

CENTRO UNIVERSITÁRIO
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

JULIANA MENDES FERNANDES

DERROTANDO O ETARISMO? Uma análise sobre as possibilidades de flexibilização do regime obrigatório de separação total de bens para maiores de 70 anos

São Luís

2022

JULIANA MENDES FERNANDES

DERROTANDO O ETARISMO? Uma análise sobre as possibilidades de flexibilização do regime obrigatório de separação total de bens para maiores de 70 anos

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Máira Lopes de Castro

São Luís

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Fernandes, Juliana Mendes

Derrotando o etarismo? Uma análise sobre as possibilidades de flexibilização do regime obrigatório de separação total de bens para maiores de 70 anos. / Juliana Mendes Fernandes. __ São Luís, 2022. 60 f.

Orientador: Profa. Ma. Maíra Lopes de Castro.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2022.

1. Código civil. 2. Derrotabilidade. 3. Pessoa idosa.
4. Regime de bens. I. Título.

CDU 347.65-053.9

JULIANA MENDES FERNANDES

DERROTANDO O ETARISMO? Uma análise sobre as possibilidades de flexibilização do regime obrigatório de separação total de bens para maiores de 70 anos

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: 28/06/2022

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Máira Lopes de Castro (Orientadora)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Profa. Ma. Anna Valéria de Miranda Araújo

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Profa. Ma. Thayse Edith Coimbra Sampaio

Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me sustentou, fortaleceu e capacitou durante todo o período da graduação. Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas. Sem Ele, não conseguiria ter chegado até aqui.

Agradeço aos meus pais, José Fernandes Filho e Silvia Fernandes, por não medirem esforços em investirem e apoiarem, desde sempre, os meus estudos. Obrigada por todo o amor, cuidado e incentivo e por acreditarem em mim mais do que eu mesma.

Agradeço à minha irmã, Lara Fernandes, que, com o seu jeito alegre, amoroso e iluminado, me incentivou a continuar e a acreditar que tudo daria certo. Sou grata por seu grande exemplo de fé, coragem, força e dedicação.

Agradeço à Profa. Maíra Castro, cuja orientação foi de grande valia no processo de escrita deste trabalho. Grata por sua disponibilidade, direcionamentos, compromisso e atenção.

Agradeço, também, à Aline Lopes, por toda amizade e parceria durante a jornada acadêmica. Com certeza, a graduação torna-se melhor quando temos alguém em quem nos apoiar e compartilhar as lutas e conquistas.

RESUMO

O Código Civil Brasileiro dispõe de quatro tipos de regime de bens, que podem ser escolhidos livremente pelos nubentes no momento do processo de habilitação. No entanto, em alguns casos, o referido Código não permite a livre escolha, mas impõe um único regime, qual seja, o da separação total de bens. Uma das hipóteses de incidência obrigatória desse regime dirige-se ao nubente maior de 70 anos. Levando-se em consideração o seu critério meramente etário, nota-se que tal imposição vem a ferir, em um primeiro momento, a autonomia privada da pessoa idosa. Nesse sentido, a partir da aplicação do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, objetiva-se analisar a obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos, a fim de investigar possibilidades de flexibilização da referida regra. Desse modo, faz-se importante compreender, primeiro, os regimes de bens legalmente previstos e, a partir daí, realizar uma investigação acerca da percepção legal e social a respeito do idoso, bem como do que está por trás da obrigatoriedade de tal regra, a fim de discutir as possibilidades de sua flexibilização mediante o entendimento do seu caráter *prima facie*, que restará evidenciado através do fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas.

Palavras-chave: código civil; derrotabilidade; pessoa idosa; *prima facie*; regime de bens.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Code has four types of property regime, which can be freely chosen by the spouses at the time of the qualification process. However, in some cases, the aforementioned Code does not allow free choice, but imposes a single regime, namely, the total separation of property. One of the cases of mandatory incidence of this regime is aimed at the spouse over 70 years of age. Taking into account its merely age criterion, it is noted that such imposition comes to hurt, at first, the private autonomy of the elderly person. In this sense, from the application of the hypothetical-deductive method and the bibliographic review, the objective is to analyze the obligation of the regime of separation of property for people over 70 years old, in order to investigate possibilities of flexibilization of the referred rule. In this way, it is important to understand, first, the legally established property regimes and, from there, to carry out an investigation about the legal and social perception regarding the elderly, as well as what is behind the obligation of such a rule, in order to discuss the possibilities of its flexibility through the understanding of its *prima facie* character, which will remain evidenced through the phenomenon of the defeatability of legal rules.

Keywords: civil code; asset regime; elderly; defeatability; *prima facie*.

LISTA DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgInt	Agravo Interno
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CF/88	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho da Justiça Federal
CP	Código Penal
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
EDcl	Embargos de Declaração
EResp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
PL	Projeto de Lei
PNI	Política Nacional do Idoso
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS	11
2.1	Do casamento e dos regimes de bens previstos no Código Civil.....	11
2.2	Do regime de separação total de bens.....	15
2.3	Do regime de separação total de bens imposto aos maiores de 70 anos	19
3	SUJEITO PASSIVO DO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL	23
3.1	Percepção legal acerca da pessoa idosa	23
3.2	Percepção social acerca da pessoa idosa.....	27
3.3	A incapacidade camuflada por trás da imposição do regime de separação de bens para maiores de 70 anos.....	31
4	A DERROTABILIDADE DA EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL	35
4.1	Regras x princípios.....	35
4.2	Compreendendo a derrotabilidade.....	40
4.3	Possibilidades de flexibilização do art. 1.641, inciso II do Código Civil.....	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, há a chamada liberdade de escolha de regime de bens, que possibilita aos cônjuges adotarem o regime que melhor lhes aprouver. Tal liberdade traduz-se na possibilidade conferida aos nubentes de optarem, no processo de habilitação, por qualquer um dos regimes regulados pelo Código Civil (CC), quais sejam, os regimes da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação total de bens, bem como de criarem um regime de bens próprio.

No entanto, a livre escolha do regime de bens não é algo absoluto e cabível a todos. O CC impõe, taxativamente, o regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos, impossibilitando-a de aderir ao regime de bens que lhe convém. Desse modo, infere-se que essa obrigatoriedade se contrapõe às garantias constitucionais que fundamentam e proporcionam a liberdade de escolha do regime de bens, tais como, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homens e mulheres, da autonomia privada e da privacidade.

Ademais, o referido dispositivo legal parece carregar consigo um certo etarismo, uma vez que se dirige, sem exceções, a todo e qualquer nubente que se encontre nessa faixa etária, evidenciando, assim, a linha tênue existente entre proteção e discriminação para com a pessoa idosa. Portanto, levando em consideração que a regra do art. 1.641, inciso II do CC abrange, sem exceções, toda pessoa maior de 70 anos e, portanto, toda pessoa idosa, faz-se necessário fomentar discussões acerca do etarismo e da possibilidade de flexibilização da referida regra frente às circunstâncias de cada caso concreto.

Ressalta-se que este trabalho possui um caráter explicativo, já que se propõe a buscar as causas que ensejam a realidade descrita, além de contar com o método hipotético-dedutivo, posto que contém a construção de um problema, bem como a elaboração de hipóteses. No tocante aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir da análise de doutrinas e de outros estudos de caráter científico outrora realizados acerca da temática aqui abordada.

Nesse sentido, tomando como base a supramencionada metodologia, o objetivo principal do presente trabalho consiste em analisar a obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos. Assim, questiona-se quais as possibilidades de flexibilização da obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos, prevista no art. 1.641, inciso II do CC.

O primeiro capítulo busca compreender o casamento e os regimes de bens previstos

no CC brasileiro, examinando, de maneira específica, o regime de separação total de bens em sua forma convencional e impositiva.

O segundo capítulo, por sua vez, ocupa-se em analisar o sujeito passivo abarcado pelo art. 1.641, inciso II do CC, qual seja, a pessoa maior de 70 anos, com base na interpretação social e legal acerca dos indivíduos idosos e do que está por trás da imposição do regime de separação de bens direcionada a esse grupo.

Por fim, buscando investigar as possibilidades de flexibilização da imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, o terceiro capítulo objetiva apreender o conceito de regras e princípios e, ainda, o que vem a ser propriamente o fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas.

2 DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

Neste trabalho, aborda-se a análise do regime de separação total de bens e a sua imposição aos maiores de 70 anos. Como fundamentação teórica, pretende-se realizar um resgate acerca do casamento e dos regimes de bens previstos no CC brasileiro, focando no regime de separação total, partindo-se, então, para a compreensão social e legal do sujeito passivo do art. 1.641, inciso II do referido Código.

Dessa forma, objetiva-se, na primeira seção, compreender o casamento e os regimes de bens previstos no CC brasileiro, examinando, de maneira específica, o regime de separação total de bens em sua forma convencional e impositiva.

2.1 Do casamento e dos regimes de bens previstos no Código Civil

Variadas são as interpretações que giram em torno do casamento; interpretações essas que, ao longo do tempo, têm sofrido modificações. Dentre as diversas compreensões acerca do casamento, destacar-se-ão aqui as visões contratualista, institucionalista e mista. Ademais, buscando compreender as implicações do casamento para os nubentes, analisar-se-á o instituto do regime de bens, especificamente aqueles que se encontram previstos no CC brasileiro.

Inicialmente, cumpre ressaltar a concepção do casamento enquanto um contrato. Conforme enfatizam Coelho e Benício (2019, p. 75), a teoria contratualista, originada no século XIX, por meio das ideias de Napoleão, considera o casamento como um contrato cuja validade e eficácia advêm, de maneira exclusiva, da vontade e consentimento recíproco dos nubentes que o contraem, atendendo, assim, à autonomia da vontade individual.

Nessa toada, Venosa (2017, p. 41) ressalta, sob a perspectiva do Direito Canônico, o contrato de caráter natural do casamento enquanto ato religioso e sacramentado, cujos direitos e deveres decorrentes da natureza humana não poderiam ser modificados, tornando o contrato matrimonial indissolúvel e perpétuo.

Em contraponto à visão contratualista, encontra-se a interpretação institucionalista. Segundo Madaleno (2018, p. 63), o casamento enquanto instituição, para além de um mero acordo de vontades, consiste no aspecto de que sobre este recaem normas de ordem pública, as quais deverão lhe servir de parâmetro a fim de que lhe sejam concedidas validade e eficácia. Em suma, conforme denota Gonçalves (2017, p. 47), trata-se, portanto, de uma situação jurídica cujos moldes se encontram pré-estabelecidos pelo legislador no ordenamento jurídico.

Paralelamente a tais interpretações, Venosa (2017, p. 41) aduz que o casamento possui, simultaneamente, aspectos contratuais e institucionais. Para o referido autor, o matrimônio é um negócio jurídico bilateral, possuindo características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos e, ao mesmo tempo, devendo ser compreendido como uma instituição, visto que os cônjuges, ao realizarem pacto contratual, passam a aderir a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Esse é o conceito de casamento adotado no presente trabalho.

Assim, a partir da compreensão do casamento enquanto contrato e instituição, faz-se importante ressaltar os efeitos pessoais e patrimoniais por ele produzidos sobre os cônjuges. Conforme o entendimento de Gonçalves (2017, p. 569), os efeitos pessoais dizem respeito aos direitos e deveres dos consortes e dos pais em relação aos filhos; já os efeitos patrimoniais referem-se aos vínculos econômicos que se traduzem, entre outras formas, no regime de bens.

O regime de bens, enquanto uma consequência jurídica do casamento, consiste na regulamentação da administração patrimonial anterior e posterior ao matrimônio. Serve para fixar a titularidade e a administração de bens comuns e particulares, bem como a forma de utilização de tais bens perante terceiros. A estipulação do tipo de regime de bens é tão significativa ao ordenamento jurídico brasileiro que, mesmo diante da ausência de manifestação dos nubentes, o CC estipula a incidência do regime da comunhão parcial (VENOSA, 2017, p. 343).

A despeito de o foco deste trabalho se dirigir aos efeitos patrimoniais no âmbito do casamento, vale ressaltar que o regime de bens também faz parte da união estável, não sendo uma exclusividade do matrimônio. A união estável, conforme dispõe o art. 1.723 do CC, é configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Nesse sentido, consoante o disposto no art. 1.725 do referido Código, aplica-se à união estável o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato em escrito estipulado pelos companheiros (BRASIL, 2020d, p. 207).

Os regimes patrimoniais existentes no Brasil são regidos por três princípios fundamentais, quais sejam: o da variedade de bens, o da liberdade convencional e o da mutabilidade controlada. No tocante aos princípios da variedade de bens e da liberdade convencional, há de se falar na possibilidade conferida aos cônjuges de optarem livremente, no processo de habilitação, por qualquer um dos quatro regimes regulados pelo CC, bem como de personalizar a sua escolha de acordo com as suas necessidades por meio da mescla entre regimes. Quanto ao princípio da mutabilidade, tem-se a possibilidade de alteração do regime patrimonial no curso do casamento mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos

os cônjuges (MARINHO *et al.*, 2018, p. 2-3).

Levando em consideração a existência de tais princípios reguladores da livre escolha dos regimes patrimoniais, faz-se importante destacar que a cláusula geral de comunhão plena de vida, prevista no art. 1.511 do CC (BRASIL, 2020d, p. 196), refere-se muito mais aos valores éticos e afetivos do casamento, bem como à igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Não deve, portanto, servir necessariamente como cláusula disciplinadora do regime patrimonial do casal, haja vista que, a princípio, os cônjuges possuem liberdade para optar pela não comunicação de seus bens, como será visto com mais clareza a seguir, no decorrer do desenvolvimento deste tópico. Acerca desse aspecto, destaca-se o aduzido por Alves:

Os regimes de bens contemplam o casal apenas formado por unidades econômicas próprias, onde as suas especificidades determinantes não influem ou demarcam aquela outra comunhão, a da plenitude de vida em comum, como cláusula diretiva existencial. Em outras palavras: enquanto a cláusula de comunhão de vida representa um conceito ético e operativo, contribuindo para o aperfeiçoamento das relações familiares, a tanto que a impossibilidade da comunhão será causa motivadora para a dissolução do vínculo conjugal (art. 1.573, CC), retenha-se, antes de mais, que os nubentes, no processo de habilitação ao casamento, poderão optar, para efeito de comunhão ou não dos bens entre os cônjuges, por qualquer dos regimes que o Código Civil regula (art. 1.640, parágrafo único, CC), fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas opções diferenciadas ao do regime básico de comunhão parcial, previsto pelo art. 1.640, CC. (ALVES, 2016, p. 1).

O CC regula quatro tipos de regimes patrimoniais, quais sejam: da comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666), da comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671), da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e da separação total de bens (arts. 1.687 e 1.688) (BRASIL, 2020d, p. 204-205).

O regime da comunhão parcial, segundo leciona Gonçalves (2017, p. 615), qualifica-se por separar os bens em relação àqueles adquiridos antes do casamento e àqueles contraídos em sua constância. Trata-se, portanto, da existência dos bens pertencentes a cada um dos cônjuges, individualmente, e dos bens comuns, pertencentes a ambos os consortes. Esse regime pode se dar de forma convencional (estipulado em pacto antenupcial) ou legal, quando não tiver sido convencionalizado pelos cônjuges, conforme os ditames do art. 1.640 do CC (BRASIL, 2020d, p. 203).

No entanto, conforme depreende-se do art. 1.658 do CC, nem todos os bens adquiridos durante o casamento serão comunicáveis, de modo que há um patrimônio passível de exclusão mesmo adquiridos na constância do casamento (BRASIL, 2020d, p. 204). Assim, ainda na esteira do conhecimento de Gonçalves (2017, p. 615-625), os bens incomunicáveis, próprios ou particulares de cada cônjuge, não se restringem apenas àqueles adquiridos

anteriormente ao matrimônio, incluem também todos aqueles dispostos no art. 1.659 do CC; veja-se:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. (BRASIL, 2020d, p. 204).

Desse modo, destacados os bens excluídos da comunhão, convém ressaltar os que se incluem em tal regime, quais sejam: todos os que se encontram elencados no art. 1.660 do CC; veja-se:

Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, 2020d, p. 204).

No que tange à comunhão universal de bens, aduz Cardoso (2009, p. 90) tratar-se de um regime no qual os cônjuges optam pela comunicação de todos os bens, presentes e futuros, adquiridos antes ou durante o casamento, inclusive das dívidas passivas, de modo a tornar uno o acervo patrimonial do casal, ainda que somente um dos consortes tenha contribuído com os bens. Contudo, vale salientar que alguns bens são excluídos da comunhão total. É o que dispõe o art. 1.668 do CC:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2020d, p. 205).

Sobre o regime da participação final nos aquestos, tem-se que os cônjuges, ao decidirem-se por tal regime, passam a ter, de maneira individual, a livre administração do seu patrimônio próprio. Entretanto, sobrevindo sobre o matrimônio a dissolução, cada um dos consortes terá direito à metade do patrimônio adquirido, a título oneroso, na constância do

casamento, excetuando-se os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogam, os que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a tais bens (MADALENO, 2018, p. 1.037).

Ressalta-se que o CC, em seu art. 1.663, entende por patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento (BRASIL, 2020d, p. 204).

Ademais, a respeito do regime de separação de bens, afirma Nevares (2014, p. 4) tratar-se da completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e as aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens. No entanto, vale salientar que, de acordo com o art. 1.688 do CC, há uma obrigação de ambos os cônjuges, salvo estipulação contrária no pacto antenupcial, em contribuir para com as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e bens (BRASIL, 2020d, p. 205). Outrossim, tal regime pode se dar de maneira convencional ou ainda legal, quando um ou ambos os cônjuges se encaixam em uma das hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I a III do *códex*.

Desse modo, levando em consideração todos os aspectos até aqui suscitados, faz-se possível inferir que o casamento, apesar das variadas formas de interpretação existentes ao longo do tempo, deve ser compreendido, ao mesmo tempo, como um contrato do Direito de Família e como uma instituição. Nota-se, ainda, que o regime de bens, enquanto um efeito patrimonial do casamento, possui variadas espécies entre as quais ganhará destaque, neste trabalho, a da separação total, conforme demonstrarão as seções subsequentes.

2.2 Do regime de separação total de bens

O regime de separação total de bens, previsto nos arts. 1.687 e 1.688 do CC (BRASIL, 2020d, p. 205) consiste na não comunicação dos bens dos consortes, sejam eles adquiridos antes ou durante o casamento. Trata-se da administração individual de cada cônjuge. Tal regime pode se dar por convenção, ou seja, pela livre escolha do casal, ou por imposição, quando um ou ambos os cônjuges se encaixam em uma das hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I a III do CC (BRASIL, 2020d, p. 203).

A escolha do regime de bens ocorre de maneira prévia ao casamento, por meio de pacto antenupcial. Conforme leciona Cardoso (2009, p. 108), o pacto antenupcial constitui-se em um instrumento legal que estabelece as principais regras acerca da administração patrimonial dos consortes, tanto na vigência quanto em um eventual rompimento do

matrimônio.

Quanto à sua natureza jurídica, o pacto antenupcial corresponde a um contrato solene e condicional, que passa a vigorar após a realização do casamento. A solenidade do referido pacto consiste no fato de que deve ser realizado por meio de escritura pública, não sendo possível concretizá-lo mediante instrumento particular ou, ainda, no termo do casamento. É condicional, por necessitar da realização do casamento para possuir eficácia. Ressalta-se que restará caduco caso um dos cônjuges venha a falecer ou contrair matrimônio com outra pessoa (GONÇALVES, 2017, p. 605).

Conforme anteriormente destacado, de acordo com os princípios da variedade de bens e da liberdade convencional, é conferido aos nubentes a possibilidade de escolherem livremente, mediante pacto antenupcial, entre os regimes de bens dispostos no CC ou ainda de personalizarem um regime de bens próprio. Consoante dispõem Jaborandy, Goldhar e Porto (2019, p. 89), essa liberdade de escolha implica o aspecto de que a administração patrimonial dos cônjuges consiste em algo demasiadamente privado, sobre o qual o Estado deve interferir minimamente, o que, por sua vez, decorre de uma série de garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), tais como a autonomia da vontade e o princípio da dignidade humana (BRASIL, 2020a, p. 3-8).

Assim, segundo o aduzido por Cardoso (2009, p. 57), é certo que os nubentes possuem liberdade para o casamento, bem como para a escolha do regime de bens. Contudo, salienta-se que tal liberdade não deve ser tomada como absoluta, devendo ser exercida dentro dos ditames das leis, dos bons costumes, das regras de ordem pública e dos preceitos do casamento. Essa liberdade de escolha alcança o regime da separação de bens, visto que é facultado aos cônjuges optar por tal regime por meio de pacto antenupcial. No entanto, o referido regime, em algumas hipóteses, é imposto a determinado grupo de pessoas, suscitando, assim, a supramencionada limitação à liberdade de escolha acerca do regime patrimonial.

As hipóteses de imposição do regime de separação de bens encontram-se elencadas nos incisos do art. 1.641 do CC (BRASIL, 2020d, p. 203) e referem-se aos nubentes que pretendam contrair núpcias com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; que possuam mais de 70 anos de idade; e àqueles que necessitem de suprimento judicial para a realização do casamento.

As causas suspensivas da celebração do casamento encontram-se elencadas no art. 1.523 do CC (BRASIL, 2020d, p. 197) e visam, primordialmente, conferir proteção ao patrimônio de um ou ambos os consortes. Conforme assegura Peres (2020, p. 6), o legislador, ao dispor de tais causas suspensivas, não impede a realização do casamento; entretanto, impõe

como regime patrimonial a separação obrigatória de bens.

No que tange aos maiores de 70 anos, ressalta-se que a imposição do regime de separação de bens se traduz em uma tentativa de proteção dos idosos contra uniões calcadas exclusivamente em meros interesses financeiros. No entanto, vale ressaltar a existência de discussões acerca dessa imposição, no tocante a possíveis violações às garantias fundamentais asseguradas pela CF/88, como o direito à liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque tal imposição se baseia meramente na idade, sem levar em conta outros aspectos, como a especificação da condição em que se encontra o nubente idoso, ou mesmo a análise sobre as condições em que o seu patrimônio foi constituído (MARINHO *et al.*, 2018, p. 3).

Quanto aos que necessitam de suprimento judicial para a realização do casamento, trata-se das ocasiões nas quais um ou ambos os nubentes ainda não atingiram a maioridade civil, necessitando, assim, de autorização prévia, por serem maiores de 16 e menores de 18 anos. Nesse sentido, como mecanismo de proteção aos menores de idade, impõe-se o regime de separação de bens (BRASIL, 2020d, p. 197).

Seguindo o princípio da mutabilidade controlada, o regime de separação total, mesmo em sua forma impositiva, pode vir a ser alterado posteriormente mediante autorização judicial, em pedido motivado dos cônjuges, desde que sejam ressaltados os direitos de terceiros e que seja apurada a procedência das razões invocadas e comprovada a eliminação das causas que determinaram a sua imposição, conforme depreende-se do art. 1.639, § 2º do CC (BRASIL, 2020d, p. 203).

Todavia, essa possibilidade de alteração somente se faz cabível às hipóteses de inobservância das causas suspensivas e de necessidade de suprimento judicial. Nesse bojo, veja-se o Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs” (BRASIL, 2020c, p. 2.479).

Nota-se, portanto, que os maiores de 70 anos de idade não possuem a possibilidade de alteração do referido regime patrimonial, o que suscita ainda mais discussões polêmicas a respeito da imposição do regime de separação de bens a essa classe de pessoas. Ademais, no que tange à imposição do regime de separação de bens, importa salientar a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), que dispõe o seguinte: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 2017, p. 215).

O referido entendimento jurisprudencial baseou-se no art. 259 do CC de 1916, que dispunha que, embora o regime escolhido não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam, no

silêncio do contrato, as suas regras no tocante à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Tal dispositivo firmou, então, a ideia de que, no regime de separação de bens convencional, era preciso mencionar no pacto, de forma expressa, que a separação era absoluta e total, para que não houvesse comunicação de aquestos entre os cônjuges (NEVARES, 2014, p. 5).

Sobre a referida Súmula pairam diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da sua aplicabilidade no que tange à necessidade (ou não) de comprovação do esforço comum, bem como acerca de sua revogação ou permanência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Defendendo a desnecessidade de demonstração do esforço comum dos cônjuges, Nader (2016, p. 686) assevera que “a Súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição”. Em contraponto, Tartuce (2019, p. 229) aduz que “a falta da prova do esforço comum transforma o regime de separação de bens em uma comunhão parcial, o que parece não ter sido o objetivo da sumular”.

No âmbito jurisprudencial, a referida Súmula provocava dissonância na Terceira e na Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dissonância essa que foi uniformizada pela Segunda Seção dessa Corte através do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1.623.858/MG:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (STJ - EREsp: 1.623.858/MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães, julgado em 23/05/2018, DJE 30/05/2018). (BRASIL, 2018, p. 1).

O supracitado entendimento jurisprudencial, além de uniformizar o entendimento acerca da Súmula 377 do STF, confirmou a sua aplicação no âmbito do ordenamento jurídico. Conforme orientam Jaborandy, Goldhar e Porto (2019, p. 93), a corrente oposta à vigência da Súmula defendia o seu cancelamento em razão de o CC de 2002 não mais reproduzir o art. 259 do CC de 1916. Em contraponto, a corrente majoritária posiciona-se em favor da permanência

da Súmula sob o argumento de que esta serve como instrumento para vedação ao enriquecimento ilícito.

Desse modo, considerando todos esses aspectos suscitados, nota-se que o regime de separação de bens pode se dar tanto mediante convenção, pela livre escolha dos cônjuges por meio de pacto antenupcial, quanto por imposição legal, nos casos elencados no art. 1.641 do CC. O referido regime em sua forma impositiva abarca uma série de fatores que provocam diversas discussões na esfera jurídica, especificamente em se tratando da hipótese que engloba os maiores de 70 anos. Essa hipótese específica será foco das próximas abordagens do presente trabalho.

2.3 Do regime de separação total de bens imposto aos maiores de 70 anos

Conforme anteriormente ressaltado, o CC, em seu art. 1.641, elenca algumas hipóteses nas quais o regime de separação total de bens deve ser imposto (BRASIL, 2020d, p. 203). Uma dessas hipóteses dirige-se aos maiores de 70 anos de idade e tem levantado discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca de sua possível inconstitucionalidade, bem como sobre a possível flexibilização de tal regra de acordo com o caso concreto em que se encontra inserida.

Cumprir destacar que, no CC de 1916, tal imposição dirigia-se de maneira distinta para homens e mulheres, de modo que recaía para cônjuges do sexo feminino a partir dos 50 anos e para cônjuges do sexo masculino a partir dos 60 anos. Por sua vez, o CC de 2002, em consonância com o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, mais tarde passou a estipular a idade de 60 anos para ambos os sexos (VENOSA, 2017, p. 348).

Nessa toada, seguindo os ditames da garantia constitucional de isonomia entre os sexos atrelada à concepção do aumento da expectativa e das condições de qualidade de vida, a Lei nº 12.344/2010 (BRASIL, 2010) alterou a redação do art. 1.641, inciso II do CC, aumentando para 70 anos a idade — de um ou de ambos os cônjuges —, sobre a qual recai a obrigatoriedade do regime de separação total de bens. A referida Lei resultou do Projeto de Lei (PL) nº 108/2007, de autoria da ex-Deputada Federal Solange Amaral, e teve como justificativa a melhoria das condições de vida, decorrente de consideráveis avanços nos mais variados setores da sociedade, tal como o da saúde. É o que aduz a justificção do referido PL:

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior

longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos (BRASIL, 2007, p. 2).

Assim, é possível notar que a regra da obrigatoriedade do regime de separação total de bens, direcionada hoje aos nubentes maiores de 70 anos, sofreu algumas modificações ao longo do tempo. Percebe-se, portanto, que tais mudanças buscaram adequar a norma legal às diversas e relevantes transformações da realidade fática que, no contexto em questão, se traduz no avanço social, que, por sua vez, culminou no aumento da qualidade e expectativa de vida, refletindo, dessa maneira, na esfera patrimonial dos indivíduos. Trata-se de vincular, de fato, a lei à realidade social na qual se encontra inserida.

Conforme ressaltado nos tópicos anteriores, todas as hipóteses de imposição contidas no art. 1.641 do CC visam conferir proteção patrimonial aos nubentes. A regra contida no inciso II do referido dispositivo legal baseia-se no intuito de proteger a pessoa idosa de casamentos calcados no mero interesse econômico. Nesse sentido, Venosa (2017, p. 348) expõe que o legislador, ao direcionar o regime de separação total de bens para os maiores de 70 anos de maneira impositiva, partiu do pressuposto de que, nessa faixa etária, o nubente já se encontra com o seu patrimônio consolidado e que, portanto, deve ser devidamente protegido de um casamento com alguém mais jovem que se consorcia visando apenas usufruir dos benefícios patrimoniais.

No entanto, vale destacar que tal imposição não se consolida quando os nubentes maiores de 70 anos que desejam contrair núpcias já possuíam anteriormente união estável. O Enunciado nº 261 da III Jornada de Direito Civil aduz *ipsis litteris* que “a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de 60 anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade” (BRASIL, 2020b, p. 2.479). É bem verdade que a idade atualmente constante no CC é de 70 anos, e não mais de 60, como consta no referido enunciado. Tal entendimento foi reforçado pela Quarta Turma do STJ, em 2016, no Recurso Especial (REsp) nº 1.318.281/PE:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE

LONGA UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE TAL IDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa como sendo obrigatório o regime de separação total de bens entre os cônjuges quando o casamento envolver noivo maior de 60 anos ou noiva com mais de 50 anos. **2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico.** 3. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. 4. Recurso especial a que se nega provimento (STJ - REsp: 1.318.281/PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016). (BRASIL, 2016, p. 1, grifo nosso).

Assim, nota-se que a proteção na qual o art. 1.641, inciso II do CC se firma parece nem sempre se fazer necessária. Ademais, conforme ressaltam Jaborandy, Goldhar e Porto (2019, p. 93) não se mostra razoável aceitar que todos os casamentos realizados entre os maiores de 70 anos sejam eivados em puro interesse, uma vez que, atualmente, os laços de afeto e carinho existentes entre o casal sobrepõem-se ao caráter patriarcal e materializado das famílias dos tempos passados. Não se deve, portanto, generalizar os matrimônios envolvendo maiores de 70 anos, nem mesmo cultivar concepções passadas acerca dos relacionamentos familiares.

A flexibilidade da regra em questão parece se restringir apenas aos casos envolvendo anterior união estável. Conforme antes salientado, diferentemente das outras hipóteses elencadas no art. 1.641, os nubentes que contraem núpcias nos seus 70 anos são obrigados a casar sob o regime da separação total de bens, não podendo futuramente modificá-lo. É o que se depreende a partir da compreensão do já citado Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil, que aduz ser possível modificar o regime obrigatório de separação total de bens mediante a superação da causa que o impôs.

Ora, se a regra para a modificação do regime é o afastamento do motivo que o estabeleceu, não há como aplicá-la aos nubentes maiores de 70 anos, pelo claro motivo de que não é possível superar a idade para menos. No tocante a esse aspecto, destaca-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO CONSENSUAL DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PESSOAS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há como modificar o regime de bens da separação obrigatória, quando a causa que o impôs foi o fato de a pessoa ser maior de 70 anos, pois, nesta hipótese, a causa não poderá ser superada. Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ [Centro de Estudos Judiciários] do CJF [Conselho da Justiça Federal]. Precedentes deste E. Tribunal (TJ-SP - AC: 1002896-70.2019.8.26.0248/SP, 1002896-70.2019.8.26.0248, Rel. Maria do Carmo Honório,

3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/11/2019, publicado em 12/11/2019). (SÃO PAULO, 2019, p. 1).

Considerando todos os aspectos suprarressaltados, é possível inferir que, a despeito de todas as transformações sofridas ao longo do tempo pelo então art. 1.641, inciso II do CC, o fator determinante para a sua aplicação parece basear-se unicamente no fator etário. A referida regra abarca todos os indivíduos que tenham 70 anos ou mais e não contempla nenhum tipo de flexibilização em seu corpo.

Por conseguinte, é mister compreender como o ordenamento jurídico e a sociedade entendem o sujeito passivo do referido dispositivo legal, a fim de entender o que está por trás dessa imposição e de analisar a aplicação de possíveis flexibilizações dessa regra, levando em conta os aspectos de cada caso concreto. Os próximos capítulos se ocuparão dessas temáticas.

3 SUJEITO PASSIVO DO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

Após compreender o funcionamento dos regimes de bens previstos no CC, buscar-se-á, neste capítulo, investigar a hipótese de imposição do regime de separação de bens contida no inciso II do art. 1.641 do CC. Assim, faz-se importante realizar uma análise acerca do sujeito passivo abarcado por tal dispositivo, qual seja a pessoa maior de 70 anos. Desse modo, este capítulo se ocupará desse objetivo, partindo da análise de uma interpretação social e legal sobre a pessoa maior de 70 anos e o que está por trás da imposição do regime de separação de bens direcionada a esse grupo.

3.1 Percepção legal acerca da pessoa idosa

A CF/88, enquanto lei proeminente do ordenamento jurídico, traz, em seu bojo, uma série de princípios fundamentais que servem não apenas de norte para a elaboração, interpretação e aplicação das diversas normas jurídicas, como também estabelecem deveres e asseguram garantias aos indivíduos, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana faz-se presente na CF/88, logo após o seu preâmbulo, como sendo princípio fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o seu art. 1º, inciso III. Nesse sentido, tem-se o reconhecimento categórico do papel do Estado como ferramenta necessária à promoção de uma existência digna para todos os indivíduos, ficando-se, assim, o entendimento de que a pessoa humana constitui a finalidade primordial do Estado, de maneira que ele existe em função dos indivíduos, e não o contrário (SARLET, 2019, p. 269).

Dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se presente nos mais variados ramos do Direito, garantindo direitos humanos a todos os indivíduos, pelo simples fato de terem nascido com vida, ou seja, sem nenhuma distinção ou preenchimento de condição específica. Assim, tem-se que os chamados direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados no âmbito do ordenamento jurídico, podem ser tomados como sendo a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que são garantidos a todos os indivíduos independentemente de quaisquer critérios, como cor, sexo e classe social, uma vez que se encontram no centro do sistema jurídico (LEMOS JUNIOR; BRUGNARA, 2017, p. 87).

Portanto, o referido princípio possui notável importância no âmbito do texto constitucional e, conseqüentemente, das demais leis, haja vista que a CF/88, enquanto Carta

Magna do ordenamento jurídico brasileiro, serve de fundamento para a concepção e aplicação de outras normas jurídicas, tidas como infraconstitucionais. Nesse sentido, Sarlet (2019, p. 269) expõe os variados reflexos da dignidade da pessoa humana na ordem econômica (art. 170, CF), no planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF), nos direitos da criança e do adolescente (art. 227, CF) e, ainda, nos direitos dos idosos (art. 230, CF).

Isso posto, há de se destacar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, que remete à chamada constitucionalização do Direito Civil, ao considerar a CF/88 como elemento integrador do ordenamento jurídico em sua totalidade — ou seja, em seus mais variados ramos — e não apenas como uma carta de mero aspecto político. Assim, os direitos fundamentais passam a ser considerados efetivamente no âmbito das relações privadas, de modo a regular não somente as questões atinentes ao Direito Público, mas também as relações interpessoais, nas quais o Estado não necessariamente se encontra inserido (RAMOS, 2016, p. 292).

Acerca do direito dos idosos, a CF/88 assegura, em seu já citado art. 230, que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 2020a, p. 56) O referido dispositivo legal reconhece os idosos como depositários de especial atenção, integrando família, sociedade e Estado na busca pela satisfação efetiva dos seus direitos devidamente assegurados. A respeito dessa questão, destaca-se o entendimento de Sibhelle Nascimento:

O direito ao envelhecimento com dignidade foi positivado na Constituição Federal de 1988, amparada nos princípios de cidadania e dignidade da pessoa humana, cuja proteção dirigida à pessoa idosa passou a compor o conjunto de direitos voltados à concretização de uma sociedade mais justa e igualitária, dentro dos objetivos do Estado Democrático de Direito. A cidadania e a dignidade da pessoa humana decorrem do reconhecimento das diretrizes relativas aos direitos humanos, reconhecendo as diferenças, entre as prestações positivas do Estado, nas quais se insere a proteção dos idosos em seus mais diversos aspectos. (NASCIMENTO, 2019, p. 18-19).

Os idosos possuem, portanto, direitos fundamentais que lhes são constitucionalmente garantidos. Tais direitos passaram, mais tarde, a serem instrumentalizados pelos chamados microssistemas, criados a fim de conferir equilíbrio nas relações e proporcionar melhor atenção à pessoa idosa, além de reafirmar o ordenamento jurídico enquanto unidade constitucional situada no âmbito de um sistema aberto, que procura se corresponder com os seus tutelados (NASCIMENTO, 2019, p. 17-18).

Os microssistemas são instituídos com a finalidade de atender às necessidades de determinado setor social, através de normas multidisciplinares que estabelecem, ao mesmo tempo, tipos penais, procedimentos administrativos, políticas públicas e, até mesmo, regras de interpretação. As normas de um microssistema dispõem, de um modo geral, sobre matérias de Direito Privado, pelo fato de regulamentarem as relações estabelecidas entre particulares e entre estes e o Estado. Porém, dado o seu caráter ambivalente, os microssistemas também perpassam pelo âmbito do direito público ao conectarem-se com os direitos fundamentais dispostos na CF/88, além de atuarem de maneira dinâmica e recíproca no âmbito das leis infraconstitucionais (SOUSA, 2006, p. 66).

Nesse sentido, a CF/88, entendendo os idosos como indivíduos mais suscetíveis à marginalização social, confere-lhes tutela especial. Alicerçada nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna busca integrar o Estado e a sociedade como um todo na efetiva garantia de direitos específicos atinentes às pessoas maiores de 60 anos, conferindo diretrizes para a criação de políticas públicas, ou mesmo para a elaboração de leis que protejam e integrem as pessoas idosas nos diversos setores da sociedade (NASCIMENTO, 2019, p. 22).

Como já destacado, a referida Carta Magna, em seu art. 230 assegura a participação do idoso na comunidade, buscando não apenas defender a sua dignidade e bem-estar, como também garantir-lhes o direito à vida (BRASIL, 2020a, p. 56). Nessa perspectiva, a tutela especial conferida à pessoa idosa pela CF/88 ensejou a criação da chamada Política Nacional do Idoso (PNI) – Lei nº 8.842/1994, bem como, mais tarde, sancionou o chamado Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 (BRASIL, 1994, 2003b).

Assim, para além da proteção constitucional, os idosos contam com o microssistema do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), cujas normas visam promover e assegurar, de forma efetiva e ampla, os direitos fundamentais outrora já garantidos pela CF/88, a partir da integração entre sociedade, família e Estado. Nesse prisma, destacam-se os dizeres de Sousa e Marquette:

O Estatuto tem por objetivo primordial funcionar como uma carta de direitos, um instrumento de cidadania, atribuindo à família, à sociedade e ao Poder Público a obrigação pelo seu cumprimento, confirmando normas já consagradas na Constituição Federal. Tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Há que se considerar o grande mérito do Estatuto, pois, além de se constituir em uma legislação moderna, a exemplo do tratamento observado nos países europeus, reconhece o envelhecimento como um direito social [...]. (SOUSA; MARQUETTE, 2018, p. 39).

Vale destacar que, anteriormente ao surgimento do Estatuto do Idoso, foi promulgada a PNI (Lei nº 8.842/1994). Conforme ressaltam Souza e Silva (2010, p. 86), a PNI tornou-se um instrumento jurídico de grande relevância à parcela idosa da sociedade, uma vez que ampliou os seus direitos e traçou diretrizes fundamentais para a elaboração de outras normas legais, bem como de políticas públicas. Segundo dispõe o seu art. 1º, a referida lei possui o objetivo de assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, considerando como idoso, para efeitos legais, a pessoa maior de 60 anos de idade, conforme aduz o seu art. 2º.

A PNI estabelece ainda, em seu art. 3º, princípios como os da cidadania, dignidade, bem-estar, participação do idoso na comunidade e direito à vida. Nessa mesma toada, elenca, no seu art. 4º, uma série de diretrizes, tais como prioridade no atendimento pela família e em órgãos públicos e privados prestadores de serviço; apoio às pesquisas sobre envelhecimento; assistência e promoção social; garantia de assistência à saúde, educação, habitação, justiça, cultura e lazer. Ademais, disciplina acerca da participação dos entes da federação, bem como dos órgãos e entidades públicos na promoção e efetivação dos direitos atinentes à pessoa idosa (BRASIL, 1994).

Assim, tem-se que o já referido Estatuto do Idoso implementa e efetiva as garantias contidas na PNI e, portanto, na CF/88, delimitando, de maneira mais específica, a proteção que deve ser dispensada à parcela idosa da população por parte do Estado e de todos os indivíduos da sociedade. As normas presentes no Estatuto do Idoso traduzem o envelhecimento como sendo uma conquista, buscando imprimir uma visão positiva acerca da pessoa idosa, que, em caráter prioritário, deve ter garantida a sua participação ativa na vida econômica, social, cultural e política (BITENCOURT; DALTO, 2018, p. 6).

Desse modo, resta claro que os maiores de 60 anos — portanto, os idosos — são depositários de tutela especial. Alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana, a CF/88, juntamente à PNI (Lei nº 8.842/1994) e ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), oferece proteção integral à pessoa idosa, conferindo-lhe, a partir da colaboração entre Estado, família e sociedade, a efetiva garantia de direitos específicos e fundamentais, proporcionando-lhe usufruir de autonomia e ativa cidadania.

Nesse sentido, tendo sido compreendida a interpretação legal acerca dos idosos, é mister analisar como a sociedade enxerga tais pessoas e, portanto, como tal visão influenciou, ao longo do tempo, na construção do arcabouço legal existente direcionado à proteção da pessoa idosa. Tal análise será feita a seguir.

3.2 Percepção social acerca da pessoa idosa

Conforme ressaltado alhures, de acordo com a legislação pátria, todo aquele que atinge a faixa etária de 60 anos é considerado idoso. É o que dispõe a PNI, em seu art. 2º (BRASIL, 1994). No entanto, o conceito de pessoa idosa não se restringe a uma demarcação etária, mas, ao contrário, perpassa por fatores biológicos e, até mesmo, sociais, que implicam fortemente a compreensão acerca do envelhecer.

Seguindo o entendimento de Socorro (2011, p. 15), a cronologização, ou seja, a divisão da vida em etapas, surgiu com a modernização da sociedade, que, passando a operar a partir de uma divisão de funções e posições, ensejou a necessidade de organizar-se por meio da cronologia, estabelecendo fases de vida (infância, juventude, velhice) e, portanto, funções e papéis atinentes a cada uma dessas fases (idade do brincar, de ir para a escola, idade do casamento), utilizando-se de um critério etário.

No século XV, as idades funcionavam como uma categoria científica, de modo que eram vinculadas à forma de representação da biologia humana, ou seja, a idade era estabelecida de acordo com a representação corporal do ser humano em determinado período de sua existência. Assim, utilizando-se de critérios biológicos, a cronologização passou a sistematizar as etapas da vida humana, delimitando terminologias para cada uma dessas etapas. A fase da velhice foi nomeada a partir da compreensão de que sentidos dos seres humanos pertencentes a essa fase já não são tão bons como eram antes (ARIÈS, 1986, p. 9-10).

Nessa toada, uma vez que cronologia e ciência se coadunam, vale destacar a visão biológica acerca do envelhecer. De acordo com Alvino (2015, p. 22), a Biologia relaciona a idade do ser humano diretamente ao envelhecimento do corpo, em que os órgãos sofrem alterações, com menor capacidade de autorregulação, por meio de um processo de maturação. Logo, o envelhecimento, em primeiro plano, consiste em um aspecto biológico e, portanto, natural e inerente ao ser humano.

O envelhecimento biológico é um processo contínuo, iniciado desde o nascimento e perdurado até a morte, conferindo ao indivíduo uma série de alterações fisiológicas, celulares, moleculares e estruturais. Trata-se do fenômeno da senescência, ou seja, de um evento natural que provoca no organismo humano uma série de mudanças relacionadas à passagem do tempo e que acabam por causar certo impacto à capacidade funcional do indivíduo (BICALHO; CINTRA, 2013, p. 40).

Tal aspecto biológico acerca da velhice tende a conferir a ela um aspecto demasiadamente negativo, baseando-a apenas em perdas e dificuldades ocasionadas pelo

desgaste e enfraquecimento do organismo humano. Assim, faz-se necessário compreender a velhice para além da visão da Biologia, uma vez que o ser humano, dotado de complexidade, não se restringe apenas à matéria fisiológica, sendo desenvolvido também por uma série de processos e experiências fundamentais para a sua formação enquanto indivíduo. Desse modo, destaca-se o entendimento de Rodrigues:

O envelhecimento entendido dentro de aspectos biológicos e cronológicos iguala todos os indivíduos, de todas as nações, de todas as culturas, de todos os tempos, não permitindo a manifestação de diferentes processos. Nesta homogeneização, o processo de envelhecimento está pautado apenas por perdas físicas, cognitivas, fisiológicas e sociais. Contudo, enfatizar apenas os aspectos negativos do envelhecimento, considerando somente as perdas, é olhar parcialmente para o desenvolvimento do indivíduo ignorando uma série de processos que podem levá-lo a desenvolver-se. (RODRIGUES, 2002, p. 64).

Nesse sentido, tem-se que a velhice não deve ser compreendida apenas pelo viés biológico e cronológico, mas, para além disso, deve ser interpretada de maneira dinâmica e contextualizada, ou seja, de acordo com o meio social e cultural no qual o indivíduo inserido nessa fase da vida se encontra presente, levando em consideração, ainda, as suas expectativas para o futuro. Isso porque cada ser humano possui a sua própria individualidade e, portanto, as suas próprias experiências de vida e modos de desenvolver-se, não sendo possível homogeneizar o envelhecer a partir de critérios meramente etários e biológicos (RODRIGUES, 2002, p. 64).

Dessa maneira, o debate acerca da velhice, tida como a fase final da vida do ser humano, deve levar em consideração uma série de variações, uma vez que essa fase pode se mostrar de forma distinta de pessoa para pessoa. É possível que, para alguns, o estágio cronológico não coincida com o estágio biológico, de modo que, mesmo que o indivíduo tenha adentrado a faixa etária estipulada em lei que o torna idoso e, portanto, seja pertencente à fase da velhice, o seu aspecto biológico não externe, de fato, o envelhecimento. Logo, atrelado a esses aspectos, é de suma importância compreender, também, a percepção da sociedade acerca da pessoa idosa (DUARTE *et al.*, 2005, p. 43).

Nesse prisma, destacam-se os dizeres de Sousa e Marquette:

O processo do envelhecimento não ocorre linearmente, ou seja, é dependente de uma série de fatores, fazendo com que o envelhecer de cada ser humano seja único e particular. Ainda que a idade cronológica seja adotada como um parâmetro legal para definir o idoso, os interesses, as necessidades, os objetivos, os sentimentos, a vivência, as perspectivas, são algumas das variáveis que diferenciam as pessoas integrantes do grupo de idosos. (SOUSA; MARQUETTE, 2018, p. 41).

Ainda na esteira do pensamento de Duarte *et al.* (2005, p. 46), ressalta-se que a percepção acerca da velhice, bem como a sua aceitação, está estritamente ligada às características da sociedade na qual o idoso se insere. Desse modo, o peso do olhar do outro é notado como componente importante, presente na vida da maioria dos idosos que sofrem o preconceito e afastamento involuntário do convívio com a sociedade, ainda que carreguem consigo vitalidade e vontade de viver.

A sociedade atual caracteriza-se fortemente pela construção social da juventude como padrão desejável, de modo que os jovens estão associados a atributos como saúde, beleza, sucesso e autonomia, enquanto os idosos são compreendidos como seres abatidos e sem vigor. Assim, a juventude torna-se o padrão a ser almejado pelos indivíduos, sendo a velhice compreendida como uma fase de conotação negativa relacionada exclusivamente à deterioração da condição física e/ou mental, que torna o indivíduo cada vez menos autônomo. A sociedade enxerga a autonomia como atributo indispensável ao indivíduo; portanto, a sua falta, ocasionada normalmente pelo envelhecer, acaba contribuindo também para a construção negativa acerca da pessoa idosa, que tende, nesse aspecto, a ser tomada como um peso (CASTRO, 2016, p. 86).

O envelhecer está atrelado à ideia de longevidade e experiência de vida e, ao mesmo tempo, ao sinônimo de caducidade e falta de vitalidade e produtividade. Esses últimos aspectos negativos suscitam, por sua vez, uma série de discriminações e preconceitos sociais acerca das pessoas idosas, que as tomam como seres incapazes de acompanhar o constante e cada vez mais acelerado desenvolvimento da sociedade nos seus mais variados setores. Tal visão utilitarista dos idosos os põe à margem da evolução social e em situação de vulnerabilidade, o que os torna indivíduos carentes de maior atenção e proteção jurídica (MAGALHÃES, 2017, p. 8-9).

Dessa maneira, a percepção social de que os indivíduos devem estar aptos a acompanharem o constante e acelerado dinamismo presente nos diversos setores da sociedade parece classificar a velhice em um modelo binário de boa e má velhice, sendo a boa velhice aquela na qual o idoso se encontra ativo e devidamente inserido no seio social. Portanto, caso o idoso não tenha uma velhice ativa, isso tende a ser interpretado como uma velhice negativa, o que denota uma exigência de que o idoso seja o próprio causador dos aspectos naturalmente concernentes à velhice — tais como fragilidades físicas e cognitivas que o impedem de ser mais ativo — e, assim, o próprio responsável por sua exclusão social (SOCORRO, 2011, p. 85).

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Castro:

Instado a integrar-se aos padrões, os ritmos lentos e as hesitações do idoso diante da avalanche de transformações em curso se tornam motivo de incompreensão e, não raro, franca impaciência. É como se, no ideário da qualidade de vida para o qual o

mercado comparece com um estoque sempre renovado de produtos e serviços, o envelhecimento muitas vezes se tornasse um embaraço a ser camuflado, custe o que custar. (CASTRO, 2016, p. 85).

A sociedade tem enxergado, ao longo do tempo, a pessoa idosa sob uma perspectiva discriminatória. Nas culturas neolíticas, os indivíduos mais velhos que não conseguissem contribuir ativamente para a vida em comunidade eram desprezados e, até mesmo, deixados para morrer. Na Idade Média, a velhice era tida como um período de preparo para a morte, e os mais velhos só eram respeitados caso possuíssem riquezas. No século XIX, os mais velhos sofreram muito com o ritmo acelerado da Revolução Industrial, que era incompatível com esse estágio de vida. Já no século XX, em meio a uma sociedade tecnocrata, os idosos passaram a ser, cada vez mais, vistos como seres desinteressantes e carentes de conhecimentos agregadores (DÓREA, 2021, p. 94-162).

Logo, a despeito de os debates acerca da velhice serem recentes, o preconceito contra as pessoas ocupantes dessa fase da vida data de séculos, o que permite inferir que o chamado etarismo tem permeado a sociedade desde os seus primórdios. Logo, faz-se importante conceituar esse tipo de preconceito, a fim de compreender como ele se encontra presente na sociedade.

Para Vieira (2018, p. 10), o etarismo seria um conjunto de processos sistemáticos de preconceito e discriminação contra idosos. Para Castro (2016, p. 79), seria o preconceito baseado na idade, que ocasiona diferentes formas de discriminação e opressão, as quais emergem como problemática das relações entre velhice e subjetividade. Por sua vez, Dórea (2021, p. 83) conceitua o etarismo como sendo o ato de discriminar ou criar estereótipos, em geral negativos, para um indivíduo ou grupo de pessoas, baseado na idade cronológica.

O etarismo mostra-se amplamente difundido e, de modo sutil, diferentemente de outras formas de discriminação, tende a ser institucionalizado e socialmente aceito. A sociedade tende a não confrontar o etarismo pelo fato de este, muitas vezes, ser interpretado como costume cultural e, até mesmo, boa educação, a exemplo da prática de tratamentos demasiadamente protetores, como a utilização de linguagem simplificada, ou mesmo impedimento de participações em atividades cotidianas, que acabam, na verdade, por imprimir nos idosos figuras dotadas de total impotência e fragilidade. Ademais, ressalta-se que o etarismo também se camufla no constante e intenso enaltecimento à juventude, que traveste de naturalidade a rejeição ao envelhecimento (VIEIRA, 2018, p. 15).

Conforme explicita Dórea (2021, p. 279), o etarismo pode manifestar-se em três níveis, quais sejam individual, interpessoal e institucional. De acordo com o referido autor, o

etarismo em seu nível individual tem a ver com os estereótipos, geralmente negativos, que são aceitos e interiorizados pelos indivíduos e vão moldando os seus pensamentos e atitudes sobre a pessoa idosa. Já o etarismo interpessoal, conforme leciona o autor, é traduzido na forma estigmatizada como a sociedade enxerga e trata os idosos, que normalmente tendem a ser compartimentalizados do restante da sociedade, que, por não se enxergar nesse grupo social, se mantém o mais distante dele possível. Por fim, o autor refere-se ao etarismo institucional como sendo aquele presente nas mais diversas entidades sociais, inclusive naquelas responsáveis pela elaboração de políticas públicas voltadas à pessoa idosa.

Desse modo, levando em consideração todas as informações suprarressaltadas, conclui-se que a compreensão acerca do idoso não se restringe apenas ao critério cronológico utilizado pelo ordenamento jurídico, que define como idoso todo aquele maior de 60 anos. Ademais, a fim de não homogeneizar o processo de envelhecimento, este deve ser compreendido para além de um critério meramente biológico, sendo de grande relevância analisá-lo sob as influências sociais e culturais nas quais o idoso se encontra inserido.

A partir da análise acerca da percepção social sobre a pessoa idosa, notou-se que esta vem sofrendo, ao longo do tempo, discriminações e preconceitos, muitas vezes sutis e até institucionalizados e aceitos no seio da sociedade. Nesse sentido, buscou-se compreender o etarismo e como esse tipo de preconceito encontra-se difundido entre os indivíduos.

Dessa maneira, resta clara a influência da visão social a respeito do idoso sobre o ordenamento jurídico brasileiro, ao inserir, em seu corpo, legislações direcionadas especificamente à pessoa idosa, a fim de escudar-lhe e garantir-lhe direitos próprios. Nessa toada, tem-se que a análise da percepção legal e social acerca do idoso enseja uma melhor compreensão da imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos.

3.3 A incapacidade camuflada por trás da imposição do regime de separação de bens para maiores de 70 anos

Conforme já ressaltado, os idosos, enquanto indivíduos suscetíveis à discriminação e à marginalização social, são munidos de tutela jurídica especial. Nesse bojo, o CC, em seu art. 1.641, inciso II, impõe aos maiores de 70 anos um regime de bens específico (BRASIL, 2020d, p. 203), qual seja o regime de separação de bens com o intuito de salvaguardar tais pessoas de possíveis matrimônios abusivos e calcados em interesses maléficos.

O ordenamento jurídico brasileiro admite aos nubentes, de uma maneira geral, a possibilidade de escolherem, entre as opções de regime de bens admitidas, aquele que melhor

lhes aprovar. No entanto, no tocante aos maiores de 70 anos, não há que se falar em livre escolha, uma vez que o legislador lhes restringe a faculdade de optar por regime diverso da separação total obrigatória. Conforme ressaltam Jaborandy, Goldhar e Porto (2019, p. 93), tal restrição legal, traduzida no inciso II do art. 1.641 do CC (BRASIL, 2020d, p. 203), acaba por adentrar na esfera da autonomia privada de pessoas idosas, de modo a ditar-lhes a forma como devem administrar os seus bens se, porventura, o matrimônio constituído vier a findar-se.

Desse modo, nota-se que, por trás do intuito de proteção, permeia a ideia de que os idosos são dotados de incapacidade, não possuindo, portanto, o discernimento necessário para administrar as mais variadas esferas da sua vida, como as esferas familiar e patrimonial. No entanto, o avançar da idade não deve ser enxergado como sinônimo de incapacidade. Nesse sentido, salienta-se o entendimento de Bomtempo:

É imperioso que os idosos demandam uma proteção especial, o que justifica terem um regramento específico, assim como existe com as crianças e adolescentes, os consumidores; enfim, indivíduos e situações nas quais merecem proteção maior do Estado. Nota-se que, entretanto, esta proteção especial do Estado não significa limitar o exercício da autonomia privada do idoso, sob a alegação de este não ter pleno discernimento, pois, entendido de tal forma, o Estatuto do Idoso estaria indo na contramão do seu objetivo, o de assegurar o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa idosa. Neste sentido, busca-se, a seguir, trazer esta discussão com um pouco mais de profundidade. (BOMTEMPO, 2014, p. 645).

Nesse diapasão, é possível constatar, ainda, uma ideia generalizada de que os casamentos ou uniões estáveis que envolvem pessoas idosas são sempre constituídos sob meros interesses patrimoniais, que encontram espaço diante de uma vulnerabilidade emocional delas. Porém, uniões de cunho utilitarista não devem ser reduzidas às pessoas idosas, uma vez que podem se dar no âmbito de qualquer fase da vida, bem como as fragilidades emocionais, que se associam muito mais à personalidade do que propriamente à idade de um indivíduo (JABORANDY; GOLDHAR; PORTO, 2019, p. 95).

A PNI, em seu art. 10, § 2º, assegura ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada (BRASIL, 1994). Dessa maneira, infere-se que a incapacidade presumida notada na imposição do art. 1.641, inciso II (BRASIL, 2020d, p. 203), não pode ser considerada válida, visto que obsta a pessoa maior de 70 anos à livre administração de seus bens, sem que haja, de modo prévio, nenhum tipo de comprovação judicial.

Nessa perspectiva, destaca-se que o Direito de Família integra o Direito Civil e, portanto, o ramo dos Direitos Privados. Assim, uma vez que, no âmbito do Direito Civil, prevalece a autonomia privada ante a interferência do Estado, o mesmo deve ocorrer no seio do

Direito de Família, enquanto ramo do Direito Civil e do Direito Privado. Desse modo, seguindo tal raciocínio, toda e qualquer interferência do Estado nas famílias somente é justificável se possuir como base a defesa dos interesses e da pessoa física dos próprios indivíduos, sobretudo daqueles que, por motivo permanente ou transitório, não puderem se defender ou representar a si mesmo (JABORANDY; GOLDHAR; PORTO, 2019, p. 94).

Portanto, a autonomia privada da pessoa idosa não deve sofrer interferência pelo simples fator etário, como ocorre no art. 1.641, inciso II do CC. Deve-se, antes, ter a comprovação exata de que o idoso não se encontra em condições de administrar os seus próprios bens, a fim de justificar interferências externas sobre a sua individualidade e em sua esfera privada.

Ademais, ainda que o idoso venha, comprovadamente, a ser considerado incapaz em razão do avançar de sua idade, não ficará impedido de exercer os atos da vida civil, haja vista que aos incapazes é cabível direito de representação no tocante à manifestação de suas vontades. Logo, ainda que o aludido dispositivo legal viesse a referir-se a idosos incapazes, a imposição do regime de separação total obrigatório não se justificaria, uma vez que, mesmo carentes de capacidade, deveriam ter a faculdade de escolha, por meio do seu representante legal, do regime de bens que melhor lhe satisfaça (MAGALHÃES, 2017, p. 16-20).

Coadunando-se a esse raciocínio, vale destacar, mais uma vez, o entendimento de Bomtempo:

Não existe previsão legal de que a pessoa idosa torna-se incapaz a partir do momento em que atinge 60 anos. Os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 não preveem esta possibilidade, nem como relativamente ou absolutamente incapazes. [...]. Assim, infere-se que a capacidade é presumida e a incapacidade deve ser provada. Desta maneira, somente naqueles casos em que é perceptível que uma pessoa idosa não mais goza de suas faculdades mentais e cognitivas e não consegue se expressar é que poderia se cogitar a sua incapacidade, levando ao Judiciário para que, por meio do processo de interdição, seja lhe nomeado um curador, responsável pelos seus atos da vida civil. (BOMTEMPO, 2014, p. 646-647).

Dessa forma, nota-se que a tentativa do legislador de conferir proteção aos idosos acaba por sustentar, em seu bojo, a comum associação da velhice à incapacidade, sustentando o etarismo. A imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, contida no art. 1.641, inciso II do CC brasileiro (BRASIL, 2020d, p. 203), reforça a ideia generalizada de hipossuficiência da pessoa idosa no âmbito das relações conjugais e sustenta a disseminação do conceito da falta de aptidão dessas pessoas no tocante à administração das esferas patrimonial e familiar, ferindo, assim, a sua autonomia privada.

O art. 1641, inciso II do CC não traz nenhum tipo de exceção quanto à imposição

do regime de separação total de bens; logo, todos os nubentes inseridos nessa faixa etária que desejam contrair matrimônio devem submeter-se à referida regra, não lhes cabendo escolha, por meio de pacto antenupcial, de outro regime de bens. À vista disso, faz-se muito importante discutir acerca de possíveis flexibilizações do referido dispositivo legal diante de cada caso concreto, o que será tema do próximo capítulo deste trabalho.

4 A DERROTABILIDADE DA EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

A fim de adentrar a temática deste capítulo, buscou-se, primeiro, compreender, ao longo deste trabalho, o funcionamento dos regimes de bens previstos no CC e, em seguida, o sujeito passivo, qual seja, o maior de 70 anos, para o qual se dirige a norma referente à obrigatoriedade do regime de separação de bens.

Tendo sido realizadas tais análises fundamentais, buscar-se-á, agora, discutir de que maneira a exigência contida no art. 1.641, inciso II do CC poderia ser flexibilizada de acordo com cada caso concreto, a partir da compreensão do caráter *prima facie* da regra contida no referido dispositivo legal.

Para tanto, este capítulo se ocupará de analisar o conceito de regras e princípios e, ainda, o que vem a ser propriamente o fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas. Tais análises servirão de base para, enfim, investigar a possibilidade de flexibilizar-se a aplicação do referido art. 1.641, inciso II do CC, haja vista o seu caráter generalista e taxativo, que pode vir a prejudicar a pessoa idosa no tocante à sua autonomia privada, em um primeiro momento.

4.1 Regras x princípios

O art. 1.641, inciso II do CC não traz nenhum tipo de exceção quanto à imposição do regime de separação total de bens. Desse modo, todos os nubentes inseridos nessa faixa etária que desejam contrair matrimônio devem submeter-se à referida regra, não lhes cabendo escolha, por meio de pacto antenupcial, de outro regime de bens.

As regras, assim como os princípios, possuem caráter normativo. Logo, regras e princípios são normas. O emprego da palavra “norma” é amplamente associado à “regra”, “mandamento” ou “preceito”, e, ao contrário do que se possa pensar em um primeiro momento, não se restringe apenas ao âmbito da Ciência do Direito, sendo também utilizada em diferentes áreas, tais como Sociologia, Etnologia, Filosofia Moral e Linguística. O conceito de norma, portanto, pode ser compreendido como sendo um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, carrega consigo uma consequência (ALEXY, 2015, p. 53).

A compreensão de que regras e princípios possuem caráter normativo contribuiu em muito para a evolução da dogmática jurídica, posto que colaborou para uma melhor compreensão acerca da natureza complexa dos chamados direitos fundamentais, bem como possibilitou o desenvolvimento de técnicas para a solução de conflitos normativos, como a do

sopesamento, técnica normalmente utilizada para conflitos entre dois ou mais princípios (CUNHA; BORGES, 2021, p. 6).

É sabido que existe uma forte distinção no âmbito da doutrina clássica do Direito no tocante a regras e princípios, segundo a qual as regras, diferentemente dos princípios, por serem dotadas de maior rigidez, não admitem limitações, sendo, por conseguinte, desprovidas de flexibilidade ante as singularidades de cada caso concreto. Assim, levando em consideração tal distinção, o art. 1.641, inciso II do CC, por ser uma regra, não pode vir a ser facilmente ponderado ou excepcionado, devendo, então, ser aplicado em sua inteireza à realidade fática.

Tal rigidez acerca das regras refere-se à lógica do “tudo ou nada” de Dworkin (2002, p. 39), segundo a qual as regras, enquanto prescrições rígidas, devem incidir de maneira integral ao caso concreto de modo a preencher todas as situações jurídicas esperadas, não cabendo ponderações, ou mesmo uma incidência parcial. Portanto, seguindo a lógica do “tudo ou nada” de Dworkin, ou a regra é válida ou não é, bastando para a sua incidência o preenchimento dos seus pressupostos materiais.

Por outro lado, os princípios, dotados de maior flexibilidade, são, conforme explicita Alexy (2015, p. 91), mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Assim, na esteira do entendimento de Ávila (2016, p. 45), os princípios, diferentemente das regras, podem e devem ser ponderados pelo operador do Direito, que, ao examinar todas as circunstâncias fáticas envolvidas, escolherá fundamentadamente qual dos princípios deverá prevalecer.

Conforme lecionam Cunha e Borges (2021, p. 7), tal ponderação relacionada aos princípios se dá em razão do grau de abstração desse tipo de norma, que possibilita ao intérprete realizar o chamado sopesamento ou a chamada Lei de Colisão, lecionada por Robert Alexy, que se utilizou de critérios oriundos da Lógica Moderna a fim de determinar a precedência de um princípio em relação a outro nas situações concretas de um possível conflito. Veja-se:

Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C à R. As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. (ALEXY, 2015, p. 99).

Em uma colisão entre duas regras, por exemplo, apenas uma será considerada válida; já com relação aos princípios, em um dado conflito, todos manterão a sua validade, de

modo que o aplicador do Direito deverá apenas verificar qual terá mais peso dentro do caso concreto. Os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, ou seja, o conflito será resolvido de maneira a considerar-se a força relativa a cada um dos princípios colidentes. As regras, por outro lado, não possuem tal dimensão, de modo que são funcionalmente importantes ou desimportantes, ou seja, se duas regras estão em conflito, uma se sobreporá a outra em virtude de sua importância maior, sendo uma válida e a outra inválida (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Assim, tem-se que, no âmbito de um eventual conflito, apenas uma das regras conflitantes deve prevalecer em detrimento das demais. Nesse sentido, conforme ressaltam Cunha e Borges (2021, p. 7), para fins de resolução de possíveis colisões entre regras, são utilizados os critérios da cronologia, hierarquia e especialidade disciplinados por Norberto Bobbio, os quais são, de certo modo, excludentes entre si, corroborando para a noção de que as regras conflitantes não podem coexistir em um mesmo caso concreto que esteja submetido à análise do Poder Judiciário.

O critério cronológico (*lex posterior*) aduz que, entre duas regras incompatíveis, deve prevalecer a norma posterior (*lex posterior derogat priori*), de modo que a vontade ulterior é revogada pela vontade precedente. Quanto ao critério hierárquico (*lex superior*), tem-se a prevalência da regra hierarquicamente superior sobre a inferior (*lex superior derogat inferiori*), isso em decorrência da ordem hierárquica sobre a qual as regras do ordenamento jurídico se organizam. A inferioridade de uma regra em relação à outra traduz-se na menor força do seu poder normativo, que a torna incapaz de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior (BOBBIO, 1995, p. 92-93).

Acerca do critério da especialidade, Bobbio (1995, p. 96) leciona que a regra especial deve prevalecer sobre a regra geral (*lex specialis derogati generali*). O referido autor define que a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral ou que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente, transformando, assim, uma regra mais abrangente em uma regra mais específica. Desse modo, atende a uma exigência fundamental de justiça, uma vez que, através da especialidade, passa a tratar de maneira igual indivíduos pertencentes a uma mesma categoria, dando a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). A manutenção da regra geral acarretaria, portanto, uma injustiça, já que trataria de maneira igual indivíduos pertencentes a categorias distintas.

Vale ressaltar que, na perspectiva da lógica do “tudo ou nada”, as regras podem vir a serem excepcionadas, desde que todas as exceções possíveis estejam legalmente previstas; do

contrário, não será possível realizar ressalvas. Nesse sentido, destaca-se o lecionado por Ronald Dworkin:

Sem dúvida, uma regra pode ter exceções. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse seria incompleto. Se a lista de exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra [...]. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

Em contraponto a tal entendimento, Alexy (2015, p. 105) sustenta ser impossível enumerar de maneira definitiva todas as possíveis exceções atinentes a uma regra, visto que, à medida que novas situações se manifestam, sempre surgirá, conseqüentemente, a necessidade de se incluir uma nova exceção.

Ademais, conforme expõem Cunha e Borges (2021, p. 9), a cognição humana não é capaz de prever todas as exceções possíveis a uma regra e, assim, descrevê-las nos enunciados normativos. Outrossim, ainda na esteira dos referidos autores, deve-se considerar que o Direito é, em sua essência, linguagem e, como tal, é passível de sofrer interpretações que levem em consideração as diversas e relevantes transformações da realidade fática na qual a norma se encontra inserida, a fim de efetivamente vinculá-la ao contexto social para o qual se dirige.

Nesse sentido, Heidegger (2005, p. 207) assevera que os processos hermenêuticos, enquanto procedimentos interpretativos, são dotados de uma carga de pré-conhecimentos pertencentes ao intérprete que irá realizá-lo, ou seja, o ato de interpretar considera questões extrínsecas ao texto, quais sejam, questões relativas à vivência do próprio intérprete.

Portanto, não há como uma norma abarcar um sentido categórico e singular, uma vez que vai além de um mero enunciado literal, podendo carregar consigo as mais variadas interpretações em razão dos parâmetros hermenêuticos adotados, bem como dos intérpretes envolvidos. Trata-se de levar em consideração não apenas a limitação da cognição do ser humano, mas também as fortes influências históricas e sociais que este está sujeito a sofrer (GADAMER, 2003, p. 19).

Dessa maneira, considerando a dinamicidade que gira em torno da elaboração e interpretação das normas, destaca-se, pois, o chamado caráter *prima facie* das normas jurídicas. Conforme aduz Sacramento (2019, p. 12), o aspecto *prima facie* de uma norma diz respeito à sua impossibilidade de regulamentar de maneira conclusiva determinada situação, ou seja,

relaciona-se ao fato de que nem sempre a norma terá todos os seus efeitos aplicados diante do caso concreto, em razão de eventuais particularidades e conflitos com outras normas.

Levando-se em consideração a lógica do “tudo ou nada” de Dworkin, o caráter *prima facie* não seria aplicável às regras dado o seu caráter de rigidez, mas apenas aos princípios, em razão da maior maleabilidade destes diante de possíveis conflitos normativos. No entanto, a partir de uma visão crítica acerca dessa linha de raciocínio, faz-se possível atribuir às regras, e não apenas aos princípios, um aspecto *prima facie*.

Alexy (2015, p. 105), para quem o termo *prima facie* traduz-se em agir depois de se levar tudo em consideração, ao refutar os argumentos de Dworkin, defende que, diante do caso concreto, a regra poderá perder o seu caráter definitivo estrito, adquirindo, assim, um caráter *prima facie*. Em contrapartida e sob um viés mais crítico, Sacramento (2019, p. 12) aponta que uma norma não deixa de ter um caráter definitivo para adquirir um caráter *prima facie*; portanto, as regras não adquirem, mas possuem um caráter *prima facie*, assim como os princípios.

Assim, o reconhecimento de que as regras possuem um aspecto *prima facie* leva em conta que o simples preenchimento de pressupostos materiais se mostra insuficiente para fins de incidência da norma, de modo que uma regra poderá apresentar-se mais importante do que outra dentro de um determinado contexto. Trata-se de um processo dinâmico e versátil que considera as especificidades de cada caso concreto e que se evidencia de maneira mais clara no âmbito do fenômeno da derrotabilidade (CUNHA; BORGES, 2021, p. 9).

Portanto, a despeito de a doutrina clássica do direito defender a aplicação da lógica do “tudo ou nada” de Ronald Dworkin e a completa diferenciação entre princípios e regras no tocante à sua flexibilidade frente a conflitos normativos inseridos na análise de casos concretos, este trabalho, tomando como base estudos anteriores acerca da temática, defende a existência do caráter *prima facie* não apenas nos princípios, mas também nas regras das normas jurídicas.

Dessa forma, a partir da compreensão do caráter *prima facie* da regra contida no art. 1.641, inciso II do CC, entende-se que a obrigatoriedade do regime de separação de bens dirigida aos nubentes maiores de 70 anos poderá vir a ser flexibilizada frente à realidade fática na qual se encontra inserida. O aspecto *prima facie* da referida regra restará evidenciado através do fenômeno da derrotabilidade, que será discutido a seguir.

4.2 Compreendendo a derrotabilidade

O Direito, enquanto regulador das relações humanas, busca, através dos seus diversos ramos, estabelecer deveres e assegurar garantias a todos os indivíduos. Nesse sentido, o ordenamento jurídico contém uma série de diretrizes e normas legais a fim de efetivar adequadamente os direitos dos cidadãos no âmbito das diversas esferas sociais em que se insere, tal como a esfera familiar e patrimonial, que são alvos da atenção deste trabalho.

Assim, é de suma importância que o aplicador do Direito leve em consideração o contexto fático para o qual as normas se dirigem, haja vista que a realidade social não carrega consigo uma linearidade, mas, ao contrário, é dotada de dinamicidade e caracterizada por constantes e intensas transformações. Desse modo, é mister que as normas jurídicas estejam aptas a se adequarem à dinâmica e, portanto, complexa realidade social, de modo a considerar as particularidades de cada caso concreto.

O Direito deve ser aplicado como um todo, ou seja, de maneira a atender-se às necessidades sociais que reclamam por sua aplicação por meio da flexibilização e maleabilidade de suas normas, dentro de parâmetros razoáveis. Logo, tem-se que o conhecimento do direito material não se mostra suficiente, posto que a aplicação das leis deve se alinhar às necessidades do mundo atual, de modo a haver um paralelo entre a realidade jurídica e a fática, a fim de que caso concreto e norma jurídica se alinhem adequadamente e que, assim, os interesses humanos sejam devida e efetivamente amparados (PRAZAK; SOARES; CAMARGO, 2020, p. 115).

Isso posto, destaca-se, pois, o moderno fenômeno da derrotabilidade, segundo o qual as normas jurídicas não se limitam apenas ao preenchimento de pressupostos materiais, mas, para além disso, levam em consideração a existência de algum tipo de condição concreta capaz de flexibilizar o seu conteúdo. A partir da compreensão do referido fenômeno, no seio do Direito de Família, faz-se possível desvendar exceções à obrigatoriedade da separação legal de bens aos nubentes maiores de 70 anos de idade, ainda que as condições de incidência de tal regra estejam devidamente preenchidas, adequando essa regra à complexa realidade social, que, no caso em comento, diz respeito à realidade social singular das famílias brasileiras (CUNHA; BORGES, 2021, p. 1).

Ainda na esteira do entendimento de Cunha e Borges (2021, p. 8), as regras jurídicas, através da derrotabilidade, podem ter as suas prescrições flexibilizadas, em parte ou no todo, possibilitando o aproveitamento de outras normas frente a um conflito normativo, ou mesmo em face das particularidades atinentes à realidade fática sob análise. Os referidos autores evidenciam que a norma sofre uma flexibilização, ainda que os seus pressupostos materiais de

incidência estejam devidamente preenchidos, o que ressalta o caráter *prima facie* das regras jurídicas.

O termo derrotabilidade (*defeasibility*) teve origem através dos estudos de Hart contidos no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*. Para Hart (1949, p. 174-175), a derrotabilidade caracteriza-se pela expressão “a menos que”, no sentido de que as regras jurídicas comportam exceções capazes de afastar ou mitigar as consequências jurídico-normativas, de modo que os conceitos jurídicos não devem ser reduzidos a um conceito geral ou a um mero agrupamento de condições necessárias e suficientes de aplicação. A fim de ilustrar e conferir clareza ao seu conceito, o referido autor utilizou-se da figura do contrato no que tange às concepções acerca de sua validade:

Quando o estudante aprende que no direito inglês há condições positivas para a existência de um contrato válido, sua compreensão do conceito legal de um contrato é ainda incompleta, pois tais condições, embora necessárias, não são suficientes, e ele ainda tem que aprender o que pode *derrotar* a alegação de que há um contrato válido, mesmo que todas essas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que implica a expressão “*a menos que*” que deve acompanhar a declaração destas condições. Não existe no inglês corrente uma palavra para esta característica dos conceitos jurídicos, mas há uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado, esta palavra é “*derrotável*”, usada para um tipo de interesse de propriedade que está sujeito à extinção ou derrota em um número de contingências diferentes, mas permanece intacto se nenhuma de tais contingências amadurecer. Nesse sentido, então, um contrato é um conceito derrotável. (HART, 1949, p. 174-175, grifo do autor).

Ao contrário do que se possa parecer em um primeiro momento, ressalta-se que Hart, ao realizar tal ilustração, não busca analisar a derrotabilidade do conceito de contrato, mas sim das regras relativas a tal instituto. Em outras palavras, a preocupação de Hart não gira em torno de conceitos jurídicos, ou seja, não se volta propriamente à existência ou à validade de algo, mas sim à análise das regras que tornam algo — no exemplo utilizado, o contrato — válido. Para Hart, a derrotabilidade gira em torno das regras, e não de conceitos, posto que são as regras que constroem os conceitos (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 11).

Destarte, destaca-se, ainda, o entendimento de Bäcker (2011, p. 68), que compreende a derrotabilidade como sendo a capacidade de acomodar exceções que não podem ser enumeradas de forma conclusiva, pelo fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas em razão da limitação da capacidade humana de prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras. O referido autor ressalta que, uma vez satisfeitas as condições de uma regra, a conclusão

se segue, *a menos que* haja uma ressalva. Assim, tendo em vista que não é possível prever todas as exceções, não se pode criar uma regra sem exceções.

Não há que se negar a importância e utilidade das regras, uma vez que contribuem para o desenvolvimento e a estruturação do Direito. No entanto, a despeito de tal importância, deve-se considerar não tomar as condições explicitadas em tais regras como absolutas e estanques para todos os casos; ao contrário, deve-se sempre haver a possibilidade de que novas conjunturas fundamentem a não aplicabilidade das regras e suas consequências jurídicas. Tal raciocínio justifica, pois, o caráter derrotável dessas normas jurídicas (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 6).

Conforme leciona Hart (1994, p. 141), mais tarde, em sua obra denominada *O Conceito de Direito*, trata-se de reconhecer que as situações fáticas, para as quais as normas se dirigem, não possuem uma pré-definição; portanto, não há como as regras avancem e reclamem os seus próprios casos de aplicação. Ademais, há de se reconhecer, ainda, as limitações da própria linguagem. Em razão disso, o autor suscita, mais uma vez, o fenômeno da derrotabilidade através da chamada “textura aberta do Direito”, que possibilita ao seu aplicador atuar com discricionariedade e proporcionalidade diante de determinados casos em que há conflito de normas ou dificuldades atinentes à própria linguagem.

Trata-se de criar o Direito adequando as regras aos interesses conflitantes e às especificidades fáticas apresentadas pelas partes, sem, contudo, prejudicar a segurança jurídica ou retirar das regras a sua força normativa. O fato de que uma regra deixa de ser aplicada em sua inteireza, frente às razões adequadas e pertinentes de um determinado contexto fático, não implica a perda de sua existência ou importância dentro do ordenamento jurídico. Ademais, a possibilidade de conferir exceções não previstas anteriormente às regras não deve ensejar uma discricionariedade desenfreada, pois o Direito não é totalmente impreciso, bem como não deve ser apenas compreendido como aquilo que os seus aplicadores afirmam ser (HART, 1994, p. 159).

Com o intuito de concretizar e clarear o entendimento acerca da derrotabilidade, Cunha e Borges (2021, p. 8) destacam o art. 133, § 1º, do Código de Obras e Edificações, o qual aplica sanção de intimação demolitória que estabelece o prazo de 30 dias para a remoção de construções irregulares, sob pena de demolição compulsória por parte do Poder Público. Conforme explicitam os mencionados autores, ainda que haja um mandamento definitivo que estabeleça um prazo de 30 dias para a demolição, há de se considerar que tal prazo pode não ser suficiente para tanto, o que contraria o princípio da razoabilidade assegurado pela Lei de Processo Administrativo. Assim, considerando o conflito entre os princípios da legalidade e da

razoabilidade e, ainda, as particularidades do caso concreto, tem-se que o art. 133, § 1º, do Código de Obras poderá vir a ser derrotado, a despeito do preenchimento de seus pressupostos materiais dilatando-se, portanto, o prazo nele contido.

A derrotabilidade pode ser enxergada, ainda, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, na qual o STF julgou inconstitucional a tipificação de crime, pelo Código Penal (CP), da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Tem-se que a derrotabilidade encontra guarida no referido julgamento, visto que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo passa a não mais ser enquadrada como crime, ainda que tal atitude corresponda aos ditames legais estabelecidos no CP. Trata-se de uma exceção implícita, vinculada às outras duas exceções autorizadas do aborto, já previstas na lei, quais sejam, a inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante e em caso de gravidez resultante de estupro (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 13).

Portanto, levando-se em conta todos os aspectos alhures ressaltados, tem-se que a regra contida no art. 1.641, inciso II do CC poderá vir a sofrer o fenômeno da derrotabilidade, ao considerar-se que a imposição taxativa e generalista do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos pode, em alguns casos, colidir com outras normas do ordenamento jurídico, como os princípios da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, bem como os princípios da variedade de bens e da liberdade convencional, atinentes aos regimes de bens.

A referida regra, se derrotada, não perderá a sua força normativa, mesmo porque não se pode negar a intenção do legislador em conferir proteção à pessoa idosa contra casamentos fincados em meros interesses econômicos. No entanto, ao mesmo tempo, não se pode deixar de considerar a possibilidade de flexibilizá-la — ainda que tal regra não abarque exceções explícitas em seu corpo — mediante as particularidades de cada caso concreto ou quando há um conflito normativo. Assim, a possibilidade de mitigação dos efeitos da regra do art. 1.641, inciso II do CC será alvo de análise do próximo subtópico.

4.3 Possibilidades de flexibilização do art. 1.641, inciso II do Código Civil

A regra contida no art. 1.641, inciso II do CC é clarividente: “É obrigatório o regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos” (BRASIL, 2020d, p. 203). O referido dispositivo legal não comporta nenhum tipo de exceção; então, toda e qualquer pessoa maior de 70 anos que deseja constituir matrimônio deverá obrigatoriamente submeter-se ao regime de separação de bens, ou seja, o mero preenchimento dos pressupostos materiais

da mencionada regra — ter 70 anos e desejar contrair matrimônio — bastam para a sua incidência no âmbito do contexto fático.

Conforme anteriormente ressaltado, os nubentes, regra geral, possuem liberdade, quando do processo de habilitação, para optarem por qualquer um dos regimes de bens previsto no CC brasileiro, levando em consideração as suas próprias vontades e interesses. Ademais, os consortes são livres para alterar o regime de bens durante o curso do casamento ou ainda criarem regime de bens próprio.

No entanto, a despeito de tais garantias, o art. 1.641, inciso II do CC impõe um único regime de bens aos maiores de 70 anos, impossibilitando-lhes de exercer as garantias e direitos supramencionados. Desse modo, tal imposição vem suscitando uma série de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, colocando em xeque a sua constitucionalidade. Todavia, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal não é matéria pacificada pelo STF. Assim, novos debates acerca da temática têm se levantado, a fim de minimizar os efeitos danosos que tal obrigatoriedade, de caráter taxativo, acaba por gerar aos idosos em alguns casos.

Tais debates levam em conta a complexa realidade social, suscitando, dessa forma, discussões acerca da derrotabilidade da regra contida no art. 1.641, inciso II do CC em razão de seu caráter *prima facie*, que admite limitações normativas conforme as particularidades do caso concreto, bem como em atenção às outras normas que também se insiram nas antinomias aparentes. A partir de tais discussões, busca-se desvendar exceções à obrigatoriedade da separação legal de bens aos nubentes maiores de 70 anos de idade, ainda que as condições de incidência de tal regra estejam devidamente preenchidas (CUNHA; BORGES, 2021, p. 2-3).

Em consonância ao exposto anteriormente ao longo do presente trabalho, os idosos são tomados como seres carentes de maior atenção e tutela jurídica, vide a criação da PNI e do Estatuto do Idoso. Diante disso, tem-se que a obrigatoriedade do regime de separação de bens destinada aos maiores de 70 anos visa proteger tal grupo de pessoas de casamentos fincados apenas em interesses econômicos, preservando-se, assim, o patrimônio da pessoa idosa.

A ideia principal do legislador consiste em obstar o casamento de uma pessoa bem mais jovem que busca se casar com um indivíduo maior de 70 anos visando apenas beneficiar-se do patrimônio do idoso, já que este, em regra, tem expectativa de vida menor. Nesse bojo, o art. 1.641, inciso II do CC impossibilita que o cônjuge mantenha a condição de meeiro quando do término da sociedade conjugal por meio do divórcio, impedindo também, nos termos do art. 1.829, inciso I do CC, que, em caso de falecimento, o consorte sobrevivente concorra com os descendentes do *de cujus* para fins hereditários. Desse modo, faz-se possível perceber que há

fundamento na intenção do legislador, não podendo, portanto, rechaçá-la (CUNHA; BORGES, 2021, p. 4).

No entanto, simultaneamente, não se pode negar que tal imposição, ao não apresentar nenhum tipo de exceção em seu corpo e basear-se no mero critério etário, acaba por imprimir na pessoa idosa, de modo geral, uma figura necessariamente incapaz e hipossuficiente no seio das relações conjugais, sendo, então, inapta a administrar as esferas de sua vida privada, como as esferas patrimonial e familiar. Ademais, conforme já inferido outrora, a referida regra parte do pressuposto de que toda e qualquer relação matrimonial envolvendo uma pessoa idosa é, necessariamente, passível de ser calcada em mero interesse patrimonial, ignorando a possibilidade de que uniões desse tipo podem vir a ocorrer com pessoas de qualquer faixa etária.

Nesse sentido, é de grande relevância levantar discussões em torno da flexibilização da regra do art. 1.641, inciso II do CC. Ressalta-se que, em razão do caráter dinâmico e, ao mesmo tempo, complexo do Direito de Família, a possibilidade de aplicação da derrotabilidade em seu âmbito é de suma importância, uma vez que pode vir a assegurar a proteção e efetivação de uma série de garantias constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, em casos nos quais a solução concreta não será alcançada através da mera aplicação das normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios (FARIAS, 2013, p. 128).

Nesse prisma, explicitam-se os dizeres de Cunha e Borges:

O Direito de Família, por possuir uma forte conexão com aspectos sociais altamente mutáveis no tempo e no espaço, tende a ser inegavelmente o mais dinâmico e, de certa forma, instável dos ramos civilistas, porquanto há uma constante necessidade da jurisprudência de adaptação das normas jurídicas ao contexto no qual elas se inserem, sob pena de que deixem de apresentar correspondência biunívoca às expectativas sociais e, conseqüentemente, percam grande parte da eficácia que lhes é esperada. (CUNHA; BORGES, 2021, p. 11).

Assim, tem-se que o Direito, mais especificamente o Direito de Família, para além de um conjunto de normas codificadas, deve ser compreendido de acordo com as variadas situações sociais e cotidianas, a fim de que não haja um distanciamento entre o ordenamento jurídico e a sociedade. Não se deve, portanto, aprisionar as normas em uma determinada época ou circunstância; ao contrário, estas devem estar aptas a acompanhar as crescentes e constantes transformações sociais (EHRLICH, 1986, p. 374).

Desse modo, a regra do art. 1.641, inciso II do CC não deve ser aprisionada dentro de um único contexto, qual seja, o contexto que toma sempre a pessoa idosa como incapaz e vítima de casamentos gananciosos. É importante considerar que a velhice nem sempre se traduz em incapacidade, bem como casamentos envolvendo nubentes maiores de 70 anos podem se

dar pelo simples interesse em partilhar a vida com base no amor e na cumplicidade. Outrossim, deve-se considerar o fato de que, com os constantes avanços na Ciência e na Medicina, a expectativa de vida tende a aumentar, o que implica velhices cada vez mais saudáveis e duradouras.

Acerca disso, destaca-se o Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil, que propôs revogar o art. 1.641, inciso II do CC, sob a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (BRASIL, 2003a, p. 59).

Isso posto, a anteriormente mencionada Súmula 377 do STJ pode ser destacada como sendo uma flexibilização da regra do art. 1.641, inciso II do CC, já que considera a possibilidade de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento no regime de separação legal de bens, desde que comprovado o esforço comum, conforme julgado em 2018 pela 2ª Seção do STJ, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.623.858/MG.

A fim de evidenciar a aplicação de tal Súmula, traz-se à baila o Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (STJ - AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp: 1084439/SP 2017/0082121-8, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, DJe 05/05/2021), julgado pelo STJ em 2021. A Agravante pleiteia o reconhecimento do seu direito aos bens adquiridos na constância do casamento constituído sob a hipótese do art. 1.641, inciso II do CC, já que o seu nome foi retirado da partilha dos bens do seu falecido marido. O STJ reconheceu o direito à comunicação dos bens por força da Súmula 377 ao conceder à Agravante prazo para provar a existência do esforço comum na formação dos bens do casal, posto que se contraiu matrimônio sob os efeitos do regime de separação legal de bens (BRASIL, 2021, p. 1).

Nesse sentido, tem-se que a Súmula 377 do STF evidencia que o regime de separação de bens imposto aos maiores de 70 anos, ainda que expressamente fixado em lei como obrigatório, pode vir a ser flexibilizado pelo eventual interesse dos cônjuges sobre os bens adquiridos onerosamente durante o casamento regido de maneira impositiva pelo referido regime de bens. No entanto, vale ressaltar que, caso os nubentes não tenham tal interesse, poderão convencionar pela não incidência de tal Súmula no momento da realização do pacto antenupcial, lavrando-se, portanto, o convencionado em escritura pública (ALVES, 2016, p. 1).

O Provimento nº 08/2016, da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, de 30 de maio de 2016, firma tal entendimento e assevera que os consortes devem ser devidamente informados a respeito dos efeitos da Súmula 377 do STF, bem como da possibilidade de seu afastamento:

Artigo 1º. Ao Título IV, Capítulo III, Seção I, do Provimento nº 20, de 20 de novembro de 2009, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco (Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros), fica acrescido do seguinte artigo: Art. 664-A. No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento (PERNAMBUCO, 2016, p. 1).

Assim, infere-se que os maiores de 70 anos, ao decidirem contrair matrimônio, não têm a opção de realizar pacto antenupcial a fim de convencionar um regime de bens, já que sobre eles recairá automaticamente o regime legal de separação de bens. Todavia, a despeito de tal fato, o Oficial de Registro deve informar aos nubentes a possibilidade de mitigação da obrigatoriedade do referido regime através da incidência da Súmula 377 do STF.

Em contrapartida, haverá a realização de pacto antenupcial caso os nubentes, regidos pelo regime legal de separação de bens em razão da idade, optem pela não incidência da referida súmula. Acerca disso, o Tabelaio do 7º Tabelionato de Notas de São Luís-MA, Gustavo Dal Molin de Oliveira ressalta que:

[...] não se trata de substituir o regime de separação obrigatória, mas da faculdade conferida aos nubentes de manter o regime de separação obrigatória, vigente em todos os seus termos, com o reforço protetivo de incomunicabilidade dos aquestos definida por pacto antenupcial (OLIVEIRA, 2022).

Outro exemplo de flexibilização do art. 1.641, inciso II do CC, também já evidenciada no corpo do presente trabalho, diz respeito à pré-existência de união estável ao casamento iniciada antes de os nubentes terem atingido a faixa etária dos 70 anos. Tal flexibilização encontra-se prevista no Enunciado nº 261 da III Jornada de Direito Civil, reforçada pela Quarta Turma do STJ, em 2016, no REsp nº 1.318.281.

A referida decisão dispõe sobre um casal que, antes de contrair matrimônio, sob o regime de comunhão total de bens, viveu em união estável durante 15 anos. Após o falecimento do pai, um dos filhos, decorrente de outro matrimônio, buscou perante a Justiça a anulação do regime de bens escolhido pelo casal, sob o argumento de ter sido contraído quando o seu pai já

tinha adentrado na faixa etária que imporia o regime de separação de bens. Sobre essa questão, a Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora do caso, afirmou que seria incoerente a aplicação de regime mais gravoso, qual seja, o da separação, sob pena de conferir prejuízo àqueles que buscam reconhecimento e proteção por parte do Estado no tocante à conversão da união estável em casamento (BRASIL, 2016, p. 1).

Outrossim, considerando-se que a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos busca protegê-los de possíveis matrimônios eivados de interesses maléficos que visam apenas ao gozo de seu patrimônio, não faria sentido aplicar tal regra nos casos em que ambos os nubentes, com patrimônio já consolidado, possuam 70 anos; ou mesmo, ainda que em caráter mais remoto, o cônjuge mais jovem seja milionário, enquanto o cônjuge mais velho, pobre. Assim, tais situações também podem ser tomadas com exemplos nos quais a flexibilização do art. 1.641, inciso II do CC poderia se fazer presente (CUNHA; BORGES, 2021, p. 13).

Essas situações ainda não comportam exemplos na jurisprudência pátria, porém, considerando-as como exemplos passíveis de aplicação da flexibilização do regime de separação legal de bens aos maiores de 70 anos, seria importante tomar como critério principal de afastamento da referida regra nesses casos a boa-fé objetiva dos nubentes no momento da feitura do pacto antenupcial para escolha de um outro regime.

Conforme leciona Tartuce (2008), levando-se em consideração que o casamento é um negócio jurídico *sui generis*, ou seja, de natureza institucional quanto ao seu conteúdo e de natureza contratual quanto à sua formação, faz-se necessário que os nubentes prezem pela boa-fé objetiva não apenas no momento de sua consolidação, mas durante toda a sua vigência.

Assim, ainda na esteira do entendimento do mencionado autor, uma vez que a boa-fé objetiva, para além de um mero estado psíquico, caracteriza-se como sendo um dever das partes de se pautarem na honestidade, lealdade e cooperação no âmbito das relações jurídicas, é de responsabilidade dos cônjuges prezarem pela concretização de tal princípio no âmbito matrimonial através da fidelidade (art. 1.566, inciso I, CC), da mútua assistência (art. 1.566, inciso II, CC) e do respeito e consideração mútuos (art. 1.566, inciso V, CC).

Portanto, conforme destaca Gurgel (2008, p. 184), deve-se fazer valer a chamada “comunhão plena de vida”, no sentido de que a família não consiste em um mero mecanismo jurídico destinado à satisfação de interesses individuais, mas, ao contrário, deve ser tomada como ambiente no qual prevalecem relações solidárias tanto na esfera afetiva como na esfera patrimonial.

Dessa maneira, no tocante aos efeitos patrimoniais do casamento, tem-se que a estipulação de regime de bens também deve seguir os ditames da boa-fé objetiva, de modo a impedir o estabelecimento de pactos antenupciais que visem à submissão econômica de um dos nubentes e à autorização para o enriquecimento indevido do outro. Isso posto, no âmbito do estabelecimento de regime de bens, a boa-fé objetiva possui o encargo de fazer prevalecer a isonomia entre os cônjuges, impedindo eventuais abusos de direito e evitando o enriquecimento ilícito quando da dissolução do matrimônio. A escolha do regime deve primar por fazer valer os anseios de todos os envolvidos, de forma que interesses individualistas prejudiciais a direitos de um dos cônjuges, que os coloquem em situação de desvantagem e escassez, não devem prevalecer (GURGEL, 2008, p. 184-186).

Isso posto, nos casos em que ambos os nubentes possuam 70 anos e tenham patrimônio consolidado e, ainda, nos casos em que o cônjuge mais jovem seja abastado e o mais velho necessitado, não há de se obstar a mitigação da regra do art. 1.641, inciso II do CC, caso os cônjuges assim desejem, se verificada, no momento da feitura de pacto antenupcial diverso, a presença da boa-fé através do prevalecimento de interesses mútuos, em detrimento de propensões individualistas e egoístas.

Todos os exemplos acima ressaltados levaram em consideração a flexibilização da regra contida no art. 1.641, inciso II do CC, frente às particularidades do caso concreto, fazendo predominar a razoabilidade, a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade. Reconhece-se, portanto, o caráter *prima facie* da mencionada regra, bem como a possibilidade de incidência do fenômeno da derrotabilidade.

Desse modo, considerando os aspectos alhures destacados, tem-se que já é possível verificar a manifestação do fenômeno da derrotabilidade das regras jurídicas no tocante ao art. 1.641, inciso II do CC. Ainda que não se referindo ao termo “derrotabilidade” propriamente dito, os aplicadores do Direito já vêm, ao longo do tempo, possibilitando a meaço no âmbito do regime de separação legal de bens destinado aos maiores de 70 anos, demonstrando, assim, ser possível atribuir às regras, e não apenas aos princípios, um caráter de maleabilidade frente às especificidades do contexto fático.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento, enquanto uma instituição e, ao mesmo tempo, um contrato do Direito de Família, carrega consigo, entre outros, o efeito patrimonial. Tal efeito traduz-se nos regimes de bens em suas mais variadas espécies; entre as quais ganhou destaque, no presente trabalho, o regime de separação de bens, que pode se dar tanto mediante a livre convenção dos nubentes, através de pacto antenupcial, quanto mediante imposição legal.

A presente produção monográfica teve como objetivo principal a análise da obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos, o que foi alcançado a partir do exame de discussões anteriores acerca da referida imposição. Tais discussões giram em torno do aspecto de que a regra impositiva do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos baseia-se exclusivamente no critério etário, abarcando, sem exceção, todos os indivíduos que se encaixem nessa faixa etária, não admitindo, em seu corpo, nenhum tipo de flexibilização.

A imposição legal direcionada aos nubentes maiores de 70 anos a respeito da administração de bens no âmbito do casamento, além de impedir o gozo de garantias constitucionais fundamentais inerentes a todos os cidadãos, carrega consigo, ainda que de maneira implícita, uma noção discriminatória acerca da pessoa idosa, no tocante à sua capacidade para a prática de atos da vida civil, tais como o casamento e, por sua vez, a administração do seu patrimônio. Tal hipótese confirmou-se a partir da análise sobre a possível flexibilização da regra contida no art. 1.641, inciso II do CC, levando em consideração os aspectos de cada caso concreto.

Nesse sentido, o questionamento principal deste trabalho girou em torno de identificar as possibilidades de flexibilização da obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos, prevista no art. 1.641, inciso II do CC. A fim de investigar tais possibilidades de flexibilização à regra impositiva do regime de separação de bens destinada aos maiores de 70 anos prevista no art. 1.641, inciso II do CC, buscou-se compreender a percepção legal e social acerca da pessoa idosa, bem como as questões motivadoras existentes por trás da referida imposição.

Quanto à percepção legal, notou-se que os idosos são munidos de tutela especial, uma vez que possuem direitos específicos e fundamentais, como o direito à proteção integral, à autonomia e à ativa cidadania, que devem ser garantidos e efetivados por meio da colaboração entre Estado, família e sociedade. Tal aspecto restou evidenciado através da análise da CF/88, da PNI (Lei nº 8.842/1994) e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), legislações pautadas

no famigerado princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que, a despeito de a lei fixar como sendo idoso todo indivíduo maior de 60 anos, foi observada a importância de não se restringir a concepção acerca da pessoa idosa ao mero critério etário, nem mesmo ao fator biológico, a fim de não homogeneizar o processo de envelhecimento. Conclui-se que tais critérios são importantes; no entanto, não se pode olvidar que o envelhecimento e, portanto, a compreensão sobre a pessoa idosa recebem grande influência dos diversos e dinâmicos fatores sociais e culturais, que também devem ser levados em consideração.

Nesse sentido, ao analisar-se a percepção social a respeito da pessoa idosa, restou clara a existência de discriminações e preconceitos contra esse grupo de pessoas. Notou-se que tais discriminações e preconceitos muitas vezes são camuflados, pelo fato de serem institucionalizados e aceitos no âmbito da sociedade, e acabam por chamar a atenção para a ampla e difundida realidade do etarismo, a qual deve ser sentida e combatida.

Isso posto, tem-se que a existência de leis direcionadas especificamente à pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro reflete claramente tal visão social discriminatória que paira sobre esses indivíduos, uma vez que tais legislações buscam conferir proteção aos idosos, bem como garantir-lhes direitos específicos. No entanto, não se pode negar que a tentativa de proteção, por parte do legislador, pode vir a sustentar o etarismo, por colaborar na difusão da ideia de que a velhice, necessariamente, está atrelada à incapacidade.

A partir dessa inferência, percebeu-se que, nesse mesmo diapasão, a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, buscando proteger a pessoa idosa de matrimônios calcados em meros interesses patrimoniais, acaba por tomá-la como hipossuficiente no seio das relações matrimoniais. Tal aspecto vem a ferir a autonomia privada da pessoa idosa, uma vez que contribui para a propagação da ideia de que essas pessoas são inaptas quanto à administração de questões atinentes às esferas familiar e patrimonial.

É bem verdade que os idosos devem ser tratados pelo ordenamento jurídico e pela sociedade como um todo com maior cautela frente aos demais indivíduos. No entanto, não se pode negar que a tentativa de assegurar proteção e tratamento privilegiado pode vir a perpassar por discriminação e desprezo da pessoa idosa, tomando-a, muitas vezes, como um ser incapaz de exercer os atos da vida civil. Portanto, o que, a princípio, seria a busca da efetiva garantia de direitos, pode tornar-se, na verdade, o próprio cerceamento do livre exercício de tais direitos.

Isso conclui-se frente à rigidez da regra contida no art. 1.641, inciso II do CC, visto que, de maneira taxativa e generalista, impede todos os nubentes inseridos nessa faixa etária a exercerem a livre escolha acerca do regime de bens que melhor lhes satisfaça. Diante disso, a

discussão sobre possíveis flexibilizações da referida regra, de acordo com as particularidades do caso concreto, mostra-se de grande importância.

A partir de tal discussão, demonstrou-se a possibilidade de existência de um caráter *prima facie* nas regras, assim como nos princípios. Desse modo, constatou-se que as regras, assim como os princípios, podem vir a ser flexibilizadas diante de conflitos normativos inseridos na análise de casos concretos, a despeito da aplicação da lógica do “tudo ou nada” de Ronald Dworkin, defendida pela doutrina clássica do Direito.

Dessa maneira, conclui-se que a regra impositiva do regime de separação de bens direcionada aos maiores de 70 anos pode vir a ser mitigada mediante as especificidades da realidade fática para a qual se dirige em razão do seu caráter *prima facie*. Nessa toada, nota-se a possibilidade de aplicação da derrotabilidade à regra contida no art. 1.641, inciso II do CC, visto que ela colide com os princípios da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, bem como com os princípios da variedade de bens e da liberdade convencional.

Restou evidenciado que a aplicação da derrotabilidade não retira das regras a sua força normativa, trata-se apenas de uma flexibilização pontual a fim de compatibilizar a norma às particularidades da realidade fática na qual se encontra inserida. Assim, a derrotabilidade aplicada ao art. 1.641, inciso II do CC não implica a perda da sua força normativa, pois continuará a ser uma regra.

Não se trata, portanto, de ignorar por completo a intenção do legislador em conferir proteção à pessoa idosa contra casamentos fincados em meros interesses econômicos, visto que tais indivíduos são depositários de proteção especial e direitos específicos. No entanto, ao mesmo tempo, não se pode ignorar a possibilidade de mitigação da referida regra em alguns casos, a fim de se fazer prevalecer, entre outras garantias, a autonomia privada.

As possibilidades de flexibilização do art. 1.641, inciso II do CC destacadas no presente trabalho demonstram que o fenômeno da derrotabilidade já se faz presente no tocante à referida regra, uma vez que os aplicadores do Direito já admitem a sua mitigação em alguns casos, conforme restou evidenciado através de exemplos retirados da jurisprudência pátria.

Ressalta-se, por fim, que a derrotabilidade da regra impositiva do regime de separação de bens destinada aos maiores de 70 anos acaba por sobrepujar o etarismo ao fazer prevalecer garantias fundamentais e reconhecer a pessoa idosa como sujeito de direitos, que possui a sua individualidade e, portanto, que não deve ser compreendida por meio de conceitos generalizados e discriminatórios difundidos pela sociedade e, até mesmo, pela legislação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Jones Figueirêdo. As uniões septuagenárias e a separação absoluta de bens por pacto antenupcial com superação da Súmula 377 do STF. *In*: PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Comunicação**. Recife: TJ-PE, 2016. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/comunicacao/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/artigo-unioes-septuagenarias-e-separacao-absoluta-de-bens-por-pacto-antenupcial-com-superacao-da-sumula-377. Acesso em: 17 mar. 2022.
- ALVINO, Fábio Soares. **Concepções do idoso em um país que envelhece**: reflexões sobre protagonismo, cidadania e direitos humanos no envelhecimento. 2015. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/19708>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127>. Acesso em: 16 mar. 2022.
- BICALHO, Maria Aparecida Camargos; CINTRA, Marco Túlio Gualberto. Modificações fisiológicas sistêmicas no envelhecimento. *In*: MALLOY-DINIZ, Leandro; FUENTES, Daniel; COSENZA, Ramon (org.). **Neuropsicologia do envelhecimento**: uma abordagem multidimensional. Porto Alegre: Artmed, 2013. p. 43-63.
- BITENCOURT, Rossandra Oliveira Maciel de; DALTO, Fabiano Abranches Silva. Envelhecimento populacional e a trajetória das políticas públicas voltadas para pessoa idosa no Brasil. *In*: SEMINÁRIO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS, 2., 2018, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: UFPR, 2018. Disponível em: https://eventos.ufpr.br/SPPP/II_SPPP/paper/view/1327. Acesso em: 1 abr. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.
- BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o estatuto do idoso na perspectiva do estado Democrático de direito. **Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 639-653, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2316-2171.47231>. Acesso em: 1 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Enunciado nº 125. *In*: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., 2002, Brasília, DF. **Anais** [...]. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2003a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2003b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 108/2007**. Altera o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/340507>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112344.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.318.281/PE**. Direito civil. Família. Matrimônio contraído por pessoa com mais de 60 anos. Regime de separação obrigatória de bens. Casamento precedido de longa união estável iniciada antes de tal idade. Recurso especial não provido. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 1º de dezembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863287388/recurso-especial-resp-1318281-pe-2012-0071382-0/inteiro-teor-863287408>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula do STF**: atualizado em 1º de dezembro de 2017. Brasília, DF: STF, 2017. p. 215.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.623.858/MG**. Direito de família. União estável. Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquiridos onerosamente. [...]. Relator: Min. Lázaro Guimarães, 23 de maio de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860112098/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1623858-mg-2016-0231884-4/inteiro-teor-860112108>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a. p. 3-103.

BRASIL. Enunciado nº 261b da III Jornada de Direito Civil. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b. p. 2.473-2.479.

BRASIL. Enunciado nº 262c da III Jornada de Direito Civil. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva Educação, 2020c. p. 2.473-2.479.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In*: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva Educação, 2020d. p. 124-219.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1084439/SP 2017/0082121-8**. Competência dos órgãos fracionários do STJ. Relativa. Partilha. Exclusão da viúva. Regime de separação obrigatória. Súmula 377/STF. Necessidade de prova do esforço comum. Aplicação da atual jurisprudência desta corte superior. Possibilidade de abertura de prazo para a verificação desse direito. Agravo interno desprovido. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3 de maio de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205796737/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-agint-no-aresp-1084439-sp-2017-0082121-8/inteiro-teor-1205796802>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8473>. Acesso em: 17 abr. 2022.

CASTRO, Gisela. O idadismo como viés cultural: refletindo sobre a produção de sentidos para a velhice em nossos dias. **Galáxia**, São Paulo, n. 31, p. 79-91, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-25542016120675>. Acesso em: 21 abr. 2022.

COELHO, Francisco Elias da Silva; BENÍCIO, Márcio José Lima. Natureza jurídica do matrimônio à luz da dignidade da pessoa humana. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 71-82, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/12/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022.

CUNHA, Leandro Barbosa da; BORGES, Fabiana Aparecida. A derrotabilidade da exigência do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos em face das circunstâncias de cada caso concreto. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Artigos**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1739/A+derrotabilidade+da+exig%C3%A2ncia+do+regime+de+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+de+bens+aos+nubentes+maiores+de+setenta+anos+em+face+das+circunst%C3%A2ncias+de+cada+caso+concreto>. Acesso em: 11 mar. 2022.

DÓREA, Egídio Lima. **Idadismo: um mal universal pouco percebido**. São Leopoldo: Unisinos, 2021.

DUARTE, Veridiana Bohns *et al.* A perspectiva do envelhecer para o ser idoso e sua família. **Revista Família, Saúde e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 42-50, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/refased/article/view/8052>. Acesso em: 13 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora UnB, 1986.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 9., 2013, Araxá. **Anais** [...]. Araxá: IBDFAM, 2013. p. 111-142. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/295.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, e1907, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201907>. Acesso em: 26 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família**. 2008. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8093/1/Fernanda%20Pessanha%20do%20Amaral%20Gurgel.pdf>. Acesso em: 21 maio 2022.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 49, n. 1, p. 171-194, June 1949. Disponível em: <https://academic.oup.com/aristotelian/article/49/1/171/1796309?login=false>. Acesso em: 26 abr. 2022.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda; PORTO, Carolina Silva. A obrigatoriedade do regime de separação de bens ao idoso de setenta anos: proteção ou discriminação? **Interfaces Científicas**, Aracaju, v. 8, n. 1, p. 87-100, fev. 2020. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6104>. Acesso em: 6 set. 2020.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira; BRUGNARA, Ana Flávia. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-126, jun. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26639>. Acesso em: 23 out. 2020.

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

MAGALHÃES, Steven Ferdinando Melo. **Os maiores de 70 anos e o regime obrigatório de separação de bens no casamento: proteção ou desrespeito aos direitos do idoso?** 2017. 26 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de

Maringá, Maringá, 2017. Disponível em:

<http://rdu.unicesumar.edu.br/xmlui/handle/123456789/500>. Acesso em: 6 set. 2020.

MARINHO, Eduardo Silva *et al.* A escolha do regime de bens para maiores de 70 anos e sua inconstitucionalidade. *In: SEMINÁRIO REGIONAL DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA DA REGIÃO CENTRO-OESTE*, 9., 2018, Rio Verde. **Anais eletrônicos** [...]. Rio Verde: Universidade de Rio Verde, 2018. Disponível em:

<https://www.unirv.edu.br/paginas.php?id=397>. Acesso em: 19 abr. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 5 v.

NASCIMENTO, Sibhelle Katherine. A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 22, n. 4, p. 17-32, out./dez. 2019.

Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/500>. Acesso em: 13 out. 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. **Civilistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-10, ago. 2014. Disponível em:

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/576>. Acesso em: 19 abr. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Dal Molin de. Casais podem afastar a Súmula 377 do STF. *In:*

TABELIONATO DE NOTAS. **Novidades**. São Luís: Cartório São Luís, 2022. Disponível em: <https://cartoriosao Luis.not.br/novidades/afastar-sumula-377-stf/>. Acesso em: 21 maio 2022.

PERES, Kelly Moura Oliveira Lisita. **Casamento e seus impedimentos absolutos, relativos e causas de anulabilidade**. Goiânia: OAB; ESA Goiás, 2020. Disponível em:

<https://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/12-papel-timbrado-casamento-e-seus-impedimentos-41681213.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 08/2016**. Dispõe sobre o afastamento da Súmula 377 do STF por meio de pacto antenupcial e dá outras providências. Recife: TJ/PE, 2016. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/quentes/240293/tj-pe-permite-afastar-sumula-377-do-stf-por-meio-de-pacto-antenupcial>. Acesso em: 21 maio 2022.

PRAZAK, Maurício Avila; SOARES, Marcelo Negri; CAMARGO, Marcelo Vieira. Teoria da derrotabilidade da norma jurídica. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, Dourados, v. 7, n. 9, p. 113-126, fev./jul. 2020. Disponível em:

<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/5588>. Acesso em: 26 abr. 2022.

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p291. Acesso em: 17 maio 2022.

RODRIGUES, Minéia Carvalho. Envelhecimento: uma concepção do desenvolvimento como

inacabado. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, Santo André, v. 12, n. 1, p. 63-66, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/39687>. Acesso em: 19 mar. 2022.

SACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1917, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201917>. Acesso em: 26 abr. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1002896-70.2019.8.26.0248/SP**. Apelação cível. Alteração consensual de regime de bens de casamento. Pretensão de modificação do regime da separação obrigatória de bens. Pessoas maiores de 70 (setenta) anos. [...]. Relatora: Maria do Carmo Honório, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?jsessionid=46A33D67C7583A38DFA65CF357DEF778.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=10028967020198260248&nuRegistro=>. Acesso em: 15 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOCORRO, Emanuelle das Dôres Figueiredo. **As concepções de velhice presentes no Estatuto do Idoso e nas práticas das políticas públicas destinadas aos idosos**. 2011. 90 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Psicologia_SocorroEDF_1.pdf. Acesso em: 20 abr. 2022.

SOUSA, Ana Maria Viola de; MARQUETTE, Felipe Rotta. Envelhecimento da população brasileira: avanço legislativo e o compromisso social. **Revista Univap**, São José dos Campos, v. 24, n. 45, p. 34-47, 2018. Edição Especial. Disponível em: <https://revista.univap.br/index.php/revistaunivap/article/view/1996>. Acesso em: 1 abr. 2022.

SOUSA, Karla Cecilia Delgado Nunes e. **Direito do idoso: na perspectiva da repersonalização**. 2006. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4580>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SOUZA, Ana Lúcia de; SILVA, Ferlice Dantas e. Diretrizes internacionais e políticas para os idosos no Brasil: a ideologia do envelhecimento ativo. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 14, n. 1, p. 85-94, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/356>. Acesso em: 1 abr. 2022.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Artigos**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/475/O+princ%C3%ADpio+da+boa-f%C3%A9+objetiva+no+direito+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 21 maio 2022

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 5 v.

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

VIEIRA, Rodrigo de Sena e Silva. **Idadismo**: a influência de subtipos nas atitudes sobre os idosos. 2018. 173 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/28506>. Acesso em: 21 abr. 2022.