nader, verifica-se também a leitura de uma realidade polissêmica na composição do elo familiar, que se manifesta por meio de interesses morais, afetivos e econômicos. Não haveria razão, então, para considerar uma dimensão menos significativa do que a outra, o que não afasta, no entanto, concretamente, a possibilidade de uma delas ser

⁵¹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10.

⁵² LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 1992, p. 85.

preponderante, e.g., a patrimonial, em determinada condição e situação específica e sem que isso descaracterize a definição de família nos moldes constitucionais. Assim, posiciona-se

Nader:

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social *sui generis*, que encerra interesses morais, afetivos e **econômicos**. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade. [...] Além dos elos morais, a pequena sociedade visa a formar um patrimônio para a provisão das necessidades materiais de seus membros [...].⁵³

Ainda nessa perspectiva de análise, em Carlos Roberto Gonçalves, a formação de família gera conseqüências de três naturezas: a) pessoal; b) social; c) patrimonial. Os aspectos pessoais restringem-se, em geral, conforme o autor, aos cônjuges e filhos, sendo eminentemente de natureza ética e social. As conseqüências jurídicas desses aspectos contemplam os direitos e deveres dos cônjuges - união exclusiva e fidelidade recíproca - e dos pais em relação aos filhos. Quanto aos efeitos sociais, Gonçalves destaca as relações sexuais do casal dentro do matrimônio, em que o ordenamento proíbe a prática com outrem e define o *debitum conjugale*. Os aspectos sociais com implicações jurídicas envolvem a interferência do Estado na definição de regras da relação conjugal, das responsabilidades dos cônjuges, dos deveres e direitos. Em relação aos efeitos patrimoniais, pondera Gonçalves que este aspecto se manifesta no regime de bens, nas doações mútuas, na obrigação de sustento que um tem para com o outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos no transcorrer do poder familiar, no direito sucessório etc.⁵⁴

Feito isso, Paulo Lobo identifica princípios que regulam as relações de família, sendo uns de caráter fundamental e outros de ordem geral, a saber: a) fundamentais: dignidade da pessoa humana e solidariedade; b) gerais: igualdade, liberdade e afetividade, entre outros. No

⁵³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 5 e 6.

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 165 a 170.

que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, o autor entende tratar-se de núcleo existencial inerente a todas as pessoas, o qual se impõe como um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. O autor evoca Kant, que tem a seguinte visão:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁵⁵

Antes de pontuar os princípios fundamentais identificados por Lobo, convém mencionar que para Washington de Barros Monteiro, no direito de família, há certamente um caráter pessoal inerente ao grupo familiar, de cunho moral. Por outro lado, prossegue Monteiro, firmando-se em Savigny, indiretamente há relações de perspectiva econômica, que trata dos bens da própria família.⁵⁶

Segundo Lobo, firmando-se em Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana é de caráter intersubjetivo e relacional, o que implica um dever de respeito mútuo dentro da comunidade. Nesse contexto, a família se mostra como espaço para realização de uma existência digna e de vida em comunhão com a alteridade.⁵⁷

Já o princípio da solidariedade decorre, conforme Lobo, da superação do individualismo jurídico – este consistia no predomínio dos interesses particulares. Na verdade, como forma de minimizar a supremacia do individualismo, no processo histórico foram delineados os direitos sociais, os quais contemplam o direito de família e os direitos econômicos. Na sociedade contemporânea, o autor destaca como a solidariedade possibilita um equilíbrio entre privado e público, que pode ser depreendida de sua afirmação a seguir transcrita:

⁵⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.37.

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 5.

⁵⁷ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.38.

[...] No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.⁵⁸

Com a introdução do princípio da igualdade pela Constituição de 1988, na concepção de Lobo, trouxe mudanças significativas no direito de família, na medida em que aboliu a questão da legitimidade e as discriminações daí decorrentes, a exemplo de filho legítimo e ilegítimo, família matrimonializada e demais uniões, direitos diferenciados entre os cônjuges. O princípio da igualdade não anula as diferenças de ordem natural ou cultural que há entre pessoas e entidades familiares, de modo que, prossegue o autor, homem e mulher são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares apresentam suas peculiaridades.⁵⁹

Quanto ao princípio da liberdade na perspectiva do direito de família, segundo Lobo, está relacionado à faculdade de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, isento de quaisquer intervenções ou restrições provenientes de parentes, da sociedade ou do legislador. Naturalmente o exercício de tal liberdade ocorre observando regras presentes no ordenamento jurídico, especificamente no Direito de Família. Nesse sentido, o autor apresenta as seguintes idéias:

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar [...] O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção [...].⁶⁰

Quanto ao aspecto da afetividade, inicialmente, cabe destacar que desde muito tempo Coulanges ao analisar a etiologia da família a partir do direito grego e romano, constatou que

⁵⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.40.

⁵⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.44.

⁶⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.47.

o afeto natural não explicava a união entre um homem e uma mulher, mas a religião seria seu ambiente catalisador, *in verbis*:

O esteio da família não o encontramos tampouco no afeto natural. O direito grego como o direito romano não tinham em conta este sentimento. Este podia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era. [...] Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas seguramente foi a religião que lhe deu as suas regras, daí resultando receber a família antiga constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido seus únicos causadores [...].⁶¹

Em relação ao princípio da afetividade, Lobo entende tratar-se do predomínio das relações socioafetivas e na comunhão de vida, em detrimento dos aspectos biológicos e patrimoniais. Quanto a esse suposto dilema, já se apresentou anteriormente ponderações contra tal visão, que se mostra, na prática, de difícil constatação. Nas palavras do autor:

[...] O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais [...].⁶²

Destaca, ainda, Lobo, que o princípio de afetividade não se refere ao afeto, já que este consiste num estado de alma ou *animus*, em que os sujeitos lidam com categorias como amor, ódio, afeição, desafeição, sentimento de aproximação ou repulsa etc. No caso da afetividade, ocorre uma imposição de direitos e deveres recíprocos nas relações familiares e nas suas palavras:

[...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência [...].⁶³

No mundo hodierno, que interesse (s) ou elo (s) subjaz (em) à constituição de um casamento ou união estável? Em princípio, poderíamos afirmar que seria a *affectio maritalis*, mas não haveria também interesse patrimonial? Nesta última hipótese, quando apenas o idoso

⁶¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶² LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.48.

⁶³ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.49.

se fixa a partir de *affectio* e a outra pessoa com base em fins econômicos, como o direito poderia contribuir para minimizar eventuais conflitos por conta de dissolução *inter vivos* e *mortis causa* (da união estável de idoso), resguardando o patrimônio do idoso? O regime de separação obrigatória de bens seria um mecanismo necessário ou criaria obstáculo para o idoso constituir união estável?

2.2 Entidades familiares: concubinato, união estável e casamento

Com o advento da Constituição de 1988, art. 226, as mudanças das relações familiares que já vinham em curso passaram a se sedimentar, cabendo registro a menção constitucional do fim da discriminação das entidades familiares não matrimonializadas, as quais passaram a receber proteção semelhante às definidas pelo casamento, a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, na sociedade conjugal e na união estável, a igualdade entre filhos de qualquer origem. Destaque-se, novamente, que a Constituição passou a dar proteção por parte do Estado não apenas à família matrimonializada, mas também à união estável, à entidade monoparental, bem como a outras entidades implícitas, mediante uma exegese extensiva e sistemática.⁶⁴

Nader, na mesma perspectiva de raciocínio, entende que até a vigência do Código Civil de 1916, as relações afetivas extramatrimonialmente eram consideradas concubinato, as quais ficavam praticamente sem proteção legal. Algumas medidas no curso da história do Direito de Família no Brasil foram adotadas para reduzir essa marginalização nesse tipo de relação afetiva, a exemplo da Súmula 380 do STF, editada em abril de 1964, a qual buscou resguardar direitos patrimoniais dos até então concubinos, conforme a seguir:⁶⁵

⁶⁴ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6-7 e 24.

⁶⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 468.

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Coltro, ao analisar a família enquanto fenômeno sócio-jurídico faz certa regressão no tempo para apresentar a amplitude dessa instituição, especialmente pontuando diversos casos de concubinato (família de fato) verificados na história humana desde a antiguidade. Sua conclusão sobre o conceito de família é objetivo, mas enfático, senão vejamos:

A família surgiu antes do casamento, este último uma criação humana; aquela, como dito, um fato natural [...].⁶⁶

Segundo José Ferreira Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, citados por Coltro, a relação afetiva não se circunscreve ao matrimônio, ao contrário, impõe-se enquanto realidade mais abrangente e não está condicionada necessariamente a um vínculo matrimonial, *in verbis*:

[...] a relação de fato entra igualmente no âmbito do juridicamente relevante. A rigor não é essencial o nexa família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento. Isto significa, portanto, que casamento e família são realidades diversas.⁶⁷

Segundo Coltro, a Constituição de 1988 veio admitir a mudança verificada na sociedade e na própria jurisprudência, a qual já vinha ampliando o escopo de relação afetiva nos seus julgados, inclusive reconhecendo direitos a pessoas com relacionamento extramatrimonial como se casadas fossem. Assim, de acordo com Sílvio Rodrigues, citado pelo autor:

[...] o casamento perdeu, para o constituinte de 1988, aquela posição de primazia, que desfrutava anteriormente; hoje é a família, derivada ou não do matrimônio, vinda ou não da união estável entre um homem e uma mulher, ou mesmo a

⁶⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 19.

⁶⁷ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 24.

comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que está sob a proteção especial do Estado.⁶⁸

Guimarães diferencia união estável de concubinato, onde este se caracteriza pela incompatibilidade com uma situação já verificada de fato (união estável) ou jurídica (casamento), portanto, indica a hipótese de uma pessoa casada ou companheira que tenta constituir uma nova relação afetiva, contrariando o Direito de Família. Em convergência à interpretação de Nader sobre esse tema, Guimarães defende que o concubinato não tem nenhuma proteção legal, exceto o direito a patrimônio quando provada a aquisição por esforço comum, o que já era previsto na Súmula 380 do STF, como forma de evitar o enriquecimento ilícito.⁶⁹ No tópico de regime de bens será discutida a vigência e aplicação desta súmula sob o enfoque de alguns doutrinadores.

Ainda, segundo Guimarães, a definição do art. 1.727, CC, não reflete de forma adequada a abrangência das hipóteses factuais, pois as pessoas casadas e separadas de fato podem estabelecer uniões estáveis, apesar de não poderem se casar. Nesse sentido, afirma:

[...] Melhor seria definir o concubinato como a união mantida concomitantemente ao casamento ou à união estável, de forma não-eventual e por um prazo de duração razoável, com ou sem existência de filhos, introduzindo um parágrafo no qual conste que será partilhável o patrimônio amealhado na constância do concubinato, com a colaboração direta ou indireta do outro, para evitar enriquecimento ilícito.⁷⁰

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a definição de união estável deve ser realizada a partir da idéia de família. É preciso, então, lidar com os elementos que compõem uma entidade familiar, a fim de identificar uma união estável, na forma sedimentada pela jurisprudência e doutrina, a saber: durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto,

⁶⁸ Apud. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 3, p. 28.

⁶⁹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 304.

⁷⁰ GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 305.

prole, relação de dependência econômica. Todavia, destaca o autor que a ausência de qualquer destes elementos *per se* não significa a inexistência de uma união estável:

[...] Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se [...].⁷¹

Ao tratar da diferença entre concubinato e união estável, Cunha busca traçar os seus elementos característicos e peculiares, assinalando que isto se faz necessário não só para se adequar ao princípio jurídico da monogamia adotado no Brasil como para evitar injustiças. Além disso, busca-se deixar claro o encaminhamento jurídico a ser utilizado em cada uma das hipóteses, conforme ficar caracterizado união estável ou concubinato, *in verbis*:

Assim, com a evolução do pensamento construtor da doutrina sobre o direito concubinário, podemos dizer que o concubinato não adulterino é a união estável e o adulterino continua sendo o concubinato propriamente dito [...].⁷²

Quanto ao art. 1.727 do Código Civil, Cunha, de modo semelhante a Guimarães, critica a forma disposta, pois ao invés de deixar clara a intenção do legislador, dá margem a outras interpretações, inclusive gerando conflito com o contido no §1º do art. 1.723, que designa como união estável os separados de fato e judicialmente. *In verbis*:

[...] Entretanto, em vez de usar a palavra ‘adulterino’ ou outra melhor, acabou utilizando ‘impedidos de casar’. Tal expressão não traduz o espírito e o sentido desse artigo que quis, exatamente, diferenciar união estável e concubinato. Os separados judicialmente, por exemplo, são impedidos de se casar e, no entanto, são livres para estabelecer uma união estável. Essa expressão deveria ser modificada para traduzir com mais clareza o sentido e o espírito do referido dispositivo. Caso essa modificação não se opere, restará incoerente e contraditório com o §1º do art. 1.723 [...].⁷³

De acordo com Cunha, é relevante a diferenciação entre relações de concubinato e de união estável, a fim de se utilizar os instrumentos jurídicos adequados para um e outro diante

⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 227.

⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 231.

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 232.

do caso concreto. Na primeira hipótese, a solução de litígios será baseada no direito obrigacional, enquanto na segunda o referencial estará no Direito de Família. Nesse sentido assevera o autor:

A distinção entre concubinato e união estável faz-se necessária para aplicar as medidas e conseqüências jurídicas em cada um dos institutos. Os direitos e deveres decorrentes de uma união estável serão buscados no campo do Direito de Família utilizando-se seus marcos teóricos [...] O concubinato, assim considerado aquele adúltero ou paralelo ao casamento ou a outra união estável, para manter-se a coerência no ordenamento jurídico brasileiro – já que o Estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo – poderá valer-se da teoria das sociedades de fato e, portanto, no campo obrigacional [...].⁷⁴

Segundo Cunha, a união estável vem sofrendo ao longo do tempo muita intervenção estatal, aproximando-se cada vez mais do casamento e perdendo sua característica de livre. É interessante assinalar que esta convergência entre os institutos, no nosso entendimento, deve ser analisada sob a perspectiva de direitos e deveres, de modo a se evitar tratamentos distintos para situações equivalentes e para pessoas nas mesmas condições, como adiante se discutirá ao tratar do regime de bens, *v.g.*, o idoso que constitui casamento e o que forma união estável. Assim, cabe aqui transcrever a posição de Cunha sobre a questão:

Por mais que a união estável seja o espaço do ‘não instituído’, à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento. Com isso, aos poucos, vai deixando de ser uma ‘união livre’, como, aliás, muitas vezes denominada, para ser uma união ‘amarrada’ às regras impostas pelo Estado. Este é um paradoxo com o qual teremos de aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações mais íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca [...].⁷⁵

A união estável nos moldes jurídicos atuais foi delineada a partir da Constituição de 1988, especificamente, por meio do art. 226, § 3º, cujo conceito foi inserido no art. 1.723 do Código Civil, o qual apresenta o seguinte enunciado:

⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 233.

⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 237.

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.⁷⁶

Para Carlos Roberto Gonçalves, a união estável caracteriza-se pela inexistência de formalismo quando de sua constituição, enquanto o instituto do casamento se reveste de solenidades, tais como, habilitação, publicação dos proclamas, registro, entre outras.⁷⁷

Segundo Antônio Carlos Mathias Coltro, citado por Gonçalves, a união estável se constitui:

A partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade.⁷⁸

Por se manifestar na forma descrita por Coltro, argumenta Gonçalves, firmando-se também em Euclides de Oliveira, a união estável ao tempo em que tem a vantagem de ser dissolvida com maior facilidade, sendo suficiente concordância entre os companheiros, por outro lado fica difícil a sua comprovação pela inexistência de documento que demonstre sua constituição. Como alternativa para minimizar a dificuldade de provas, Euclides de Oliveira, citado por Gonçalves, sugere a elaboração de contrato de convivência ou até mesmo a ritualização do início de convivência com presença de amigos e familiares, conforme abaixo:

Por meio de um contrato de convivência entre as partes, que servirá como marco de sua existência, além de propiciar regulamentação do regime de bens que venham a ser adquiridos no seu curso. Os mais preocupados ainda poderão, ao seu alvitre, solenizar o ato de união mediante reunião de familiares e amigos para comemorar o evento, até mesmo com troca de alianças e as bênçãos de um celebrante religioso, em festa semelhante às bodas oficiais.⁷⁹

Segundo Venosa, identifica-se no art. 1.723, do Código Civil, o aspecto de estabilidade, que é indicada pelo termo duradoura, sugerindo certo espaço de tempo para caracterizar a união estável. Cabe destacar, que o tempo não é absoluto. Outro ponto é a

⁷⁶ BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 284.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 548.

⁷⁸ Apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 548.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 548.

continuidade do relacionamento, ou seja, sem interrupções. Também a relação pressupõe a diversidade de sexo, ou seja, só pode ser constituída por homem e mulher. A publicidade consiste na notoriedade da relação, de modo que o casal se apresenta como se marido e esposa fossem diante da sociedade. Finalmente, há necessidade do *animus* de constituir família, ainda que não tenha prole.⁸⁰

Mais adiante, o autor apresenta outro aspecto caracterizador da união estável, a saber:

Outro elemento que pode ser levado em consideração é a habitação comum. O legislador não a mencionou no que andou bem. A Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal já dispunha que ‘a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato’. A experiência social demonstra que há uniões sólidas, duradouras e notórias sem que o casal resida sob o mesmo teto [...].⁸¹

Em relação ao instituto do casamento, para Washington de Barros Monteiro, é uma “união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”. Sobre essa definição a atualizadora da obra de Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, ressalva que a procriação atualmente não é a finalidade deste instituto.⁸²

Sem entrar em polêmicas sobre a concepção, finalidade e natureza jurídica do instituto do casamento, convém destacar em linhas gerais suas características, que segundo Monteiro, o referido instituto apresenta natureza de ordem pública, já que o seu regramento transcende a órbita particular. Também ocorre por união exclusiva, de modo que a não observância desta regra gera um ilícito penal e implicações no âmbito cível. Além disso, o casamento se dá em comunidade de vida para os cônjuges e não aceita termo ou condição, ou seja, é um negócio jurídico puro e simples.⁸³

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6, p. 41 a 44.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6, p. 45.

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 22.

⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 22.

Quanto à natureza jurídica do casamento, conforme Monteiro, a concepção clássica entendia como uma relação contratual, em que o elemento volitivo das partes era essencial para a existência do instituto. Para a concepção supra-individualista, o casamento se caracteriza como uma instituição social, de modo que os nubentes têm a liberdade até o momento em que decidem por constituí-lo, após o qual, todo o regramento provém da própria lei. Já para uma terceira corrente, o matrimônio compreende um ato complexo, que envolve simultaneamente contrato e instituição. Para o autor, em particular, o instituto se caracteriza por um contrato especial, conforme se verifica abaixo:

Assim, o caráter volitivo está presente no casamento, em sua formação, duração e dissolução. Em razão de sua regulamentação ser realizada, em grande parte, por normas de ordem pública, de caráter imperativo, sua natureza contratual é especial: é um contrato de direito de família.⁸⁴

Na análise entre os institutos da união estável e casamento, Paulo Lobo pondera que a interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição deve ser realizada dentro de uma perspectiva mais sistemática, observando-se as demais regras e os princípios constitucionais, em especial o da igualdade dos institutos. Nesse sentido, assinala o autor que a possibilidade de converter a união estável em casamento não significa uma subordinação dos institutos, mas um indicativo para facilitar eventual conversão, se assim optarem os companheiros. Caso estes desejem continuar na união estável, a proteção constitucional é plena com base no princípio da igualdade definido para as entidades familiares. *In verbis*:

Com efeito, a norma do § 3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração, como de resto estabeleceu o art. 1.726 do Código Civil [...] Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana [...].⁸⁵

⁸⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 23 e 25.

⁸⁵ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59.

Paulo Lobo admite diferenças entre casamento e união estável, mas isso não significa estabelecer tratamento desigual para situações em que os institutos se mostrarem juridicamente semelhantes, não havendo, portanto, prevalência de um sobre o outro. *In verbis*:

(união estável) É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia [...] Finalmente, o Código Civil de 2002 sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando-se, em consequência, a legislação anterior. Todavia, a preferência evidente do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades [...].⁸⁶

O autor reforça a idéia da semelhança entre o casamento e a união estável, a despeito de suas peculiaridades, a partir das características comuns, a saber: a) publicidade ou ostensibilidade da convivência; b) afetividade; c) estabilidade. Segundo Paulo Lobo, a diferença destacada na lei consiste na convivência de um homem e de uma mulher em posse de estado de casados, isto é, portam-se como se casados fossem, gerando os mesmos componentes essenciais: impedimentos para constituição, direitos e deveres comuns, regime legal de bens, alimentos, poder familiar, relações de parentesco, filiação. *In verbis*:

[...] o casamento é ato jurídico formal e complexo, enquanto a união estável é ato-fato jurídico. Por ser ato-fato jurídico, a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica [...].⁸⁷

Para Belmiro Pedro Welter, citado por Semy Glanz, a união estável encontra-se no mesmo nível do casamento, tendo como única diferença o modo de prova: na união estável é pós-constituída, enquanto no casamento é pré-constituída, *in verbis*:

[...] no casamento é pré-constituída (certidão de casamento), e na união estável é pós-constituída, mas em ambos os casos deve habitar o firme propósito de constituir família.⁸⁸

⁸⁶ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 148 e seguintes.

⁸⁷ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

⁸⁸ Apud. GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado – inclusive o novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.97.

Nessa mesma perspectiva de análise, Guimarães considera que, a despeito de união estável e casamento apresentarem certas diferenças, ambos os institutos estão direcionados para idênticos valores e mesmo campo fático, manifestando-se também de forma semelhante.

In verbis:

Embora diferentes, as definições legais de casamento e união estável convergem nos mesmos valores, pois a comunhão plena de vidas acontece tanto no casamento como na união estável, dando início à constituição de uma família [...] a família é o espaço em que o ser humano busca suprir a sua natural incompletude através do laço amoroso e da solidariedade que deve ser assegurada também na questão patrimonial. A situação fática da união estável é semelhante ao casamento, pois em ambas as pessoas se unem pelo afeto e pelo desejo de comungar suas vidas. A diferença está na formalização, pois o casamento nasce de um ato jurídico expresso enquanto a união estável geralmente é declarada a *posteriori*, pois um de seus requisitos é a continuidade e a duração.⁸⁹

Cabe assinalar que a união estável é uma das modalidades de entidade familiar mencionada no art. 226, *caput*, § 1º, § 3º e § 4º, da Constituição Federal de 1988, a qual assegura especial proteção do Estado a este instituto, cuja possibilidade de convertê-lo em casamento não significa apresentá-lo como uma categoria inferior, *in verbis:*

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

O casamento é civil e gratuita a celebração.

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.

Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁹⁰

Nesse sentido, Maria Berenice Dias é ainda mais enfática que outros doutrinadores defensores da convergência entre união estável e casamento ao destacar que a Constituição Federal, ao tratar da família nos dispositivos acima, enumerou exemplificadamente algumas entidades familiares, sem dotar qualquer delas maior proteção do que outras, ou sem reduzir o papel e importância que cada uma delas possui nas várias situações concretas, não

⁸⁹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 303.

⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.159.

importando, para isso, a ordem com que aparecem na seqüência da enumeração da Carta

Magna, in verbis:

A Constituição, ao garantir especial proteção à família, citou algumas entidades familiares, as mais freqüentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não se confunda com o casamento, ocorreu a equiparação das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção.⁹¹

Observa-se que a referida autora interpreta o enunciado constitucional que trata de família como gênero, cuja extensão não se limitaria às três modalidades de casamento, união estável e família monoparental, o que sinaliza uma regra genérica com possibilidades adaptativas em consonância com a própria sociedade de onde emana tal preceito. Nesse sentido, Maria Berenice Dias recorre a Belmiro Welter, o qual critica veementemente certos doutrinadores que adotam uma interpretação restritiva do art. 226 da Constituição e aludem à união estável como uma entidade de segunda categoria. Segundo Belmiro Welter, citado por Maria Berenice Dias, “[...] há necessidade de afastar essa baixa constitucionalidade que se quer emprestar à união estável, desigualando-a do casamento”.⁹² Fica patente no posicionamento de Welter certa defesa da equiparação dos institutos, faltando, contudo, uma maior elucidação quanto à abrangência do termo “equiparação”.

Apesar do que se vislumbra de semelhanças entre os institutos do casamento e união estável a partir do art. 226 da Carta Magna, na medida em que ambos possuem proteção especial do Estado e são espécies do gênero família, Maria Berenice Dias constata que a legislação pertinente ao tema, que é o Código Civil, dá um tratamento diferenciado para casamento e união estável, o que vai de encontro a todos os avanços consagrados na

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

⁹² Apud. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157.

Constituição de 1988. Diante de tal excrecência, a autora se posiciona contrariamente, conforme sua assertiva a seguir:

Quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tais referências como não escritas. Sempre que o legislador deixa de nominar a união estável frente a prerrogativas [!] ⁹³ concedidas ao casamento, outorgando-lhe tratamento diferenciado, devem tais omissões ter tidas por inexistentes, ineficazes e inconstitucionais. Igualmente, em todo texto em que é citado o cônjuge, é necessário ler-se cônjuge ou companheiro.⁹⁴

Com esse mesmo enfoque, Dias, firmando-se em Paulo Luiz Netto Lobo, rebate o viés discriminatório constante no Código Civil quando o legislador inseriu os dispositivos que tratam da união estável em campo apartado do casamento, o que segundo a autora, não representa isso um desnivelamento entre ambos os institutos, pois o texto constitucional os considera com a mesma especial proteção, a saber:

Porém, inserir a união estável tão distanciadamente do capítulo do casamento revela resistência para reconhecê-la como entidade familiar de igual *status*. Apesar do desdém do legislador, inexistente **hierarquia** entre os dois institutos. O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fonte geradora de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória (grifo da autora).⁹⁵

Destaca Dias que a união estável vem aos poucos ganhando maior regulamentação e se aproximando do instituto do casamento. Em função de ter como referência a relação matrimonializada, a união estável vai se equiparando ao casamento e passando a ter os mesmos benefícios e restrições daquele instituto. Note-se na citação a seguir que a autora reconhece que a equiparação vem sendo atingida, paulatinamente, à custa de regulação que enseja maior intervenção do Estado, ou seja, maior grau de restrições também na união estável, muito embora se mostre contra tal implicação, *in verbis*:

Com isso, aos poucos, vai deixando de ser união livre para ser união amarrada às regras impostas pelo Estado. Esse é um paradoxo com o qual é preciso aprender a conviver, pois, ao mesmo tempo em que não se quer a intervenção do Estado nas

⁹³ A autora reforça a equiparação dos institutos para efeito de prerrogativas (direitos [!]), mas entende-se que tal interpretação se estende aos deveres e restrições, cuja discussão mais adiante se fará.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

relações mais íntimas, busca-se a sua **interferência** para lhes dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca (grifo da autora).⁹⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias pontua de forma efusiva sua oposição ao tratamento diferenciado que o Código Civil adota entre os institutos casamento e união estável. O que não fica muito claro nos posicionamentos da autora, como a citação abaixo, é o conceito e amplitude utilizados para o termo equiparação, mas antecipa-se que sua definição contempla basicamente as “prerrogativas” que são identificadas no casamento, *in verbis*:

O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do Estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei de forma retrógrada e equivocada outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio.⁹⁷

De qualquer modo, com base na posição até aqui defendida por Maria Berenice Dias sobre a equiparação da união estável ao casamento, entende-se que esta interpretação fundamentada no art. 226, caput e § 3º. da Constituição Federal, não se pode limitar somente às prerrogativas ou direitos já consagrados ao casamento e estendê-los à união estável, mas também abranger deveres e restrições, a exemplo da condicionante disposta no art. 1.641, II, CC na união estável de pessoa idosa,⁹⁸ objeto desta pesquisa. Como ambos os institutos são da mesma natureza, conforme posicionamento defendido por Dias, entende-se, diferentemente desta, que não haveria razão jurídica, lógica ou ontológica para tratá-los de forma diferenciada no que se refere às restrições relacionadas, especificamente, ao regime de bens. Mais adiante, quando se discutir o referido dispositivo sob o enfoque dos posicionamentos doutrinários, será evocado mais detidamente o conceito de equiparação.

Na comparação do casamento com a união estável, conforme Dias, a diferença restringe-se à forma de constituição. No primeiro caso, o ponto de demarcação é fixado pela

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

⁹⁸ BRASIL, *Código Civil* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 297.

celebração do matrimônio, já no segundo inexistente termo inicial, pois decorre da sedimentação do vínculo de convivência, do comprometimento recíproco, do envolvimento das existências e da junção de patrimônios.⁹⁹

Na doutrina, há posicionamentos contrários ao defendido por Dias, Lobo, Welter e Guimarães, a exemplo de Sílvio Rodrigues que conceitua união estável como instituto diverso do casamento, não sendo plausível estabelecer equiparação entre ambos, pois, segundo ele, a Constituição apenas transformou a união estável em entidade familiar, que poderá ser convertida em casamento. É bem verdade, como pôde se verificar anteriormente, Sílvio Rodrigues entende que a proteção do Estado recai sobre a entidade familiar, qualquer que seja a sua forma de manifestação, tais como casamento, união estável ou família monoparental. De qualquer modo, há diferenças entre união estável e casamento, conforme pontua o autor:

O fato importante que ressalta do texto constitucional é o reconhecimento de que a ligação, mais ou menos duradoura, entre pessoas de sexo diverso, com o propósito de fazerem vida em comum, adquiriu o *status* de entidade familiar. [...] Sendo a união estável instituto de natureza diversa do casamento, o fato de a Constituição tê-la declarado entidade familiar não implica que se apliquem a ela todos os efeitos daquele [...] ¹⁰⁰

Na mesma linha de Sílvio Rodrigues, segue Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie, para os quais a união estável e casamento são espécies do gênero entidade familiar, cada um com suas especificidades, não sendo apropriado equipará-los, em que pese certas semelhanças entre tais institutos, *in verbis*:

Note-se que, nem a Constituição, nem a Lei da União Estável (Lei 9.278/96), nem o novo Código Civil, equiparam a união estável ao casamento. Trata-se de falsa idéia, posto que muito difundida, a que considera união estável e casamento a mesma coisa. São duas espécies do mesmo gênero (família – ou entidade familiar, como chama a Constituição), mas espécies diferentes, embora tenham muitas semelhanças, justamente por pertencerem ao mesmo gênero. Assim, não têm que ter (sic), necessariamente, os mesmos efeitos e semelhantes disposições; pode a lei, atendendo às peculiaridades de cada espécie, regulá-las diversamente.¹⁰¹

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 272.

¹⁰¹ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. VI, p. 279.

Ainda se verifica em Sílvio de Salvo Venosa posição semelhante a Sílvio Rodrigues, Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie, já que o mesmo ao traçar um quadro comparativo entre casamento e união estável, entende tratar-se de institutos diversos, daí exigir-se tratamento diferenciado. Fundamenta-se Venosa na indicação que a Constituição Federal faz da possibilidade de conversão da união estável em casamento, além disso, no pensamento do autor, a natureza jurídica de ambos são diferentes, visto que o casamento é negócio jurídico, enquanto a união estável é fato jurídico.¹⁰²

Nessa mesma linha de raciocínio segue Washington de Barros Monteiro, para o qual casamento e união estável são institutos diferentes, já que o primeiro é um negócio jurídico puro e simples, enquanto o segundo consiste numa constituição de família (o fato em si), ou seja, numa relação de companheiros e nas suas palavras:

(união estável) é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados de partícipes desta relação de companheiros.¹⁰³

O posicionamento de Monteiro fica mais claro ao evocar Ruggiero, que citado pelo autor, afirma o seguinte:

[...] é a ausência de casamento para aqueles que vivam como marido e mulher. O conceito generalizado de união estável tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, com aparência de casamento.¹⁰⁴

Também para Caio Mário não há que se falar em equiparação entre os institutos da união estável e casamento, dada a diferença reconhecida pela própria Constituição ao prever a conversão da primeira na segunda. Nesse sentido, afirma o autor:

De primeiro, afastou-se a sua equiparação (união estável) ao casamento. Uma vez que 'a lei facilitará sua conversão em casamento' deixou bem claro que não igualou a entidade familiar ao casamento. Não se cogitaria de conversão, se tratasse do mesmo conceito [...].¹⁰⁵

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6, p. 46.

¹⁰³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32. ed. 1995; 38. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 30 e 31.

¹⁰⁴ Apud. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32. ed. 1995; 38. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 30.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 570.

Mais adiante, reforça a idéia Caio Mário:

Um dos pontos de atenções é que diz respeito à conversão em casamento. A norma constitucional se limita a dizer: ‘devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. O legislador constituinte, ao priorizar a conversão, indicou expressamente, a diferença entre os dois institutos; não se justificaria converter institutos semelhantes [...].¹⁰⁶

Não obstante as concepções conflitantes na doutrina a respeito da equiparação dos institutos união estável e casamento, para efeito da hipótese de solução apresentada nesta pesquisa, qual seja a discussão de possibilidades e incongruências da aplicação do regime de separação obrigatória na união estável constituída por pelo menos uma pessoa idosa, serão utilizados os posicionamentos defendidos por Maria Berenice Dias, Paulo Lobo, Belmiro Pedro Welter e Marilene Silveira Guimarães, com as ressalvas até aqui apontadas.

2.3 Regimes de bens das entidades familiares: conceitos e características

Conforme Regina Beatriz Tavares, o regime de bens consiste em princípios e regras que tratam dos interesses econômicos originados no transcurso do casamento e da união estável, sendo, portanto, um aspecto do relacionamento da mesma forma que *affectio maritalis*, nas suas palavras:

Regime de bens é o conjunto de princípios e normas referentes ao patrimônio dos cônjuges, que regulam os interesses econômicos oriundos do casamento, podendo ser chamado de ‘estatuto patrimonial’ da sociedade conjugal.¹⁰⁷

Encontra-se em Semy Glanz concepção semelhante, para o qual os regimes de bens definidos no Código Civil buscam estabelecer parâmetros dos aspectos econômicos do casal, não havendo, *em princípio*, diferenciação entre união estável e casamento, mesmo porque ambos os institutos são espécies de entidade familiar prevista na Constituição de 1988. Nesse

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 571.

¹⁰⁷ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.787.

sentido, cabe evocar o conceito de regime de bens adotado pelo autor, *in verbis*, “regime patrimonial do casal é o conjunto de regras que disciplinam a vida econômica de um casal unido pelo casamento ou pela união estável”.¹⁰⁸

No Código Civil, são definidos quatro tipos básicos de regimes de bens: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671); participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e separação de bens (arts. 1.687 a 1.688). Apesar dessa estruturação básica, em que os cônjuges têm liberdade de escolha, o Código possibilita a combinação de regimes, adotando-se um tipo misto e há restrições em situações específicas, de acordo com o disposto no art. 1.641, incisos I a III, hipóteses em que o regime deve ser o de separação obrigatória de bens. Em princípio, prevalece a regra da imutabilidade de regime, sendo exceção a alteração, que ocorre mediante sentença judicial, após motivação e justificação do pedido, resguardados os interesses de terceiros, na forma do art. 1.639, § 2º.¹⁰⁹

Em linhas gerais, o regime de comunhão parcial consiste na separação dos bens adquiridos antes da celebração do casamento e comunicação dos que forem adquiridos na constância do matrimônio, sendo denominado de regime legal ou supletivo, porquanto prevalece sobre os demais na ausência de pacto antenupcial feita pelos consortes. No regime universal, há comunicação de todos os bens, tantos os anteriores ao casamento quanto os adquiridos posteriormente. No regime de participação final nos aquestos, ocorre um regime misto, em que na vigência do casamento há uma separação total de bens e na sua dissolução ocorre comunhão parcial. Já no regime de separação de bens, há uma incomunicabilidade dos bens adquiridos antes e durante o matrimônio.¹¹⁰

¹⁰⁸ GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado* – inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 579.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 391.

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 420 a 442.

De forma geral, na união estável, qualquer que seja a condição/situação das pessoas envolvidas, utiliza-se o regime da comunhão parcial de bens por força do contido no artigo 1.725 do Código Civil, que apresenta o seguinte teor:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.¹¹¹

Em relação ao regime de separação de bens, conforme Maria Helena Diniz decorre de lei ou de pacto antenupcial, de modo que cada consorte detém, com exclusividade, o domínio, a posse e a gestão de seus bens presentes e futuros, bem como respondem isoladamente pelas dívidas adquiridas antes e depois do matrimônio. Nesta hipótese, verificam-se dois patrimônios diferenciados, destaca Diniz: o do marido e o da mulher.¹¹²

No caso do regime de separação de bens estabelecido por meio de pacto antenupcial, Diniz apresenta duas formas distintas, a saber:

Separação pura, absoluta ou total, se se estabelecer a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive de frutos e rendimentos. Separação limitada, relativa ou parcial, se se circunscrever aos bens presentes, comunicando-se os frutos e rendimentos.¹¹³

Adotando-se o regime de separação de bens, por lei ou por acordo entre as partes, prossegue Diniz, a gestão e fruição dos bens competirão a cada um dos cônjuges, não havendo necessidade de concordância da outra parte para alienar imóveis ou gravar bens com ônus real, *in verbis*:

[...] Cada cônjuge poderá, livremente, não só alienar seus bens móveis ou imóveis, mas também gravá-los de ônus reais. Todavia, nada impedirá que no pacto antenupcial haja estipulação outorgando a um dos cônjuges a administração dos bens do outro.¹¹⁴

Ao tratar do regime de separação obrigatória de bens, Washington de Barros Monteiro apresenta o seguinte conceito: “Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente

¹¹¹ BRASIL, Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.166.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.166.

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.166.

para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”.¹¹⁵ Mais adiante, Monteiro esclarece que o regime de separação se dá de duas formas: *legal* e *convencional*. Neste os próprios nubentes estabelecem por meio de pacto antenupcial os procedimentos quanto aos bens (comunicabilidade e incomunicabilidade). Já a forma legal está disposta no art. 1.641, incisos I a III, e não admite margem aos cônjuges para definirem os bens que se comunicam ou não, porquanto a separação é absoluta ou “pura”, a saber:¹¹⁶ das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de sessenta anos; de todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

De acordo com Monteiro, o regime da separação de bens convencional ocorre de duas formas: *pura e limitada*. A primeira hipótese trata-se de restrição absoluta e total, contemplando todo o patrimônio presente e futuro, bem como frutos e rendimentos, aplicando-se a tudo, indiferentemente, o princípio da incomunicabilidade. Segundo ele, as principais conseqüências deste tipo são: a) incomunicabilidade dos bens anteriores ao casamento; b) incomunicabilidade dos frutos e aquisições posteriores; c) autonomia dos cônjuges para gerir o patrimônio particular. *In verbis*:

A separação tem ainda outra divisão: pura e limitada. É pura, quando absoluta e irrestrita, abrangendo todos os bens presentes e futuros, assim como frutos e rendimentos, estendendo-se a tudo, indistintamente, o princípio da incomunicabilidade.¹¹⁷

Já na separação limitada aplicam-se o princípio da incomunicabilidade e a autonomia na gestão somente aos bens presentes, comunicando-se, por outro lado, os frutos e

¹¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 215.

¹¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 219.

¹¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 221.

rendimentos destes. Além disso, comunicam-se os frutos e rendimentos dos bens futuros, que são adquiridos durante o casamento. Quanto a essa modalidade, esclarece o autor:

Observe-se ainda que na separação limitada prevalece a vontade dos contraentes, que podem no pacto antenupcial, livremente, restringir ou graduar o alcance da comunicação referente aos bens futuros, bem como a comunicação, ou não, dos frutos e rendimentos dos bens presentes. Pactos antenupciais existem que se transformam em verdadeiros mosaicos dos vários regimes matrimoniais contemplados em lei.¹¹⁸

Segundo Paulo Lobo, a gestão do patrimônio no regime de separação de bens ocorre de três formas: a) administração exclusiva de cada cônjuge sobre seus bens próprios e respectivo usufruto; b) a liberdade de alienação dos bens próprios, sem autorização do outro, bem como do destino do resultado; c) a responsabilidade de cada um sobre as dívidas e obrigações que contrair. Conforme o autor, apesar da administração dos bens ser exclusiva de cada cônjuge, o pacto antenupcial pode definir regra que possibilite a administração conjunta ou um gerir o patrimônio do outro. A liberdade de alienação consiste em gravar os bens particulares de ônus reais, como servidão, usufruto, uso, habitação ou de dá-los em garantias reais (penhor, hipoteca). Da mesma forma, nesse regime pode cada cônjuge responder em juízo na condição de autor ou réu a respeito de seu patrimônio, bem como prestar fiança ou aval.¹¹⁹

Na concepção de Lobo, o regime de separação de bens encontra-se em consonância ao princípio da igualdade de gênero, porquanto dispensa tratamento isonômico em eventual dissolução *inter vivos* da entidade familiar, evitando acumulação de patrimônio de uma parte em detrimento da outra, ou seja, enriquecimento ilícito. Nesse sentido, afirma Lobo:

O regime de separação absoluta é o que melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros, como tendência das sociedades ocidentais. A crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e na vida econômica torna dispensável a motivação subjacente de sua proteção, que se encontra nos regimes de comunhão parcial ou universal. Enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, o

¹¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 221.

¹¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328-329.

regime de separação era injusto para a mulher; no modelo igualitário de família, é o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge. Em virtude de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o *quantum* de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam.¹²⁰

Segundo Lobo, na vigência do relacionamento familiar firmado no regime de separação convencional de bens, há de se reconhecer a possibilidade de questionamento em juízo pela parte que se sentiu lesada na partilha de bens em eventual dissolução *inter vivos* da entidade familiar, *in verbis*:

Por razões de ordem ética e de vedação do enriquecimento sem causa, e sem quebra da natureza do regime de separação convencional, admite-se a ocorrência de sociedade de fato entre os cônjuges, quando a aquisição de determinado patrimônio tiver recebido o concurso de recursos financeiros difusos e de trabalho de ambos, ainda que a titularidade tenha recaído expressamente sobre um deles [...] Durante o casamento, um cônjuge pode se enriquecer em detrimento do outro. O caso típico é o do cônjuge que se beneficia da colaboração do outro para o exercício de sua atividade profissional ou empresarial. Neste caso, é cabível ação de *in rem verso*, para obter indenização, na medida em que sua colaboração contribuiu para o enriquecimento do beneficiário, sem ter recebido remuneração.¹²¹

Ainda quanto a regime de bens, Paulo Lobo, a exemplo da posição de Nader e Guimarães, como se indicou alhures, identifica anacronismo da Súmula 380 do STF¹²², a qual foi elaborada sob a égide da Constituição de 1946, sedimentando-se no início da década de 60, que até então era aplicada na dissolução de sociedade de fato (concubinato), tendo em vista que a referida súmula foi superada com o advento da Constituição de 1988, que reconheceu a união estável como entidade familiar.

Além disso, posteriormente com a Lei n. 8.971/94 e especialmente com a Lei 9.278/96, ficou claro que as questões relativas à união estável deveriam ser discutidas nas Varas de Família, uma vez que este instituto é uma das possibilidades de entidade familiar. Dessa forma, o autor ressalta que a existência da Súmula 380 não tem mais sentido, haja vista

¹²⁰ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328-329.

¹²¹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329-330.

¹²² Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

que a entidade extramatrimonial, denominada de união estável a partir da Constituição de 1988, passou a ter seus conflitos tratados no âmbito do direito de família, *in verbis*:

Assim, a Súmula 380 perdeu sua função histórica de realização alternativa de justiça, pois o impedimento que visava a superar (exclusão das famílias fora do casamento) deixou de existir [...] Os conflitos decorrentes as entidades familiares explícitas ou implícitas devem ser resolvidos à luz do direito de família e não do direito das obrigações, tanto os direitos pessoais quanto os direitos patrimoniais.¹²³

Diante do que foi indicado até aqui sobre regime de bens, há de se concluir pela importância do tema no âmbito do matrimônio ou da união estável, de forma que o seu aprofundamento no debate jurídico não implica relegar o princípio da afetividade enquanto “locomotiva” da entidade familiar. Na verdade, entende-se que tanto o chamado patrimonialismo (viés econômico) quanto à *affectio maritalis* (personalismo) são elementos imprescindíveis da entidade familiar, o que não descarta a possibilidade de em algum momento uma das dimensões atingir maior valoração no caso concreto.

¹²³ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

3 REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS: DOUTRINAS

3.1 Comentários iniciais

Logicamente, antes de se discutir as possibilidades e incongruências de aplicação do regime de separação obrigatória de bens na união estável de pessoa idosa, torna-se mister verificar como se encontra a discussão doutrinária a respeito do art. 1.641, inciso II, no âmbito do próprio casamento, dado que numa leitura *apriorística* – atendo-se à literalidade do referido dispositivo combinado com o art. 1.725, que compreende somente um dos enfoques a respeito da questão – esta regra seria destinada exclusivamente às relações matrimoniais. Sendo assim, antes de se prosseguir, convém aqui apresentar o teor dos referidos artigos:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II – da pessoa maior de sessenta anos [...]

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.¹²⁴

Feito isso, emergem algumas questões relevantes, a saber: como é interpretado o art. 1.641, II na situação do idoso que constitui matrimônio e em que medida a respectiva exegese poderia se refletir na hipótese do idoso que opte pela união estável? Quais as limitações, possibilidades e incongruências da aplicação do referido dispositivo neste último caso? A regra do art. 1.725 de *per se* afastaria eventuais dúvidas sobre o regime de bens aplicável também no caso de união estável de idoso?

Ao analisar a aplicação do regime de separação legal (obrigatória), na forma disposta no art. 1.641, II, CC, verificam-se na doutrina pelo menos duas interpretações conflitantes, cabendo destacar: 1) contrária ao dispositivo – Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lobo,

¹²⁴ BRASIL, *Código Civil* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279 e 286.

Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Silmara Juny Chinelato; 2) favorável ao dispositivo – Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie.

É interessante observar que Maria Berenice Dias e Paulo Luiz Netto Lobo são defensores da equiparação entre os institutos da união estável e do casamento sob o argumento de que ambos têm a mesma proteção constitucional do Estado, pois compõem o gênero entidade familiar e qualquer tratamento diferenciado, como se discutiu alhures, implicaria afronta ao princípio da igualdade. Com base nesta premissa defendida pelos referidos doutrinadores, é que nos firmamos para iniciar a problematização da presente pesquisa, qual seja, a união estável de idoso e o regime de separação obrigatória de bens. Por outro lado, estes doutrinadores são totalmente contrários à aplicação do art. 1.641, II do Código Civil no âmbito do casamento, como se verá mais adiante.

Já para alguns doutrinadores, o casamento e união estável são institutos diferentes, de modo que a Constituição Federal prevê a possibilidade de conversão do primeiro no segundo e, fazendo coro com Sílvio Rodrigues e Venosa, entendem que o casamento é um negócio jurídico, enquanto a união estável é um fato jurídico. Nessa corrente identificam-se doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie, só que estes três últimos são defensores da aplicação do art. 1.641, II do Código Civil, sendo que Monteiro entende aplicável inclusive na união estável.

Naturalmente não se pretende aqui avançar o debate sobre a questão envolvendo a equiparação da união estável e do casamento, porque não é o escopo desta pesquisa. Além disso, haveria de se abrir um leque enorme de pontos sob perspectiva não apenas jurídica, mas lógica e ontológica, os quais seriam inviáveis para discorrê-los neste espaço e tempo. Apesar

disso, ressalte-se, há de se considerar, mesmo que a título de pressuposto desta pesquisa, a equiparação dos referidos institutos, especificamente, no que tange à união estável de idoso e o regime de separação obrigatória de bens – *possibilidades e incongruências*. Neste ponto nos inclinamos para o *posicionamento genérico* tratado por Maria Berenice Dias e Paulo Luiz Netto Lobo a respeito do tema.

3.2 Doutrina contrária ao art. 1.641, II, CC

De modo geral, na primeira “corrente” os doutrinadores criticam o dispositivo 1.641, II, CC, por considerá-lo uma afronta a princípios constitucionais consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, cabe aqui apresentar uma ponderação de Paulo Luiz Netto Lobo, citado por Carlos Roberto Gonçalves, que além de incisiva, abrange aspectos que também são questionados por doutrinadores que adotam esta mesma linha de análise, *in verbis*:

[...] a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus.¹²⁵

Os doutrinadores contrários ao referido dispositivo argumentam, ainda, que não há fundamentação científica para aceitar a restrição imposta aos maiores de 60 anos, visto que estas pessoas chegam à maturidade de conhecimentos de vida pessoal, familiar e profissional, motivos pelos quais, devem ser prestigiadas quanto à capacidade de discernimento por si mesmas. Nessa linha de fundamentação verifica-se em Silmara Juny Chinelato, citada por Carlos Roberto Gonçalves, o seguinte comentário, *in verbis*:

¹²⁵ Apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VI, p. 418.

A plena capacidade mental dever ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.¹²⁶

Nesse sentido, há a posição de Maria Berenice Dias que se mostra também contrária ao disposto no art. 1.641, II, CC, mesmo porque, firmando-se em Érica Verícia de Oliveira Canuto, entende a autora que o regime de separação obrigatória no casamento não é procedente, afrontando o Estatuto do Idoso e trata-se de uma espécie de sanção. Nas suas palavras:

[...] A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção [...] Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento [...]¹²⁷

Nesse ponto, cabe destacar que Dias é contrária à aplicação do referido dispositivo no âmbito do casamento e não admite interpretação analógica na união estável. A autora reforça o seu posicionamento contrário à aplicação analógica do art. 1.641, II, CC, na união estável evocando a decisão de Agravo de Instrumento do TJRS, em que se encontrava na condição de relatora, *in verbis*:

União estável – Regime de bens. Não se aplica à união estável o regime da separação obrigatória de bens previsto no art. 258, parágrafo único, do CC [art. 1641 do CC 2002], ainda que os conviventes sejam maiores de 60 anos, seja porque a legislação própria prevê o regime condominial, sendo presumido o esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na vigência do relacionamento, seja porque descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionais (TJRS, 7ª. C. Cív., AI 700047179115, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14.08.2002).¹²⁸

Assim, para Maria Berenice Dias, há uma vantagem da união estável comparativamente ao casamento no que se refere ao regime de bens, que ocorre na hipótese

¹²⁶ Apud. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VI, p. 419.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 166.

de um dos companheiros ou ambos apresentarem idade acima de 60 anos, já que a lei, segundo ela, não impõe separação obrigatória de bens para união estável e não caberia interpretação analógica. No casamento na mesma situação, prossegue a autora, é imposto o regime de separação legal (art. 1641, II), apesar de se mostrar contra esta regra e nas suas palavras “[...] Essa limitação, no entanto, não existe na união estável, não cabendo interpretação analógica para restringir direitos”.¹²⁹ Entende-se que essa concepção unilateral de Dias sobre a equiparação desvirtua o sentido que se tem por entidade familiar, como se verá a seguir.

Verifica-se que a interpretação dada por Dias ao disposto no art. 226, *caput*, § 1º, § 3º e § 4º, da Constituição Federal de 1988, com vistas a adotar a equiparação da união estável ao casamento, contempla somente as “prerrogativas” e direitos [!], como se analisou alhures, não cabendo restringir, no caso, os direitos do idoso que constitui união estável. Neste aspecto, entende-se como contraditório o posicionamento de Maria B. Dias, visto que, apesar de determinadas críticas doutrinárias ao disposto no art. 1.641, II, CC, esta regra continua vigente e pode ser evocada para o idoso que constitui casamento. Então, se é aplicável ao casamento a regra, não haveria motivo para afastá-la na união estável de pessoa maior de 60 anos, por força do pressuposto da equiparação de ambos os institutos que a própria autora defende, senão incorreria em afronta ao princípio constitucional de igualdade insculpido no art. 5 *caput*.

Quanto ao posicionamento contrário à aplicação do art. 1.641, II, CC, no casamento e muito menos estendê-lo à união estável convém deixar claro desde logo que se distancia, *prima facie*, da interpretação dada por Maria Berenice Dias, a qual resgata a Súmula 377 do

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 166.

STF¹³⁰ para rebater o dispositivo em pauta. Destaca ainda, a Autora, que a adoção do regime de separação obrigatória de bens implica enriquecimento ilícito, pois nessa hipótese, não somente os bens particulares adquiridos antes do casamento não se comunicam, bem como os aquestos, que são adquiridos durante a convivência. Note-se que a idéia de equiparação dos institutos defendida por Maria Berenice Dias, neste caso, não seria aplicável, consoante afirmação abaixo transcrita:

A restrição à autonomia da vontade, não admitindo sequer a comunhão de bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF a editar a Súmula 377 [...] Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.¹³¹

De acordo com Caio Mário, não há razão para a existência do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, quer de natureza econômica ou moral, já que eventual desconfiança de constituição de casamento por interesse alheio à *affectio maritalis* pode ocorrer em qualquer faixa etária. *In verbis*:

[...] Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão de subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir.¹³²

Caio Mário evoca julgado do TJ/MG que teve como relatora a Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, em que a doação feita por uma pessoa idosa ao seu cônjuge foi considerada válida, já que foi respeitado o limite da legítima. Note-se que o Código Civil não restringe contrato de doação feito especificamente por idoso (a), desde que observadas as disposições gerais sobre o tema – art. 538 e seguintes. De qualquer modo, segue teor do julgado:

[...] alargar o sentido da norma prevista no artigo 1.641, II, do Código Civil para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, em atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da

¹³⁰ Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 197.

proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. (TJ/MG – Ap. 1.0491.04.911594-3/001, Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, DJ de 29.03.2005).¹³³

Mais adiante Caio Mário reforça:

A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime de separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva) se constitui em verdadeira incoerência [...].¹³⁴

Em relação à Súmula 377 do STF na situação do regime de separação obrigatória de bens, Caio Mário indica alguns julgados do STJ a partir de 2002 que têm caminhado na direção de aplicar a referida súmula sem necessidade de provar o esforço comum na partilha, tendo como fundamentação a participação direta e indireta na construção do patrimônio que se enraíza na solidariedade, ou seja, a comunhão de vida em sua plenitude. Nesse sentido, o autor cita uma decisão do STJ sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a saber:

[...] as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 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 membros. (STJ – 3ª. Turma – Resp. nº 736.627/PR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 01.8.2006, p. 436).¹³⁵

Ao comentar o regime de separação obrigatória de bens nas situações em que um dos nubentes tem mais de 60 anos, entende Paulo Lobo que é uma regra inconstitucional por ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que diminui a autonomia da

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 197 e 198.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 198.

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, p. 201.

pessoa e a constrange a uma intervenção do Estado, ferindo inclusive a liberdade de constituir o matrimônio. O autor ainda evoca o enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil de 2004, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, cujo teor afasta a obrigatoriedade da utilização do regime de separação de bens aos maiores de 60 anos, caso o casamento tenha se concretizado após relacionamento em união estável estabelecida antes dessa idade.¹³⁶

Segundo Lobo, mesmo na hipótese do casamento ser constituído no regime de separação obrigatória de bens, poderia o cônjuge com idade acima de 60 anos doar bens ao outro cônjuge, observando-se a parte da legítima, dado o princípio da livre disposição de patrimônio. Para isso, cita o autor a seguinte jurisprudência:

TJMG, Ap. 1.0491.04.911594-3/001, 2005: Alargar o sentido da norma prevista no art. 1.641, II, do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra sua liberdade individual.¹³⁷

Na visão de Lôbo, continua vigente a Súmula 377 do STF, o que na prática, torna o regime de separação obrigatória em regime parcial de bens, que incluiria também os bens adquiridos por doação ou testamento, ficando incomunicável somente o patrimônio adquirido antes do casamento. Só ocorreria a separação absoluta de bens, prossegue o autor, se houvesse um pacto antenupcial firmado pelos nubentes, com o qual tornaria incomunicável o patrimônio adquirido antes e após o relacionamento matrimonial.¹³⁸

Dessa forma, entende Paulo Lôbo que diante da manutenção dos efeitos da Súmula 377 do STF, a qual gera efeitos práticos do regime de comunhão parcial de bens, não seria plausível a existência do regime de separação obrigatória na forma disposta no art. 1.641, II, CC. Segundo o autor, Orlando Gomes já havia demonstrado a incoerência de tal intervenção

¹³⁶ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299.

¹³⁷ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299.

¹³⁸ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299 e 300.

estatal. Por outro lado, Paulo Lôbo indica uma decisão recente do TJSP que se manifesta contrária à aplicação da Súmula 377, a saber:

Inventário – Pretensão de herdeiro necessário à meação em numerário depositado – Regime de separação legal – Não aplicação da Súmula 377 do STF – Necessidade de comprovação, pela via autônoma, de que o bem foi adquirido por meio de esforço comum, de modo a se operar, eventualmente, a comunicação – Agravo não provido (TJSP, AgI 373.874-4/9-00, 2005).¹³⁹

No entendimento de Nader, permanece aplicável a Súmula 377 do STF para as hipóteses de separação obrigatória de bens, na forma definida no art. 1.641, II, porque o motivo que ensejou a referida súmula ainda é razoável, isto é, minimizar os efeitos da obrigatoriedade do regime de bens e nesse sentido, o dispositivo do Código Civil não teria o condão revogá-la ou invalidá-la. Destaca, ainda, o autor, que a aplicação da Súmula 377 seria somente para os casos de separação legal de bens e não para o convencional. *In verbis*:

Embora a Lei Civil defina a separação de bens como o regime legal obrigatório à vista de uma das hipóteses do art. 1.641, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece: ‘No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento’. Note-se que a Súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição. Sob a vigência do atual Código, a Súmula continua aplicável, pois permanece a razão determinante, ou seja, o propósito de amenizar os efeitos da imposição legal [...] Atente-se que a comunhão dos aquestos se verifica apenas no regime legal obrigatório, não no convencional [...].¹⁴⁰

Esta distinção que Nader faz em relação ao regime de separação de bens obrigatória e convencional para efeito de aplicação da Súmula 377 fundamenta-se também em julgado daquele Tribunal, que se transcreve a seguir:

Estipulado expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento. A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar [...]. (REsp. nº 83.750/RS, STJ, 4ª. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 19.08.1999, pub. Em 29.11.1999, DJ, p. 165).¹⁴¹

¹³⁹ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300.

¹⁴⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 410 e 411.

¹⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 411.

É curioso observar que, recentemente, de forma inédita, a ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, formulou uma tabela para clarificar os casos de sucessão de cônjuge sobrevivente nas diversas espécies de casamento. No julgado REsp 992.749, a 3ª. Turma do STJ entendeu que o cônjuge na situação de separação convencional de bens não se enquadra como herdeiro necessário e não podendo, portanto, concorrer com os descendentes. Com isso, o disposto no art. 1.829, inciso I, do Código Civil, conteria um gênero de regime de separação de bens, do qual são espécies: a separação obrigatória e a convencional.¹⁴²

Quanto ao regime de bens na união estável, Paulo Lobo afirma ser aplicável o regime de comunhão parcial de bens, inclusive para pessoas acima de 60 anos, muito embora no casamento nesta última hipótese, por força do art. 1.641, II e contrariamente ao que pensa o autor, tem sido utilizado o regime de separação obrigatória de bens. Argumenta o autor que no ordenamento brasileiro não se pode interpretar normas restritivas de direito por uma forma extensiva. In verbis:

Não se aplica à união estável o regime legal obrigatório de separação de bens, previsto no art. 1.641 do Código Civil, porque diz respeito exclusivamente ao casamento. É cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direitos não pode ter interpretação extensiva [...].¹⁴³

Analisando o disposto no art. 1.725 combinado com o Projeto n. 6.960/2002, Sílvio de Salvo Venosa se mostra cético sobre virtual aplicação do art. 1.641, II na união estável de idoso, mesmo porque este doutrinador entende que o instituto da união estável e do casamento são bem diferentes. Nesse sentido, cabe aqui mencionar as questões apresentadas por Venosa sobre as dificuldades de aplicação analógica do art. 1.641, II na união estável de idoso:

O tantas vezes mencionado Projeto nº 6.960/2002 sugeriu a introdução de duas novas normas a esse dispositivo (art. 1.641??). No § 2º, traz a seguinte redação: 'Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, inciso I e II'. A idéia é fazer com que a situação de fato se aproxime tanto

¹⁴² BATISTA, Eurico. *STJ define sucessão nos regimes de casamento*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-09/stj-define-regras-heranca-diferentes-regimes-casamento?_imprimir=1>. Acesso em: 11 fev. 2010.

¹⁴³ LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 161.

quanto possível ao casamento, não se outorgando prerrogativas mais amplas à situação de fato da união estável em detrimento do casamento. Esse desiderato é tanto quanto mais difícil em sua normatização justamente porque é um estado de fato e, como tal, de forma natural, permite maior liberdade aos partícipes [...] Impor o regime de separação legal obrigatória (afronta às causas suspensivas; pessoas maiores de 60 anos e hipóteses nas quais há necessidade de suprimento judicial para o casamento) à união estável apresentará obstáculos fáticos de difícil solução na prática, em que pese a boa intenção do legislador, a principiar pela definição da data exata em que começou a convivência com contornos de união de fato.¹⁴⁴

É interessante assinalar que entre os doutrinadores contrários ao disposto no art. 1.641, II, CC, identifica-se posição divergente sobre a vigência da súmula anteriormente mencionada, a exemplo de Sílvio Rodrigues, que é favorável ao regime de separação de bens na sua forma convencional e não à separação obrigatória, segundo o qual houve evolução ao se omitir a regra do art. 259 do Código anterior¹⁴⁵, ensejando superação da Súmula 377 do STF, *in verbis*:

[...] E assim já não se admite venham prevalecer os princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento. A separação obrigatória passa a ser um regime de efetiva separação dos bens.¹⁴⁶

Em que pese esta posição a respeito da Súmula 377, Sílvio Rodrigues critica o disposto no art. 1.641, II, CC, por entendê-lo restritiva à liberdade da pessoa e intervir de forma inadmissível e sem fundamentação jurídica, por envolver indivíduo maior e capaz, *in verbis*:

Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.¹⁴⁷

¹⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6, p. 401.

¹⁴⁵ Art. 259 do Código Civil de 1916: Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 148.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 144.

Já na concepção do atualizador da obra de Sílvio Rodrigues, Francisco José Cahali, seria mais plausível que o novo Código tivesse admitido na situação de idoso como regime legal o da separação de bens, possibilitando, em contrapartida, a firmação de pacto por outro regime se de interesse dos nubentes, ou, ainda, a faculdade destes escolherem livremente o regime, por meio de autorização judicial. No entanto, seria vedado o regime da comunhão universal. No atual contexto, em que se verifica a tendência de elevação da população de idosos, possibilitando mais de um relacionamento afetivo nessa faixa etária, a idéia surge como uma alternativa interessante a ser aprofundada, *in verbis*:

Em qualquer das hipóteses, a proteção se daria no silêncio dos nubentes, submetendo o casal ao sugerido na lei. Porém, em qualquer das soluções propostas, com maior ou menor cautela e intervenção do Estado, valoriza-se a iniciativa do cônjuge em subordinar-se a outros regimes, no exercício da plena capacidade civil para dispor sobre seus bens que as pessoas com mais de 60 anos ainda mantêm, preservando assim a autonomia da vontade. [...] Ainda, outra opção seria vedar apenas o regime da comunhão universal, principalmente ao se considerar que a separação obrigatória, no sistema anterior, em muito se assemelhava à comunhão parcial por interpretação jurisprudencial ¹⁴⁸

Dessa forma, o doutrinador Francisco José Cahali apresenta três alternativas ao disposto no art. 1.641, II, CC, a fim de minimizar a excessiva tutela do Estado, a saber: 1) tornar o regime de separação obrigatória de bens para o casamento constituído com pessoa acima de 60 anos, como regime legal. Neste caso, o silêncio dos nubentes a respeito dos efeitos patrimoniais do casamento implicaria a adoção do regime de separação obrigatória, a exemplo do que ocorre na comunhão parcial atualmente; 2) ou então os nubentes poderiam realizar um pacto antenupcial para adotar outro regime livremente; 3) ou mediante autorização judicial, os nubentes poderiam estabelecer livremente o regime de bens, exceto o da comunhão universal, como se disse alhures.

A alternativa um, *prima facie*, mostra-se plausível e minimiza a tutela do Estado, de modo a restabelecer a autonomia de vontade dos nubentes. Quanto à alternativa dois, não está

¹⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 145 e 146.

claro se a realização de pacto para outro regime poderia contemplar inclusive o regime de separação convencional, o qual, na sua forma pura, aqui tomando emprestado um conceito de Washington de Barros Monteiro ¹⁴⁹, teria o mesmo efeito da separação obrigatória de bens regrada no art. 1.641, II, CC. Mesmo porque o próprio Cahali afirma que “o regime da separação obrigatória tem as mesmas características e efeitos da separação convencional. Aliás, é o que diz a lei: é obrigatório o ‘regime da separação de bens no casamento’(art. 1641)” ¹⁵⁰ Verifica-se que há necessidade de aprofundamento da proposta. Em relação à opção três, não estão claros os procedimentos judiciais para viabilizar a adoção do regime de bens escolhido pelos nubentes e em que condições isso seria acionado.

Contudo, a proposta de Cahali só seria aplicável na hipótese do idoso que constituísse casamento, já que o doutrinador segue a mesma linha de Sílvio Rodrigues em relação às diferenças entre os institutos do casamento e da união estável.

É oportuno registrar que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 209/2006 de autoria do Senador José Maranhão, em que se propõe a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil – que define o regime de separação obrigatória de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos – sob a justificativa de ser “uma intervenção abusiva do Estado na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório”, ensejando afronta ao princípio constitucional de dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III do art. 1º. Da mesma forma, a exposição de motivos do referido projeto destaca também violação aos preceitos constitucionais consubstanciados nos incisos I e X do art. 5º e no art. 226, os quais remetem à liberdade de constituir uma família. Firmando-se na doutrinadora Silmara Juny Chinelato, rebate-se a suposição de que a pessoa acima de sessenta anos teria uma capacidade de raciocínio e de

¹⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 221.

¹⁵⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 145 e 146.

discernimento comprometidos, o que em última análise feriria o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵¹

Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto do Estatuto das Famílias nº 2.285/2007, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro – projeto apensado ao PL 674/2007, do deputado Cândido Vaccarezza – em que foi suprimido o disposto no inciso II do art. 1.641 do Código Civil sob a fundamentação de que sua aplicação enseja discriminação e fere a dignidade dos nubentes, mesmo porque a própria Súmula 377 do STF já vem reduzindo a amplitude do referido dispositivo. Cabe aqui mencionar a exposição de motivos do Projeto 2.285/2007, que conta com a participação do IBDFAM:

[...] Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do STF tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação de bens que devem ingressar na comunhão.¹⁵²

Verificou-se recentemente que no andamento do processo legislativo referente ao PL 674/2007, continua acatada a proposta de supressão do regime de separação obrigatória de bens, implicando a exclusão do contido no inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

Em acórdão do TJRS de 2007, foi afastada a pretensão do apelante na condição de inventariante (herdeiro) no sentido de buscar a aplicação analógica do art. 1.641, II CC de união estável estabelecida entre a companheira sobrevivente e seu ascendente, no período de 03.11.1999 e 21.11.2004, momento em que este veio a falecer. Com o objetivo de afastar a meação de bens, o apelante alegara que a união estável fora constituída quando o *de cujus*

¹⁵¹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado 209/2006, de 06/07/2006. Revoga o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *Diário do Senado Federal*, Brasília, n. 23034 e 23035, 07 Julho 2006.

¹⁵² COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. Estatuto das Famílias: *Justificativa. Razões fundamentais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias-icia=3060>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

contava com 62 anos de idade, enquadrando-se tanto na hipótese do dispositivo citado acima quanto no art. 258, § único, inciso II, CC/ 1916, vigente à época do início do relacionamento.

O Tribunal indeferiu o pleito sob a fundamentação de que os dispositivos em tela afrontam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na forma do art. 1º, inciso III. Além disso, tais regras ferem o direito e garantia fundamental da igualdade de todos diante da lei, sem distinção de qualquer espécie, o que inclui também a questão da idade. A decisão do Tribunal reforça, ainda, que não poderia se admitir aplicação analógica do art. 1.641, II CC na união estável por uma regra básica do Direito que orienta não haver incidência de norma legal quando restringir direitos, *in verbis*:

Ainda que a anterior regra contida no art. 258, parágrafo único, II, do CC/16, tenha sido recepcionada no novo Código Civil, no art. 1.641, II, que impõe o regime obrigatório da separação de bens à pessoa maior de sessenta anos, ela se apresenta absolutamente inconstitucional porque atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1º, III, da CF, bem como contra o direito e garantia fundamental de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, onde deve necessariamente se enquadrar a idade [...] E ainda que se entendesse de modo diverso do ora defendido, o precitado artigo não poderia ser aplicado analogicamente à união estável porque é regra básica do Direito que a aplicação analógica de um determinado dispositivo legal não tem incidência quando restringir direitos [...] E incidindo o regime legal da comunhão parcial de bens à união estável em discussão, por força do que dispõe o art. 1.725 do CC/02, corolário lógico é o direito de meação da autora sobre os bens onerosamente adquiridos na sua vigência, conforme reconhecido na sentença.¹⁵³

Não obstante a fundamentação plausível desta corrente doutrinária, a qual certamente tem influenciado parte significativa da jurisprudência, não é demais recordar que o tema tem se tornado ultimamente mais controvertido, inclusive com julgados do STJ favoráveis à aplicação analógica do art. 1.641, II, CC, na união estável, como se verá mais adiante.

3.3 Doutrina favorável ao art. 1.641, II, CC

Quanto aos doutrinadores favoráveis à aplicação do art. 1.641, II, verifica-se em Washington Monteiro de Barros um dos defensores mais incisivos, para o qual o regime de

¹⁵³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 2007/70019235043. Rel.: Des. José Ataídes S. Trindade. 04 out.2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 29 mai.2010.

separação obrigatória de bens apresenta a seguinte configuração: “Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”.¹⁵⁴ Fica patente em Monteiro uma concepção de regime de separação de bens absoluta, não se comunicando os bens anteriores e nem posteriores à constituição do casamento.

Ao tratar especificamente do regime de separação legal, art. 1.641, II, CC, Monteiro ressalta o seu aspecto protetivo, esclarecendo que é usual limitação à liberdade da pessoa no ordenamento jurídico pátrio, de forma que no caso em análise busca-se resguardar os interesses do próprio idoso e de seus familiares oriundos do relacionamento anterior. Entende-se que a afirmação de Monteiro sobre o dispositivo representa uma contraposição ao que defende Sílvio Rodrigues a respeito da mesma questão, em especial a parte final, *in verbis*:

[...] é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5., é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente do direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.¹⁵⁵

Monteiro, firmando-se em Josaphat Marinho, destaca a condição e situação de fragilidade do idoso no aspecto afetivo, o que certamente gera riscos de cunho patrimonial na constituição de relacionamento tanto para o próprio idoso quanto para seus descendentes. O autor destaca as idéias de cautela e de proteção subjacentes ao dispositivo, de forma a impedir o famoso “golpe do baú”, *in verbis*:

Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1641, II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os

¹⁵⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 215.

¹⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 218.

anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a opção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar conseqüências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento.¹⁵⁶

A defesa da aplicação do art. 1.641, II, CC, por Monteiro, é extensiva à união estável, segundo o qual as mesmas restrições presentes no casamento devem também ser respeitadas naquele instituto, o que, entende-se como uma equiparação para efeito do artigo em discussão. Note-se que o conceito de união estável para este doutrinador “é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados de partícipes desta relação de companheiros”¹⁵⁷. Mais adiante o autor esclarece os motivos da existência do dispositivo, como a semelhança dos institutos e o aspecto teleológico de tal regra e sua localização entre as disposições gerais dos regimes de bens, que é de proteger os idosos e terceiros, evitando-se, com isso, artimanhas para desvirtuar as normas de regime de separação legal, *in verbis*:

Também se aplica à união estável o art. 1.641, II, do Código Civil, por ser outra disposição geral do regime de bens, segundo a qual é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa com mais de sessenta anos. [...] Não faria qualquer sentido a lei tratar diversamente a pessoa que se casa com causa suspensiva ou com mais de sessenta anos, submetendo-a obrigatoriamente ao regime da separação de bens, e aquela que passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, já que a finalidade protetiva da lei é a mesma para ambos os casos. Além disso, seria muito fácil burlar as normas sobre o regime da separação obrigatória de bens; bastaria que quem estivesse sob causa suspensiva ou com mais de sessenta anos, para evitar aquele regime, em vez de casar-se, passasse a viver em união estável.

Ressalta, ainda, Monteiro que o regime de separação legal serve de mecanismo para impedir qualquer tipo de subterfúgio para burlar a lei, como doação feita por sexagenário à consorte, nas suas palavras:

Finalmente, cabe ajuntar ainda que os nubentes ficam irrestritamente sujeitos ao regime da separação, nos casos citados, independentemente de pacto antenupcial. Seus efeitos são incontornáveis mediante doações de um cônjuge ao outro [...] Se

¹⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 218.

¹⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 30.

imposta por lei a separação, não se permite às partes iludir a proibição legal por meio dessas liberalidades (*donatio propter nuptias*), que anulam completamente o preceito, gerando verdadeira comunhão de fato [...] ¹⁵⁸

É interessante atentar para o fato de Monteiro se posicionar contra a equiparação dos institutos da união estável e do casamento, como se verificou anteriormente. Por outro lado, para efeito de adoção de regime de bens de pessoa acima de 60 anos que constitua uma das referidas entidades familiares, o autor se mostra favorável à igualdade de tratamento, especificamente, ao contido no art. 1.641, II do Código Civil.

Segundo Regina Beatriz T. da Silva, atualizadora da obra de Monteiro, desde a redação inicial do disposto no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, ocorreram algumas alterações, entre elas a diferenciação da idade do homem e da mulher para caracterização do regime obrigatório de bens, a fim de adequar ao disposto no art. 5º, inciso I da Constituição Federal, que prevê igualdade entre os sexos. De forma semelhante, foi suprimida a parte final da referida regra (art. 1.641, II), que mencionava “sem a comunhão de aquestos”, com isso estaria vigente a Súmula 377 do STF, na interpretação de alguns doutrinadores, *in verbis*:

[...] Em outra emenda, realizada na fase final de tramitação do projeto perante a Câmara dos Deputados, foi alterado o *caput* do dispositivo, para suprimir a sua parte final: sem a comunhão de aquestos, constando da respectiva justificativa que, ‘em 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)’. ¹⁵⁹

Mais adiante, Beatriz destaca que a redação original do projeto, que tinha sido aprovado no Senado Federal, proibia claramente a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento, no regime obrigatório de separação de bens. Contudo, na etapa final de tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, foi excluída a proibição, ou seja, a expressão “*sem a comunhão dos aquestos*”. Segundo a autora, a referida exclusão teve por fundamentação o

¹⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 220.

¹⁵⁹ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.791.

contido na Súmula 377 do STF, a fim de evitar o locupletamento ilícito daquele que detém os bens em seu nome, apesar de tê-los adquirido mediante esforço comum.¹⁶⁰

Por outro lado, Beatriz adota posição diferente de doutrinadores que acatam essa interpretação, qual seja a vigência da Súmula 377 do STF, pois, segundo ela, é necessária análise sistemática do Código Civil sobre a questão a fim de se evitar tratamento diferenciado para as mesmas situações fáticas. Nesse sentido, prossegue a autora, a hermenêutica do art. 1.725 que define, a princípio, a aplicação do regime de comunhão parcial de bens na união estável, deveria ser combinada com o art. 1.523 e 1.641, todos do Código Civil. Destacando-se que este último artigo encontra-se nas Disposições Gerais do referido diploma legal. Dessa forma, reforça Beatriz, seria inaceitável aplicar o regime de separação obrigatória de bens para as pessoas que se casam (nas situações art. 1.641, I e II) e comunhão parcial de bens para quem constituir união estável nas mesmas hipóteses (art. 1.641, I e II). *In verbis*:

[...] Por meio de interpretação sistemática, conclui-se que o art. 1.641, I e II, segundo o qual é obrigatório o regime de separação de bens das pessoas que se casam com inobservância das causas suspensivas e da pessoa maior de sessenta anos, alcança não só o casamento, mas também a união estável, porque consta das disposições gerais do regime de bens, que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável.¹⁶¹

Para Beatriz, ao se admitir que devam ser aplicadas as regras do regime da comunhão parcial na união estável, no que couberem, conforme art. 1.725 do Código Civil, torna-se mister adotar uma exegese de integração para analogia de situações semelhantes, *in verbis*:

Ao estabelecer que se aplicam à união estável, no que couberem, as regras da comunhão parcial, devem ser consideradas as regras constituídas por disposições especiais (arts. 1.658 a 1.666) e disposições gerais (arts. 1.639 a 1.657).¹⁶²

¹⁶⁰ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.791.

¹⁶¹ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.881 a 1.882.

¹⁶² DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.887.

Reforçando a idéia de se fundamentar a questão a partir de hermenêutica sistemática, buscando o máximo de equidade em situações concretas equivalentes, Beatriz pondera:

[...] Na união estável deve ser aplicado o regime da separação obrigatória de bens, consoante art. 1.641, I e II, diante de causa suspensiva e da idade maior de sessenta anos do companheiro ou da companheira, já que esse artigo consta das disposições gerais do regime de bens, que se aplicam ao regime da comunhão parcial, regime este que, consoante dispõe o art. 1.725, regula as relações patrimoniais na união estável.¹⁶³

Diante dos conflitos indicados anteriormente, prossegue Beatriz, foi proposta alteração do artigo 1.725 do Código Civil, mediante o PL nº 276/2007, que mais adiante se analisará, reapresentado pelo Deputado Léo Alcântara. A última ação do projeto, ocorrida em 30.09.2009, consistiu na designação do Deputado Régis de Oliveira como relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposta introduz o seguinte parágrafo:

§ 2º Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I e II.¹⁶⁴

Conforme Beatriz, a proposta de manter o inciso II do art. 1.641 pelo Senador Josaphat Marinho fundamentou-se não na suspeita de casamento por interesse ou num espírito patrimonialista, mas em precaução legislativa visando os interesses das pessoas idosas e de suas famílias.¹⁶⁵

Nessa mesma linha de defesa da aplicação do art. 1.641, II, CC, no casamento, estão Inácio de Carvalho Neto e Érika Harumi Fugie, para os quais o principal fundamentado é exatamente proteger o nubente que se encontra nessa condição, no caso, idoso, *in verbis*:

No primeiro caso (inciso I, art. 1.641, CC), a imposição justifica-se como penalização aos cônjuges que infringiram impedimentos (posto que meramente proibitivos; nos demais (inciso II e III, art. 1.641, CC), o objetivo do legislador é a proteção de um deles.¹⁶⁶

¹⁶³ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.888.

¹⁶⁴ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.884.

¹⁶⁵ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.791.

¹⁶⁶ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. VI, p. 195.

Em relação à Sumula 377 do STF, que é um dos fundamentos utilizados pelos doutrinadores contrários à aplicação do art. 1.641, II, CC, conforme abordado anteriormente, Carvalho Neto e Fugie, assinalam que na última revisão do novo Código, foi excluído do Projeto o enunciado “sem a comunhão de aquestos”, contido no *caput*, permitindo deixar inequívoco que na separação legal não se comunicam os bens adquiridos durante o casamento. Com isso, prosseguem os autores, a referida súmula perderia seu efeito. Os autores questionam, preliminarmente, a constitucionalidade formal da exclusão do referido enunciado, pois estaria contrariando os propósitos da revisão redacional, após aprovação plenária do Projeto, *in verbis*:

Mas não nos parece que se tenha pretendido (e nem seria possível tal pretensão em sede de revisão redacional) alterar a orientação legal para admitir a comunicação dos aquestos, pois o regime é de separação total de bens e qualquer comunicação de bens neste regime constituiria exceção à regra da incomunicabilidade, dependendo de texto expresso em lei. [...] Ademais, como não repetiu o novo Código a regra do art. 259 do antigo, que servia de base à Súmula, esta deve ser tida por revogada independentemente da interpretação que se dê ao dispositivo comento.¹⁶⁷

Rebatendo as críticas de Margareth Zanardini, que é contrária à aplicação do art. 1.641, II, CC, por considerá-lo preconceituoso em relação aos idosos, pois estes têm plena capacidade intelectual e discernimento para optar por qualquer regime de bens, Carvalho Neto e Fugie, entendem que a questão não se refere à capacidade ou preconceito sobre os idosos, mas de buscar protegê-los de situações de risco para seus patrimônios e na suas palavras:

Mas, *data vênia*, não lhe assiste razão. Como dissemos, a razão da disposição nada tem a ver com preconceito ou falta de capacidade; trata-se de proteção ao idoso contra casamentos interessados exclusivamente nos seus bens, evitando-se o denominado ‘golpe do baú’.¹⁶⁸

Convém salientar que Carvalho Neto e Fugie são contrários à idéia de equiparação entre união estável e casamento, para isso, buscam diferenciar ambos os institutos como

¹⁶⁷ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. VI, p. 196.

¹⁶⁸ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. VI, p. 196 e 197.

espécies do gênero entidade familiar e cada um apresentando suas peculiaridades, como se indicou alhures. Por outro lado, não se conseguiu captar no posicionamento dos autores se a diferenciação de tratamento para ambos os institutos abrange também as restrições do art. 1.641, II, CC. De qualquer modo, é oportuno repetir citação dos autores, na qual fica evidenciada a posição que adotam sobre os institutos:

Note-se que, nem a Constituição, nem a Lei da União Estável (Lei 9.278/96), nem o novo Código Civil, equiparam a união estável ao casamento. Trata-se de falsa idéia, posto que muito difundida, a que considera união estável e casamento a mesma coisa. São duas espécies do mesmo gênero (família – ou entidade familiar, como chama a Constituição), mas espécies diferentes, embora tenham muitas semelhanças, justamente por pertencerem ao mesmo gênero. Assim, não têm que ter, necessariamente, os mesmos efeitos e semelhantes disposições; pode a lei, atendendo às peculiaridades de cada espécie, regulá-las diversamente.¹⁶⁹

Cabe registrar que, contrariamente às propostas do Projeto do Senado 209/2006 e do Projeto de Lei do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), ambos apresentados anteriormente, encontra-se em tramitação também no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 276/2007 de autoria do Deputado Leonardo de Alcântara, em que, entre outras proposições, há a de manutenção do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, só que elevando a idade para setenta anos. Além disso, fundamentando-se em Regina Beatriz Tavares da Silva, propõe-se a aplicação do regime de separação de bens tanto no casamento quanto na união estável, cujo nubente ou companheiro (a), respectivamente, possua idade igual ou superior a setenta anos. A justificativa é de que não há sentido para tratamento diferenciado nestas duas hipóteses, deixando a entrever que outro posicionamento violaria o disposto no art. 5º *caput* da Constituição Federal.¹⁷⁰

Também está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 108/2007 de autoria da Deputada Solange Amaral, que propõe a elevação da idade de 60 anos para 70

¹⁶⁹ CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. VI, p. 279.

¹⁷⁰ BRASIL. Projeto de Lei 276/2007, de 01/03/2007. Altera o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). S/d publicação.

anos, constante no art. 1.641, II do Código Civil. De forma geral, a motivação se pauta pelo aumento da expectativa de vida dos brasileiros.

Num julgado do TJSC de 2009, houve decisão unânime no sentido de aplicar por analogia o regime de separação obrigatória de bens na união estável composta por pessoa idosa. Neste caso, o companheiro sobrevivente pleiteou a partilha de bens sob a alegação de que constituíra união estável e formara patrimônio com a apelada no período de 1980 a 2004, momento em que esta veio a falecer. O referido Tribunal argumentou que a Constituição Federal no seu art. 226, § 3º possibilita a conversão da união estável em casamento, o que evidencia certa primazia deste último em relação ao primeiro. Nesse sentido, a aplicação do regime parcial de bens para união estável de idoso seria uma regalia incompatível para este instituto, haja vista que na hipótese do idoso constituir um casamento teria que adotar o regime obrigatório de separação de bens, conforme se verifica a seguir:

Contudo, a Constituição Federal em seu art. 226, § 3º, coloca a união estável 'em plano inferior ao do casamento', 'tanto que deve a lei facilitar a conversão desta naquele' (cfr. a interpretação do STF, no MS nº 21.449/SP, Rel. Min. Octavio Galotti, DJ 17/11/1995, p. 39206, RTJ 163-01/116), pelo que a primeira não pode conferir mais direitos do que o segundo. Por isso, o art. 5º da Lei 9.278/96 deve ser interpretado conforme a Constituição, razão pela qual não se pode aplicar o regime de bens nele previsto a todo e qualquer tipo de união estável, sob pena de se conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento civil, como demonstrado na hipótese acima, em evidente contradição com a finalidade determinada pela Constituição Federal.

Além disso, interpretação diversa acabaria por favorecer a fraude à lei, pois um casal de sexagenários poderia optar pela união estável ao invés de casar-se, para com isso escapar da imposição legal ao regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916 e no art. 1.641, II, do Código Civil atual.

Assim, quando um dos conviventes já é sexagenário ao início da união estável (ou quando se dá entre sexagenários), deve ser observado o regime de separação obrigatória de bens (...).¹⁷¹

Na decisão acima, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina evoca a Súmula 377 do STF destacando que sua aplicação analógica na lide, ou seja, em união estável envolvendo sexagenária exige-se a prova da aquisição de bens comuns dos companheiros sob pena de

¹⁷¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível n. 2008.071533-2. Relator: Des. Carlos Prudêncio. 30 jul.2009. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: 29 mai.2010.

inviabilizar o pleito, o que veio a ocorrer nesta demanda. Cabe aqui transcrever este trecho do julgado:

Assim, conforme visto, a mencionada Súmula 377 do STF somente tem aplicação quando possa ser comprovada a soma de esforços de ambos os cônjuges/companheiros para a aquisição dos bens adquiridos e, nesta hipótese, haveria a comunicação dos aqüestos; note-se que tal não ocorre nos presentes autos, conforme já se viu acima, devendo ainda ser destacado que os bens que estão em nome somente da extinta foram adquiridos com recursos exclusivos desta, ou seja, não houve participação do autor nas despesas decorrentes da compra.

É interessante observar que no referido julgado o argumento se firma basicamente em evidenciar a supremacia do instituto do casamento quando comparado à união estável, de modo que aplicar o regime de separação obrigatória de bens para o primeiro e adotar o regime de comunhão parcial de bens no segundo, tratando-se de idosos, demonstraria dissonância em relação ao disposto no art. 226, § 3º. Ora, no julgado não é explanada a condição especial do (a) idoso (a), a qual foi admitida em Estatuto próprio, independentemente do seu estado civil. Entende-se que a equiparação para efeito de regime de bens em ambos os institutos, quando um dos nubentes ou companheiros se encontrar na condição/situação (especial) de idoso (a), poderia justificar a aplicação analógica do art. 1.641, II, CC e não pelo fato de existir primazia de um instituto sobre o outro.

4 UNIÃO ESTÁVEL DE IDOSO E O REGIME LEGAL DE BENS

4.1 Análise crítica do art. 1.641, II, C.C.: possibilidades

Na sociedade atual, em que aumenta a qualidade e expectativa de vida das pessoas, o que possibilita a constituição de mais de uma relação afetiva (casamento ou união estável) por pessoas na faixa etária acima dos 60 anos, ainda persistem dilemas jurídicos envolvendo esse segmento quando seu relacionamento é posto em debate, como a questão patrimonialismo x personalismo, os interesses do indivíduo e de terceiros, a possível afronta a princípios constitucionais e a questão de proteção de patrimônio do idoso e da família anterior.

Prima facie, o que não dá para admitir nesse debate, pelo menos no que se refere ao regime de bens e ainda sem entrar no mérito do próprio art. 1.641, II em si, é um tratamento diferenciado entre o idoso que constitui casamento e o que constitui união estável, pois se entende que esta postura não se coaduna com o disposto no art. 4º, *caput* e § 1º, do Estatuto do Idoso¹⁷², e, acima de tudo, porque esse tipo de discriminação entre o idoso casado e o idoso companheiro, em relação ao regime de bens, afronta ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º CF/88)¹⁷³. O reforço deste posicionamento é dado pela própria Constituição, que é muito clara em situar a união estável como uma entidade familiar, na forma do art. 226, § 3º. Certamente existem diferenças entre ambos os institutos, como se pôde verificar no capítulo 2, todavia não justificaria tratamento diferenciado para o problema ora posto.

Nesse sentido, considerando que o inciso II do artigo 1641, CC, encontra-se vigente e sendo aplicado para o casamento de idoso e com base nos fundamentos apresentados pelos

¹⁷² Art.4º. *caput* do Estatuto do Idoso: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

¹⁷³ Art. 5º., *caput*, da Constituição Federal Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

doutrinadores favoráveis ao dispositivo, bem como à equiparação dos institutos na forma defendida por Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo, com as ressalvas já indicadas, entende-se que a aplicação/interpretação de tal regra deveria ser estendida, por analogia, aos idosos que constituírem união estável, senão haveria, na prática, uma afronta ao princípio constitucional da igualdade (isonomia) entre pessoas do mesmo segmento, em equivalente condição, na mesma situação fática e enfrentando igual problema jurídico.

Em julgados recentes, o STJ tem trilhado nessa linha de raciocínio, e.g., RESP 1090722 (acórdão ainda não disponibilizado em meio eletrônico), que o Ministro Relator Massami Yeda posicionou-se favorável à aplicação analógica do disposto no inciso II do art. 1.641 CC na união estável de sexagenário. Na publicação da notícia, em 15/04/10, comenta-se que o Ministro fundamentou sua decisão no art. 226 da Constituição Federal que prevê a conversão da união estável em casamento e a não observância da restrição do art. 1.641 poderia desestimular a formação de relacionamento na modalidade de casamento, resultando em privilégio do primeiro instituo em detrimento do segundo. Por outro lado, consta na notícia que o Ministro reconhece o direito da companheira em participar da sucessão do companheiro falecido relativamente aos bens adquiridos onerosamente durante o convívio.¹⁷⁴

Na doutrina, verifica-se que Caio Mário, embora seja contrário ao disposto no art. 1.641, II, faz uma hermenêutica de integração desta regra com o contido no art. 1.725, a fim de não prestigiar a união estável em detrimento do casamento e permitir uma aplicação analógica do regime de separação de bens obrigatória, já que a previsão do legislador era de converter a primeira no segundo, *in verbis*:

[...] devem ser aplicadas aos companheiros maiores de 60 anos as mesmas limitações previstas para o casamento para os maiores desta idade: deve prevalecer o regime da

¹⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp n. 1090722. Relator: Min. Massami Yeda. 15.abr.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96747> Acesso em: 15 abr.2010.

separação legal de bens. A omissão do legislador na hipótese dos companheiros idosos criou flagrante conflito de interpretação.¹⁷⁵

Na mesma linha de raciocínio segue Guilherme Calmon Nogueira da Gama, citado por Caio Mário, quando afirma:

[...] as pessoas inseridas no contexto da separação legal de bens, ou seja, as pessoas que não têm opção de escolha do regime de bens no casamento, pelas razões apontadas no dispositivo, também não podem pactuar quanto aos bens adquiridos na constância da união extramatrimonial, pois, do contrário, haveria estímulo à existência de situações fundadas no companheirismo em detrimento do casamento, o que é vedado pela norma constitucional que prevê a conversão da união estável em casamento.¹⁷⁶

Da mesma forma, Paulo Nader, muito embora defenda a aplicação da Súmula 377 nas hipóteses de separação legal de bens para maiores de 60 anos e, por conseguinte seja contrário ao contido no art. 1.641, II, firmando-se em Érica Verícia de Oliveira Canuto, Nagib Slaibi Filho e em Caio Mário da Silva Pereira, entende que o referido dispositivo deveria ser estendido para os idosos que constituírem união estável. *In verbis*:

[...] O art. 1.641 impõe o regime de separação de bens no casamento, quando este se realiza com inobservância de causa suspensiva, no casamento de pessoa maior de sessenta anos e para todos que dependem de suprimento judicial. Cabia ao legislador estender aos companheiros, para determinadas hipóteses, o regime legal obrigatório. Para situações diversas, mas com igual fundamento, deve haver idêntica disposição. Ou seja, se para o casamento de pessoa maior de 60 anos o regime de bens é o obrigatório, igual critério deve prevalecer na união estável quando pelo menos um dos companheiros possuir idade superior àquela [...].¹⁷⁷

Entende-se que não se pode olvidar nessa possibilidade de aplicação do art. 1.641, II, tanto no casamento quanto na união estável de pessoa idosa a contribuição de outras áreas do conhecimento, a exemplo da Psicologia, onde se pôde apresentar no capítulo 1 o processo do envelhecimento, a velhice e o próprio idoso em si. Nesse sentido, há de se reconhecer, conforme afirma Anita Liberalesso, que o processo da existência humana contempla perdas e ganhos durante cada etapa de vida que se avança, inclusive redução da plasticidade do

¹⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 583.

¹⁷⁶ Apud. PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 584.

¹⁷⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 480.

comportamento e elevação da vulnerabilidade, bem como a expectativa da morte à medida que os anos se passam ¹⁷⁸. Podendo-se depreender dessa concepção, também, maior fragilidade na dimensão emocional ou afetiva por parte das pessoas idosas, o que poderia justificar certa tutela do Estado, a fim de resguardar os seus interesses e de seus familiares. Neste caso, há de se concordar com Barros Monteiro quando afirma que as restrições à liberdade e autonomia do sujeito estão disseminadas em nosso ordenamento, e.g., o limite de dispor em testamento só 50% da herança, havendo herdeiros necessários (art. 1.789 CC). ¹⁷⁹

Assim, esse seria um dos fundamentos subjacentes utilizados pelos doutrinadores defensores da vigência e aplicação do referido dispositivo, sob a argumentação de caráter protetivo para o idoso e sua família anterior, na hipótese de constituição de novos relacionamentos, o que somente se mostrará plausível se houver um maior aprofundamento da discussão em torno do critério ou faixa etária mais adequada, bem como de outros fatores associados ao tema ou mesmo a possibilidade de utilização de outros mecanismos mais flexíveis para o regime de bens nas relações afetivas desse segmento.

Nesse contexto, a proposta levantada por Francisco José Cahali, conforme se abordou no capítulo anterior, abre novas perspectivas para o tema, na medida em que, caso se defina o regime de separação obrigatória de bens como um “regime legal”, ficaria mitigada a afronta à autonomia de vontade e a chamada tutela excessiva do Estado, possibilitando à pessoa idosa optar pelo regime mais adequado ao seu relacionamento afetivo ou, no silêncio dos nubentes ou companheiros, prevaleceria a separação obrigatória de bens, a exemplo do que ocorre atualmente com o regime de comunhão parcial de bens.

¹⁷⁸ NERI, Anita Liberalesso. O fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Maturidade e velhice: trajetórias individuais e socioculturais*. Campinas, SP: Papirus, 2001, p. 34 a 46.

¹⁷⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32. ed. 1995; 38. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 218.

4.2 Análise crítica do art. 1.641, II, C.C.: incongruências

Depreende-se dos posicionamentos dos doutrinadores ora uma defesa do viés considerado patrimonialista constante no relacionamento familiar, ora sua rejeição com destaque para a concepção personalista. Entende-se que a relação afetiva na forma de casamento ou união estável implica, necessariamente, esforços dos companheiros ou cônjuges para se desenvolverem em todas as dimensões existenciais, inclusive na econômica, tais como aquisição de moradia, bens de consumo e meios de locomoção. A construção de patrimônio traz implicitamente a idéia de TROCA, refletida no apoio recíproco da convivência (sentimental, psicológico, moral, material). Assim, o patrimônio reflete o esforço comum para satisfação de necessidades da própria família, não é um puro TER de uma única pessoa, por si e para si mesma, pois é a síntese de uma história de vida construída em conjunto, que envolve cônjuge ou companheiro e, geralmente, filhos.

Dessa forma, o patrimônio transcende o aspecto econômico, haja vista que se constrói em balizes de trabalho, sentimento, amor, convivência, de forma recíproca. Entende-se que há um preconceito dos doutrinadores que rejeitam de pronto a concepção patrimonialista ou a sua presença no casamento ou união estável, sob a alegação de que é um resquício do Código de 1916. Note-se a concepção patrimonialista em si, não é negativa, pois é uma das dimensões no Direito de Família, conforme afirma Couto e Silva, citado por Judith Martins-Costa:

[...] a revelação da existência de um duplo sistema de relações jurídicas no Direito de Família permite que a diversidade material que está em sua base conduza à adoção de normas e de tutela jurídica valorativa e finalisticamente inconfundíveis, umas centradas na dimensão afetiva, pessoal, outra na dimensão propriamente patrimonial decorrente da sociedade familiar. Porém, como ‘nem sempre uma relação jurídica aparece de modo puro, pessoal ou patrimonial’, estando ambos os setores dialeticamente co-implicados, o critério há de ser o da prevalência de um ou outra destes elementos, conforme a situação concretamente apreciada.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Apud. COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 114.

Seguindo essa linha de raciocínio, especialmente quanto ao patrimônio constituído com a família anterior (bens do passado), em que, muitas vezes, filhos passaram por privações, contribuíram com trabalho ou mesmo com investimentos, enfrentaram e comungaram no seio da família desafios, problemas de ordem psicológica, social, econômica, etc., entende-se que não seria justo que um ascendente idoso pudesse partilhar esses bens formados durante a convivência da primeira família com o cônjuge do novo relacionamento em eventual separação *inter vivos* ou mesmo em decorrência de *mortis causa*.

Por outro lado, quanto à aplicação analógica do art. 1.641, II, CC, para a união estável entre maiores de 60 anos ou mesmo sua utilização no casamento de pessoa idosa, quanto aos bens presentes e futuros constituídos no novo relacionamento, não se pode olvidar que uma eventual dissolução *inter vivos* ou *mortis causa* sob o regime da separação legal de bens, em que cada companheiro administra e dispõe livremente de seus próprios bens, fica difícil visualizar na prática de que modo essa incomunicabilidade não estaria favorecendo um e prejudicando outro, na medida em que as despesas e receitas/ganhos, muitas vezes, podem se misturar em alguma etapa do relacionamento. De qualquer modo, na defesa que faz da aplicação analógica do regime de separação legal de bens na união estável para pessoa idosa, Washington de Barros Monteiro alerta, que, nos efeitos patrimoniais se eventualmente um dos companheiros alienar um imóvel comum (administração de bens), sem a concordância do outro, a reparação ocorre por meio de indenização por perdas e danos, o que amiúde não assegura o ressarcimento devido, pois o patrimônio de quem lesou pode não ser suficiente.¹⁸¹

Dessa forma, falar em regime de separação obrigatória, na forma pura, tanto no casamento quanto na união estável de idoso (a), como concebe Washington de Barros Monteiro, não parece adequado sem antes serem clarificados e definidos com mais criticidade

¹⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2007, v. 2, p. 49.

os critérios/parâmetros para situar, juridicamente, a pessoa idosa, a partir de uma maior aderência à concretude. Tal aprofundamento transcende o ramo jurídico, exigindo interdisciplinaridade, a fim de serem ponderados os vários aspectos envolvidos no tema.

Na análise inicial deste trabalho, capítulo 1, verificou-se a impossibilidade de tratar de forma genérica as pessoas situadas acima de 60 anos, haja vista que dentro desse segmento encontram-se faixas etárias de 60, 70, 80, 90 e 100 ou mais anos com diferenças de ordem cultural, social, geográfica, econômica, ritmo e qualidade de vida, as próprias experiências pessoais, entre outras variantes. Tal diferenciação não é contemplada no enunciado do art. 1.641, II. Neste caso, são relevantes os estudos apresentados pela psicologia e gerontologia, os quais sinalizam as formas distintas no processo de envelhecimento, mesmo porque a definição do início da fase da velhice está cada vez mais extrapolando os fatores e parâmetros até então utilizados, o que dificulta estabelecer um critério cronológico estático.¹⁸²

Também esse é o entendimento de especialistas em questões relacionados ao idoso, e.g., Wladimir Novaes Martinez, que reconhece a dificuldade em se estabelecer um ponto demarcador desse segmento, quando comenta o art. 1º da Lei 10.741 (Estatuto do Idoso)¹⁸³, dado suas nuances a serem exploradas em outras áreas do conhecimento, *in verbis*:

No art. 1º, o importante é o desejo do legislador de disciplinar esses direitos, o que acontece nos 116 artigos subsequentes. Presente a expressão 'idoso', a ser deslindada pela doutrina, sob os aspectos sociológicos, médicos, práticos e jurídicos.¹⁸⁴

Considerando as diferenças identificadas no segmento idoso apontadas acima e à luz do que dispõe o art. 10, *caput* e § 2º., bem como a dificuldade de se estabelecer um critério adequado para definir pessoa idosa, não resta dúvida que o art. 1.641, II – que apresenta um

¹⁸² SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 155 a 156.

¹⁸³ Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

¹⁸⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao estatuto do idoso*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 18.

caráter extremamente genérico e sem ancoragem com a realidade concreta do referido segmento – se mostra contrário à autonomia da vontade, à liberdade e fere a própria dignidade da existência da pessoa idosa. A tentativa de ampliar o limite de adoção do regime de separação obrigatória para as pessoas acima de 70 anos, na forma proposta pelo Projeto de Lei nº 276/2007, ainda não consegue solucionar a incoerência do dispositivo.

Ainda quanto à questão da liberdade e dignidade, Manuel Alceu Affonso Ferreira, citado por Wladimir Novaes Martinez, ao comentar o disposto no art.2º do Estatuto do Idoso¹⁸⁵, entende como redundante a menção a esses direitos fundamentais, haja vista que estão insculpidos na Constituição Federal e com uma amplitude que veda qualquer tipo de discriminação, inclusive sob o aspecto etário, *in verbis*:

Verifico, por exemplo, colho no art. 2º do Estatuto, a enfadonha pérola de que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...]. Tal como se a Constituição da República, ao catalogar os direitos desse quilate, de pronto não tivesse pronunciado a igualdade perante à lei, ‘sem distinção de qualquer natureza’. Por conseguinte, vedando discrimines etários. Para justificar a bombástica assertiva do recente Estatuto, teria alguém, em qualquer das correntes do pensamento jurídico, jamais hesitado em que ‘os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana’ não constituem monopólio dos moços?¹⁸⁶

Com base no posicionamento da doutrina contrária ao disposto no art. 1.641, II, CC, segundo se discutiu alhures, e a partir de análise com maior amplitude dos direitos fundamentais da pessoa humana, e.g., liberdade e dignidade, na forma abordada acima por Manuel Alceu Affonso Ferreira sob o enfoque dos direitos do idoso, há de se reconhecer que o enunciado que trata do regime de separação obrigatória de bens para pessoas sexagenárias afronta garantias concebidas constitucionalmente. No entanto, entende-se que esta incongruência não seja suficiente para suprimir o dispositivo, dada a complexidade do tema.

¹⁸⁵ Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

¹⁸⁶ Apud. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao estatuto do idoso*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 24.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa verificou-se que, para efeito de regime de bens, entende-se que não seria justificável adotar posicionamentos distintos para a pessoa idosa que constitui casamento e para aquela que forma união estável, a despeito das peculiaridades de cada instituto. Ambos os institutos estão amparados constitucionalmente, apresentando aspectos personalistas e patrimonialistas e têm a finalidade de constituir família, a qual é mais ampla que suas modalidades fenomênicas. O marco mais diferenciador é que o primeiro se reveste de formalidade, solenidade e, por isso, maior facilidade de demarcação de seu início e implicações imediatas no direito, enquanto o segundo manifesta-se *a priori* no factual, trazendo *a posteriori* reflexos na dimensão jurídica.

O fato em si, idoso (a) casado (a) ou em união estável, transcende a órbita jurídica e estribando-se a análise pelo campo da ontologia, verifica-se identidade dos institutos, não se constatando diferenças factuais em termos de condições e situações em que se encontra a pessoa idosa, de forma que não seria aceitável um tratamento desigual nos seus reflexos jurídicos. Note-se que o idoso se encontra numa situação bio-psico-social diferenciada, o que já foi reconhecido no direito por meio da Constituição Federal e em estatuto específico.

Dessa forma, repita-se, para efeito de regime de bens envolvendo relacionamento afetivo constituído por pessoas idosas, não seria aceitável utilizar o art. 1.725 CC – comunhão parcial de bens – na união estável e a separação obrigatória de bens para casamento, mesmo porque o art. 1.641, II, encontra-se nas “Disposições Gerais” do Código Civil, de modo que a interpretação sistemática e de integração seriam as metodologias recomendadas para o caso.

O propósito desta pesquisa não foi o de defender *aprioristicamente* a aplicação analógica do art. 1.641, II, na união estável e nem o de simplesmente afastar o dispositivo do

mundo jurídico, mas tentou-se aprofundar a discussão sobre a condição específica da pessoa idosa diante da união estável e o regime de bens que melhor se adéque ao seu contexto existencial e ciclo de vida, mesmo porque a fase de vida de velhice apresenta inegáveis peculiaridades, exigindo do doutrinador um olhar mais crítico e sistemático sobre a questão.

Nesse sentido, entende-se que simplesmente taxar de inconstitucional o art. 1.641, II, CC, por supostamente ferir os princípios de liberdade, autonomia e dignidade da pessoa humana, vem mais eclipsar a complexidade do problema em foco do que dar uma solução plausível para virtuais casos concretos. Por outro lado, não basta se firmar à literalidade do dispositivo e exigir sua aplicação analógica na união estável de pessoa idosa, sem antes rediscutir a própria definição e critérios/parâmetros para o termo idoso a ser adotado no âmbito jurídico, especificamente, no que tange ao regime de separação obrigatória de bens.

Há de se reconhecer que o processo de envelhecimento é implacável e traz consigo impactos físicos, sociais, psicológicos, emocionais, etc., no decorrer dos anos, o que em algum momento começa a deixar a pessoa mais vulnerável e frágil, inclusive no relacionamento afetivo. A dificuldade consiste em delimitar esse ponto de corte diante do aumento da qualidade e expectativa de vida do ser humano verificados atualmente. Além disso, há diferenças dentro do próprio segmento de idosos relacionados à situação social, econômica, cultural, estilo de vida, região geográfica, etc., bem como especificidades, a serem exploradas, em cada faixa etária, tais como 60, 70, 80, 90 e 100 ou mais anos.

De qualquer modo, diante do que foi abordado pela corrente favorável ao regime de separação obrigatória de bens no casamento constituído por pessoa idosa, há de se reconhecer a possibilidade de interpretação e aplicação analógica de tal regra na união estável de idoso (a), o que é reforçado por julgados recentes de tribunais, muito embora com base em outras fundamentações. De outra parte, a partir dos argumentos da doutrina contrária a tal regime de

bens, não se pode negar as incongruências que se afluam quanto à questão, tais como a afronta à dignidade, autonomia de vontade e liberdade da pessoa, principalmente porque o processo de envelhecimento ocorre de forma individualizada e fica muito difícil atualmente demarcar o seu início, dada diferenças de faixas etárias, condições sociais, econômicas, culturais, estilo de vida, entre outros fatores.

Em síntese, certamente o enunciado do art. 1.641, II, CC, não consegue contemplar diferenciações dentro do próprio segmento de idoso, mas nem por isso a questão normatizada deixa de ser relevante e necessária, tanto no casamento quanto na união estável de idoso (a). No entanto, a sua presença no diploma legal requer rediscussão crítica e sistemática não somente de qual faixa etária deveria ser abrangida, mas principalmente a própria forma de abordar a temática no que se refere à liberdade e dignidade da pessoa humana, aí considerados tanto o casamento quanto união estável, assim como alternativas aplicáveis ao segmento quanto a regime de bens, sempre observando suas especificidades.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Fernando Coruja. *Introdução ao direito do idoso*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARROS, Myriam Moraes Lins de. Velhice na contemporaneidade. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (org.). *Família e envelhecimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

BATISTA, Anália Soria. et. al. Os idosos em situação de dependência e a proteção social no Brasil. *Texto para discussão: Série Seguridade Social*, IPEA, nº 1402, p. 7 e 8, abr. 2009.

BATISTA, Eurico. *STJ define sucessão nos regimes de casamento*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-09/stj-define-regras-heranca-diferentes-regimes-casamento?imprimir=1>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso de acordo com o Estatuto do Idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL, *Código Civil* (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. 6. ed. São Paulo: 2008

BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1º. de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. Projeto de Lei 276/2007, de 01/03/2007. Altera o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). S/d publicação.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 209/2006, de 06/07/2006. Revoga o inciso II do art. 1.641

da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). *Diário do Senado Federal*, Brasília, n. 23034 e 23035, 07 Julho 2006.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Código civil novo comparado e comentado – direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. 6.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LAZZARINI, Alexandre Alves. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 3.

COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. Estatuto das Famílias: *Justificativa. Razões fundamentais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias-icia=3060>>. Acesso em: 25 ago. 2009.

COSTA, Judith Martins e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Paidéia)

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). *Código Civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GLANZ, Semy. *A família mutante – sociologia e direito comparado – inclusive o novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável – na constância da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIMA, Roberta de Abreu. O recomeço depois dos 60. *Revista Veja*, São Paulo: Abril, v. 2161, n. 4316, 2010.

LOBO, Paulo. *Direito civil - famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 1992.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao estatuto do idoso*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005.

MASCARO, Sônia de Amorim. *O que é velhice*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32 ed., 1995; 38 ed. Regina Beatriz Tavares da Silva (Atual.), 2007, v. 2.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

NERI, Anita Liberalesso. O fruto dá sementes: processos de amadurecimento e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Maturidade e velhice: trajetórias individuais e socioculturais*. Campinas, SP: Papyrus, 2001

PENSÕES CRESCEM COM CASAMENTOS. São Paulo, 07 dez. 2009. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/?impresso/caderno_a/83/5986006/pensoes-crescem-com-

casamentos>. Acesso em: 07 dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; PEREIRA, Tânia da Silva (atualizadora). *Instituições de direito civil*. ed. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2007/70019235043. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. 04 out.2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 29 mai.2010.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2008.071533-2. Relator: Des. Carlos Prudêncio. 30 jul.2009. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>> Acesso em: 29 mai.2010.

SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SÉGUIN, Elida (org.). *O direito do idoso*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6