

DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.004

AUTONOMIA NO ENVELHECER: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CCB/2002

AUTONOMY IN AGING: THE UNCONSTITUTIONALITY OF
ART. 1.641, II, OF THE BCC/2002

Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UFRGS. Doutora e Mestre em Direito pela PUCRS. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3191-3964>.
E-mail: sitassinari@hotmail.com.

Caroline Pomjé

Doutoranda em Direito Processual Civil pela USP. Mestra em Direito Privado pela UFRGS. Advogada de Família e Sucessões em Silveiro Advogados. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8726-6474>. *E-mail:* carolinepomje@usp.br.

Resumo: O presente estudo visa a identificar as razões pelas quais a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos casamentos celebrados por pessoas maiores de 70 (setenta) anos padece de inconstitucionalidade. Para atingir tal objetivo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, partir-se-á de análise acerca do instituto da autonomia privada, buscando compatibilizá-lo com o estatuto patrimonial do casamento e com os direitos fundamentais dos idosos. Na sequência, apresentados os motivos que deveriam conduzir à declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil brasileiro de 2002, proceder-se-á à análise de três julgados selecionados a partir de pesquisa realizada junto aos repositórios virtuais dos Tribunais de Justiça brasileiros.

Palavras-chave: Separação obrigatória de bens. Setenta anos. Regime de bens. Autonomia privada.

Abstract: The present study aims to identify the reasons why the imposition of the regime of compulsory separation of property to marriages celebrated by people over 70 (seventy) years is unconstitutional. To achieve this goal, using the hypothetical deductive method, the study will start with an analysis of the institute of private autonomy, seeking to make it compatible with the patrimonial status of marriage and with the fundamental rights of the elderly. In sequence, presented the reasons that should lead to the declaration of unconstitutionality of the art. 1.641, II, of the Brazilian Civil Code of 2002, we will proceed to the analysis of three judgments selected from a survey conducted with the virtual repositories of the Brazilian Courts of Justice.

Keywords: Compulsory separation of property. Seventy years. Property regime. Private autonomy.

Sumário: **1** Introdução – **2** Estatuto patrimonial do casamento e autonomia privada – **3** Mitigação da autonomia privada: o regime da separação obrigatória de bens – **4** Conclusão – Referências

1 Introdução

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizada entre os anos de 2012 e 2016, aponta que o Brasil já contabilizava, à época, mais de 29 milhões de pessoas idosas, “representando um crescimento de 16,0% (população com 60 anos ou mais)”.¹ O significativo aumento da população idosa no contexto brasileiro contemporâneo enseja a necessidade de enfrentamento de diversos desafios, entre os quais o imprescindível questionamento e eventual superação de antigos paradigmas até então vigentes no ordenamento jurídico nacional.

Ainda de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida dos brasileiros nascidos no ano de 2017 foi de 76 anos.² A transposição deste dado para o âmbito do direito, especialmente para a seara do direito de família, traz consigo a relevância do desenvolvimento de mecanismos aptos a assegurar o pleno exercício de autonomia por aqueles sujeitos que, apesar de terem alcançado idade superior a 60 anos – sendo considerados, portanto, idosos, na forma do art. 1º, da Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso – encontram-se em pleno gozo de suas faculdades, tendo absoluta aptidão para a realização de escolhas existenciais e para a administração de seu patrimônio.

Como exemplo de situação tópica em que a autonomia da pessoa idosa deve ser assegurada, tem-se a hipótese de constituição de casamento ou união estável e a eleição do regime de bens que irá disciplinar as relações patrimoniais decorrentes do vínculo afetivo existente. Tal hipótese – muito discutida doutrinária e jurisprudencialmente em virtude de possíveis interesses escusos por parte daqueles que se relacionam com pessoas idosas – será objeto de análise específica por intermédio do presente estudo, especialmente diante da previsão do art. 1.641, inc. II, do Código Civil brasileiro de 2002, que dispõe que o regime de bens aplicável aos casamentos em que um dos nubentes for pessoa maior de setenta anos será o da separação obrigatória de bens.

À evidência, o suposto fundamento para a manutenção de supramencionado artigo na legislação brasileira reside em um paradigma voltado à proteção patrimonial da pessoa idosa. Contudo, tem-se que o art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, padece de inconstitucionalidade na medida em que sobrepõe interesses patrimoniais à autonomia existencial do indivíduo. Valendo-se da literatura, a Desembargadora

¹ 15 ANOS do Estatuto do Idoso – Conquistas e desafios. *Revista IBDFAM*, local, e. 42, p. 8-11, dez. 2018/ jan. 2019. p. 8.

² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Em 2017, expectativa de vida era de 76 anos*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>. Acesso em: 20 set. 2022.

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Andréa Pachá, na sua obra *Segredo de Justiça*, narra episódio protagonizado por um senhor de oitenta e quatro anos perante o Poder Judiciário:

- Eu entendo que o senhor está bem, mas os seus netos estão preocupados. Disseram que o senhor anda diferente desde que ficou viúvo. E descobriram que o senhor está gastando muito dinheiro com uma moça. Parece que eles tentaram conversar, mas que o senhor não quer conversa.

- Tudo bobagem. Eles não sabem de nada!

- Mas parece que o senhor tem uma conta conjunta com um deles e ligaram do banco para avisar que o cheque especial havia estourado.

- Olha, doutora, a gerente é uma idiota. Eu tenho muito mais nas aplicações, e ela deveria ter ligado para mim, que sou o titular da conta.

- Por que, então, o senhor não conversa com ele, explica que sabe o que está fazendo? Sua namorada tem 28 anos, não é?

Rindo muito, ele encerrou:

- Tem 28 anos e é linda. Fui casado quase sessenta anos, trabalhei, fiz um patrimônio gigante e sustento quase toda a família. O amor da minha vida eu já vivi, ou será que eles acham que eu amo essa mocinha ou acredito que ela me ame? Tenho 84 anos e falta pouco pra ir embora. Ela quer meu dinheiro e o que eu quero é ela. É um excelente negócio. Dinheiro tem de sobra e, se acabar, cada um que trabalhe para fazer o seu, concorda?³

Não se desconhece o fato de que, em muitas situações, a pessoa idosa pode se encontrar em uma efetiva situação de vulnerabilidade em relação à administração de seu patrimônio, cabendo questionar os limites da proteção estatal com o objetivo de assegurar a dignidade daquele sujeito. Entretanto, em outras situações, a preocupação predominante no que condiz com os novos relacionamentos das pessoas idosas situa-se em outro local. Nessas circunstâncias, pretende-se muito mais tutelar os interesses patrimoniais de terceiros (que não os envolvidos no novo relacionamento amoroso) sobre uma eventual e futura herança. Consequentemente, os familiares da pessoa idosa pretendem, em determinadas circunstâncias, exercer desde logo o controle sobre o patrimônio titularizado pela pessoa idosa, ainda que esta possua plenas condições de administrar seus

³ PACHÁ, Andréa. Cada um que faça o seu. In: PACHÁ, Andréa. *Segredo de Justiça*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. p. 99-100.

próprios bens. No caso narrado pela Desembargadora Andréa Pachá, situava-se nesse aspecto o problema que levou a discussão sobre o novo relacionamento do idoso ao Judiciário: o controle sobre o patrimônio da pessoa maior de sessenta anos, especialmente em virtude do surgimento de um novo sujeito naquela dinâmica familiar.

Juridicamente, a questão assume contornos ainda mais relevantes quando se compreende o disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, que, como mencionado alhures, determina a obrigatoriedade do regime da separação de bens aos casamentos celebrados por pessoa maior de setenta anos. Trata-se, conseqüentemente, de uma limitação à autonomia de sujeitos que, via de regra, encontram-se em plenas condições de escolher o regime de bens que disciplinará seu novo relacionamento. Neste contexto, o estudo parte da hipótese da necessidade de controle de constitucionalidade de referida norma pelo Poder Judiciário, de forma concreta, autorizando a adoção de outros regimes de bens pelos nubentes quando o casamento for celebrado contando com pessoa maior de 70 anos de idade.

Entretanto, poucos são os casos que chegam aos Tribunais de Justiça das unidades da Federação em que resta afastada a disposição do art. 1.641, II, do CCB/2002, em prol da autonomia privada dos indivíduos maiores de 70 anos que pretendem constituir família por intermédio da celebração de casamento. A fim de confirmar esta afirmação, apresenta-se pesquisa jurisprudencial realizada no ano de 2019 junto aos repositórios mantidos pelos Tribunais de Justiça nacionais. A partir dos resultados localizados, proceder-se-á ao estudo de três julgados sobre a temática, avaliando-se a compatibilidade entre as razões que conduziram o julgamento dos recursos selecionados e aquelas doutrinariamente apresentadas como suficientes à declaração da inconstitucionalidade do dispositivo. Por fim, considerando o cenário atual, serão apresentadas perspectivas com o objetivo de traçar possíveis soluções voltadas à garantia da autonomia dos sujeitos nas relações familiares, especialmente por intermédio da viabilidade de propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em face do teor do art. 1.641, inc. II, do CCB/2002.

2 Estatuto patrimonial do casamento e autonomia privada

A autonomia privada pode ser definida, contemporaneamente, como o “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”.⁴ No âmbito do direito de família,

⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 21.

o problema da autonomia familiar apresenta-se em dupla direção: externamente, em relação ao Estado, e internamente, “como liberdade na família”.⁵

Para além da perspectiva doutrinária acerca da dupla direção da autonomia privada no ambiente familiar, importa destacar sua diferenciação entre autonomia privada negocial e autonomia privada existencial. Enquanto a autonomia privada existencial condiz com a liberdade dos sujeitos familiares de formar e extinguir a entidade familiar, com a liberdade de formação dos filhos e com o próprio planejamento familiar, a autonomia privada negocial encontra sua principal forma de exercício na liberdade de estipulação e modificação do regime de bens⁶ e da liberdade de aquisição e administração do patrimônio familiar.

A possibilidade de exercício da autonomia privada na seara familiar – seja na perspectiva negocial quanto na perspectiva existencial – insere-se em um contexto de liberdade dos membros da família, visando à implementação dos seus direitos fundamentais e ao desenvolvimento de sua personalidade. Tal liberdade de organização familiar, no entanto, pode vir a sofrer limitações por intermédio da atuação estatal diante de situações extremas, como *ultima ratio*.⁷ Como exemplos de tais situações tem-se as hipóteses em que os interesses de pessoas hipossuficientes devem ser resguardados, especialmente em se tratando de interesses existenciais, e não meramente patrimoniais.

Ocorre que, à evidência, verifica-se uma tensão entre a possibilidade de exercício da autonomia privada e a necessidade de interferência estatal no âmbito familiar, sendo que um exemplo de tal conflito encontra-se na previsão, no art. 1.641, do Código Civil brasileiro, de situações nas quais o regime de bens que regerá o relacionamento dos sujeitos deverá ser o da separação obrigatória de bens. Cuida-se de uma hipótese de intervenção estatal no ambiente familiar na medida em que a definição acerca do regime de bens cabe, *a priori*, ao próprio casal, conforme preceitua o art. 1.639, do CCB/2002.⁸ Quanto à escolha do regime de bens, importa destacar que sua eleição, pelos nubentes, “rege a situação

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 283.

⁶ “O instituto da mutabilidade do regime de bens é uma das marcas mais fortes da autonomia privada no âmbito do direito patrimonial de família, e tornou-se possível pelo princípio da isonomia conjugal trazido pela CF de 1988” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficazes dos Direitos Fundamentais*, Chapecó, v. 1, n. 1, 2011. p. 143. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso em: 20 set. 2022).

⁷ “[...] a intervenção do Estado nas relações familiares só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como *ultima ratio*, já que, como visto, deve prevalecer a regra geral da liberdade dos membros da família” (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144).

⁸ CCB/2002, art. 1.639: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando de sua dissolução”.^{9 10}

Neste contexto, tem-se que a obrigatoriedade de submissão dos indivíduos a determinado regime de bens representa uma mitigação ao exercício de autonomia privada pelos sujeitos: apesar de em algumas hipóteses contempladas nos incisos do art. 1.641 a interferência estatal ser plenamente justificada, no caso da obrigatoriedade do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos está-se diante de uma presunção de incapacidade que não possui, contemporaneamente, qualquer fundamento.

O descabimento de tal presunção resta ainda mais evidenciado a partir da constatação de que, desde o início da vigência da Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência),¹¹ a capacidade civil representa a regra no ordenamento civil brasileiro, não sendo afetada por eventual deficiência da pessoa e, conseqüentemente, não se podendo cogitar de sua mitigação em virtude da idade avançada de um sujeito.¹²

Com efeito, o art. 6º, da Lei nº 13.146/2015, estabelece que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, exemplificando, já no inciso primeiro, a manutenção da capacidade do sujeito para casar e constituir união estável. O impacto de tal entendimento é destacado por Anderson Schreiber ao comentar sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do art. 4º, do CCB/2002. Referido autor destaca que “a jurisprudência tem acertadamente afirmado que o simples fato da idade avançada não interfere na plena capacidade da pessoa, que tem como pedra de toque o seu discernimento”.¹³

⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 324.

¹⁰ No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que o “regime de bens é o estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as conseqüências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 305).

¹¹ “O rol, a lista, das pessoas consideradas incapazes pelo Código Civil foi significativamente alterada pelo advento da Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada em 7.7.15. O aludido Diploma Legal materializou, no âmbito normativo interno brasileiro, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, apelidada de Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/08” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 931-932).

¹² Nesse sentido, Paulo Lôbo inclusive destaca que “A idade avançada não é motivo, por si só, para curatela. O Brasil tem sido construído inclusive por personalidades admiráveis que chegaram a idades elevadas – próximas e até superiores a 100 anos – com grande capacidade criadora e higidez mental” (LÔBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 423).

¹³ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio *et al.* *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

Conseqüentemente, defender a manutenção da obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas maiores de setenta anos – com base, unicamente, na idade do sujeito e em suposta proteção do seu respectivo patrimônio – representa buscar um fundamento protetivo no “ter” ao invés de buscar tal respaldo no “ser”, representando “um contrassenso tornar eficaz a vontade para constituir o vínculo matrimonial e não a reconhecer apta para decidir sobre o regime de bens”.¹⁴

Nesse sentido, as razões para declaração da inconstitucionalidade do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, que determina a utilização do regime da separação obrigatória de bens pelas pessoas maiores de 70 anos, serão analisadas na sequência.

3 Mitigação da autonomia privada: o regime da separação obrigatória de bens

Apesar de as relações econômicas decorrentes de um relacionamento – seja casamento, seja união estável – estarem submetidas aos princípios da liberdade de estipulação, da variedade de regime de bens e da mutabilidade justificada e submetida ao crivo judicial,¹⁵ há situações nas quais a vontade dos nubentes é desconsiderada pelo ordenamento jurídico, visando a uma suposta proteção do patrimônio de pessoas idosas. O problema, porém, reside no fato de que a estipulação dos efeitos econômicos da entidade familiar decorre do exercício da autonomia privada pelos sujeitos que compõem determinada relação familiar,¹⁶ de modo que a vedação à utilização de outro regime de bens que não o da separação obrigatória às pessoas maiores de setenta anos que pretendam celebrar casamento representa frontal violação ao exercício da autonomia privada de sujeitos plenamente capazes e que, *a priori*, não deveriam sofrer limitações injustificadas ao exercício de sua autonomia patrimonial.

A insensatez da norma – quando, destaca-se, aplicada a pessoas maiores de setenta anos que se encontram em pleno exercício de seus direitos, não necessitando de qualquer apoio decorrente das hipóteses de curatela, por exemplo – resta ainda mais evidente a partir de um exemplo bastante singelo. Basta cogitar

¹⁴ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional*. O negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 186.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 306.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 306.

as situações em que uma pessoa maior de setenta anos assume cargos públicos como o de presidente da República, de ministro ou de dirigente de uma empresa pública. Apesar de poder exercer essas funções e não ter sua aptidão questionada para gerenciar bens e interesses públicos, essa mesma pessoa, caso quisesse celebrar um casamento, não poderia escolher o regime de bens que seria aplicável à sua união.¹⁷

3.1 A hipótese do art. 1.641, II, do CC/2002 e as razões para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade

Luiz Edson Fachin afirma que, “Historicamente, quando o sistema de Direito Civil se erige, cria um conjunto de categorias congruentes com aquele momento histórico e tende a colocá-las para valerem perpetuamente. Isto revela como os fatos começam a se chocar com os conceitos”.¹⁸ Tal afirmação coaduna-se com a análise do art. 1.641, inc. II, do Código Civil vigente. Isso porque a necessidade de observância do regime de separação obrigatória de bens pelas pessoas que, acima de determinada idade, pretendiam contrair núpcias já se encontrava prevista no Código Civil de 1916. Com efeito, o art. 258, parágrafo único, inc. II, do CCB/1916, estabelecia a obrigatoriedade de utilização do regime de separação obrigatória de bens para os casamentos realizados por homem maior de 60 anos de idade ou por mulher maior de 50 anos de idade.¹⁹

A obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens aos casamentos celebrados por pessoas acima de determinada idade encontrava-se alinhada à *ratio* do Código Civil brasileiro de 1916. Diversamente da codificação atual, o diploma civil anterior voltava-se especialmente à tutela do patrimônio dos sujeitos, caracterizando-se, no que dizia respeito ao direito de família, por uma visão patrimonialista, matrimonializada, patriarcal e hierarquizada. À época, inclusive, a expectativa de vida dos sujeitos era de 34,08 anos de idade, conforme levantamentos realizados pelo IBGE.²⁰ Consequentemente, a própria expectativa de vida produzia reflexos sobre as disposições legais então vigentes.

¹⁷ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional*. O negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 186-187.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. À luz do novo Código Civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 67.

¹⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204.

²⁰ “Raros são os estudos realizados no Brasil que permitem avaliar os níveis de sobrevivência até o início do século XX, caso se considerar o indicador esperança de vida ao nascer. Cabe destacar, contudo, o estudo desenvolvido por Santos (1978) que, utilizando o modelo de populações estáveis, estimou a esperança

As disposições constitucionais sobre a temática, porém, “alteraram qualitativamente o conteúdo das categorias abordadas, num movimento de ruptura, buscando atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do novo século”.²¹ ²² A constitucionalização do direito civil trouxe consigo a necessidade de superação da tutela voltada prioritariamente para o patrimônio, destinando-se à “proteção prioritária às pessoas vulneráveis, isto é, filhos – crianças e adolescentes – e idosos”.²³

A prevalência dos aspectos existenciais das relações familiares sobre os aspectos patrimoniais também se apresenta como a tônica das disposições constitucionais. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “[...] enquanto o Código Civil dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais”.²⁴ No mesmo sentido, Luiz

de vida ao nascer da população brasileira para os anos de 1900, 1910, 1920 e 1930, cujas estimativas são apresentadas na Tabela 3. De acordo com os resultados, pode-se concluir que, durante os primeiros 30 anos do Século XX, a população brasileira teve um aumento na sua sobrevivência de aproximadamente três anos, ou seja, um incremento de apenas 8,0%, refletindo, portanto, uma elevada incidência de mortalidade, que só começou a diminuir a partir dos anos 1940. É importante também destacar a maior sobrevivência entre as mulheres, quando comparada com a dos homens. Ou seja, as diferenças que eram menores de 1 ano no início do Século XX, sobem para 1,6 ano, até 1930. Esta maior sobrevivência entre as mulheres continuará aumentando, conforme se verá mais adiante. [...]. A Tabela 4 e o Gráfico 3 exibem os valores desse indicador para os anos posteriores a meados da década de 1930 até 2014, para o País como um todo e suas Grandes Regiões. É indiscutível a melhoria nos níveis de sobrevivência da população brasileira a partir de meados da década de 1930, quando a média de anos de vida foi estimada em 41,5 anos, passando para 45,5 anos, em meados da década de 1940. Ou seja, os ganhos foram de quatro anos, elevando-se para mais de seis anos no período de 1945 a 1955. Entre 1955 e 1965, observou-se desaceleração no número de anos de vida (1,8 ano). As diferenças regionais já se refletiam nos distintos níveis de sobrevivência entre as populações residentes no País. Enquanto a Região Nordeste, durante a década de 1930/1940, apresentava os menores valores de esperança de vida ao nascer (36,7 anos), este indicador era de 49,2 anos, na Sul; 47,9 anos, na Centro-Oeste, e 43,5 anos, na Sudeste. Estas diferenças regionais refletem, entre outros fatores, a prioridade dos investimentos econômicos então norteados para as Regiões Sudeste e Sul do País, em detrimento da Região Nordeste, que, em decorrência, se transforma em área de expulsão populacional” (SIMÕES, Celso Cardoso Silva. Breve histórico do processo demográfico. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Brasil: uma visão geográfica e ambiental do início do século XX*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016. p. 44-45. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97884_cap2.pdf. Acesso em: 20 set. 2022).

²¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 10-11.

²² “Today, due to the changes the American Family has undergone in recent years, Family law is also changing. As a result of the increasing number of unmarried parents, divorced parents, step-families, death within families, drug and alcohol abusers, financial setbacks, and children born out of wedlock, the family of the 1990s is significantly different than of generations past, in that the stereotypical, traditional ‘family’ is no longer so prevalent” (MILLER, Nicole E. The best interests of all children: an examination of grandparent visitation rights regarding children born out of wedlock. *New York Law School Law Review*, v. 42, n. 1, p. 179-204, 1998. p. 179).

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 30-31.

²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 31.

Edson Fachin assim sintetiza a contraposição entre as características da família codificada e daquela contemplada pelas disposições constitucionais:

A família do Código por isso mesmo se define: matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. Um tempo, outra história e contexto político-econômico. Na Constituição, outra família é apreendida: pluralidade familiar (não apenas a matrimonialização define a família), igualdade substancial (e não apenas formal), direção diárquica e de tipo eudemonista.^{25 26}

Evidenciada a mudança paradigmática ocorrida a partir da sobreposição da “família nuclear eudemonista”²⁷ sobre o modelo tradicional estruturado “sobre o tríplice estandarte do matrimônio, do patrimônio e do pátrio poder”,²⁸ tem-se a necessidade de releitura dos institutos fundamentais do direito privado²⁹ a partir dos aportes propiciados pelo advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente pela chave de leitura propiciada pela prevalência da tutela dos direitos existenciais dos sujeitos.³⁰

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51.

²⁶ No mesmo sentido, César Fiuza e Luciana Costa Poli afirmam: “A conformação da família contemporânea em muito difere do modelo oitocentista: patrimonial, hierarquizada, patriarcal. O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. A ideia de família baseada na procriação e assistência à prole é ultrapassada. A família que se busca fomentar é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e cooperativa que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário” (FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias: para além dos ditames dos Tribunais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 105-132, jan./mar. 2016. p. 3).

²⁷ “A família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição (art. 29, §1) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art. 2 Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e não de contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ele é finalizado à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243-244).

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Palestra de abertura do VIII Congresso IBDFAM: Famílias – Entre o público e o privado. *Anais do VIII Congresso IBDFAM*. p. 160. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 319.

³⁰ Importante destacar, porém, o alerta promovido por Simone Tassinari Cardoso: “Especialmente no que tange à Ordem Jurídica brasileira, ressalta-se que qualquer pretensão de resquícios de modernidade incongruentes com os valores existenciais, revelou-se incoerente com a concepção da Carta Magna. Uma visão

Essa necessidade apresenta-se com ainda mais força a partir da constatação de que previsões que poderiam ter sido extintas com o advento da codificação de 2002 permanecem no diploma civil. Assim, a versão original do Código Civil brasileiro de 2002 manteve a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens para determinados sujeitos, entre os quais aquelas pessoas maiores de 60 anos que objetivassem celebrar matrimônio.

A principal mudança verificada no âmbito do CCB/2002 foi a unificação da idade para homens e mulheres em 60 anos.³¹ A redação atual do art. 1.641, II, do CCB/2002, foi introduzida por meio da Lei nº 12.344, de 9.12.2010, que alterou a redação de referido artigo com a finalidade de aumentar para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

A alteração teve em conta a liberdade que se deve assegurar aos que pretendem casar, podendo dispor de seu futuro, constituindo uma opção a possibilidade de contrair núpcias com uma pessoa mais interessada em interesses patrimoniais. No entanto, permanece a ofensa em a pessoa dispor de sua vida.³²

Apesar da ampliação da idade a partir da qual é obrigatório o regime da separação de bens do casamento, verifica-se, ainda, a flagrante inconstitucionalidade do instituto na medida em que representa afronta ao Estatuto do Idoso, com limitação de vontade unicamente em virtude da idade dos sujeitos. Logo, trata-se de hipótese que representa uma sanção que apenas não é aplicada quando o casamento é antecedido por união estável.³³ Importa mencionar, ainda, a relativização do regime de separação absoluta de bens estatuído pelo art. 1.641 por intermédio da Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “no

de Direito Civil que fosse influenciado em demasia pelo paradigma moderno em detrimento da relação existencial envolvida, não poderia sobreviver na nova ordem desejada pela Constituição. Uma decisão que assim o pretendesse deveria ser considerada inconstitucional. Ocorre que, um paradigma não se altera com edição de uma Carta Constitucional. Esta pode marcar a alteração paradigmática, mas não é suficiente para, por si só, promover as mudanças necessárias. A busca pela construção de um Direito Civil efetivo e incluyente perpassa pelo desafio das várias lentes dos operadores jurídicos acostumadas com determinados perfis que têm origem na modernidade. O agente jurídico da atualidade foi formado e formatado no ensino tradicional através da concepção moderna” (CARDOSO, Simone Tassinari. Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. p. 4. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-parentalidade-biologica-e-socioafetiva/>. Acesso em: 20 set. 2022).

³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204.

³² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 598.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 325.

regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Logo, os bens adquiridos por meio de esforço comum na constância do casamento comunicam-se, sendo que “o fator determinante da comunhão dos aquestos está na conjugação de esforços que se verifica durante a sociedade conjugal”.³⁴

De qualquer modo, como bem destaca Maria Berenice Dias, “trata-se de presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental”, voltada à subtração da liberdade de escolha do indivíduo sobre o regime de bens que irá reger sua relação.³⁵ Os impactos da imposição da adoção do regime de separação obrigatória de bens perpassam (1) a ausência de formação de patrimônio comum entre as pessoas casadas ou unidas estavelmente sob este regime; (2) a impossibilidade de que as pessoas casadas sob tal regime estabeleçam sociedade entre si ou com terceiros (art. 977, CCB/2002); (3) a desnecessidade de vênua conjugal para venda de bens aos descendentes (art. 496, CCB/2002); e (4) a impossibilidade de “que o cônjuge supérstite concorra na sucessão de seu falecido consorte”,³⁶ conforme art. 1.829, inc. I, CCB/2002.

O modelo estatuído por meio do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, reproduz o paradigma vigente quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916: naquele momento, buscava-se “‘proteger’ pessoas com idade mais avançada – em tese mais vulneráveis – de investidas contra o seu patrimônio e, por via indireta, do patrimônio dos seus herdeiros”.³⁷ Reproduzia-se, portanto, uma visão da família como um *locus* de produção de riqueza,³⁸ e não como um local de desenvolvimento dos indivíduos visando ao seu próprio desenvolvimento e satisfação pessoal.³⁹

A partir desse panorama é verificável a inconstitucionalidade do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, na medida em que (1) fere o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB/88), “por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrange-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 594.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 325.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 309-310.

³⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204.

³⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 204.

³⁹ “A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um ‘interesse familiar’ superindividual, de tipo público ou corporativo” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245).

a norma constitucional não previu”;⁴⁰ (2) enseja violação à autonomia privada; (3) viabiliza, na prática, uma espécie de “interdição compulsória parcial” do maior de setenta anos, sendo aquela aplicada apenas a aspectos patrimoniais (teoricamente disponíveis, portanto);⁴¹ (4) privilegia o patrimônio do sujeito em detrimento de sua realização pessoal/existencial; (5) pressupõe que uma pessoa maior de 70 anos não será mais objeto de um afeto que seja dissociado de seu patrimônio; (6) visa ao resguardo de uma possível herança que poderá vir a ser transmitida aos descendentes do idoso, caso existam.⁴²

Apesar de se tratar de situação jurídica na qual o controle concentrado de constitucionalidade teria espaço – considerando os requisitos legais para que uma ação direta de inconstitucionalidade seja manejada, por exemplo – fato é que o art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, ainda não teve sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Considerando, porém, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais infraconstitucionais, cabe verificar como tem se dado a aplicação do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, pelos Tribunais de Justiça das unidades da Federação.

3.2 Do controle difuso de constitucionalidade sobre o art. 1.641, II, do CCB/2002

A fim de verificar como tem se dado a aplicação do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, pelos Tribunais locais – considerando a possibilidade de

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 311.

⁴¹ “Lembre-se, ademais, que se há alguma preocupação em proteger o maior de setenta anos de idade, impunha-se ao legislador proibir o seu casamento – que, por sinal, diz respeito à questão relativa ao seu estado civil, que é direito da personalidade. No entanto, o Código Civil, sem qualquer justificativa lógica, permite as núpcias do septuagenário, mas limita a escolha do regime de bens – que integra o rol de direitos disponíveis da esfera privada” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 312).

⁴² Renata Vilela Multedo afirma que, “De fato, a justificativa por detrás dessa forte heteronomia estatal estaria na prevenção do popularmente denominado ‘golpe do baú’, isto é, na proteção da legítima dos filhos. Ora, se não existe herança de pessoa viva e se o patrimônio do *de cujus* só se transmite aos herdeiros com a morte, não há que se falar em preocupação com a legítima enquanto a pessoa for viva e plenamente capaz. Sustenta-se que a idade avançada não é, por si só, geradora da redução da capacidade civil. A mentalidade por trás desse pensamento é a do chamado *sanism*, um preconceito irracional que causa atitudes generalizadas de racismo, sexismo, homofobia e intolerância étnica – no presente caso, etária – que pode afetar desde o legislador, passando pela jurisprudência, até os operadores do direito. Os preconceitos originados pelo *sanism* são amplamente tomados como verdades absolutas, são difíceis de detectar e são extremamente aceitos pela sociedade. Esse fenômeno se embasa em estereótipos, mitos, superstições e é perpetuado por apelar ao ‘senso comum’ e a argumentações falhas. Sustenta-se que a imposição legislativa preza pelos interesses patrimoniais sobre os existenciais, ou seja, não permite a livre pactuação dos bens do casal conforme melhor lhes aprouver” (MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 244-245).

declaração de inconstitucionalidade pela via difusa –,⁴³ procedeu-se à realização de pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça dos vinte e seis estados da Federação, bem como no Tribunal de Justiça do Distrito Federal entre os dias 23.3.2019 e 30.3.2019, utilizando como critérios de pesquisa os termos “separação obrigatória” e “setenta”, fazendo referência, portanto, ao regime de bens e à idade a partir da qual sua obrigatoriedade é estabelecida. A pesquisa realizada com base em tais critérios retornou um total de 153 (cento e cinquenta e três) acórdãos nos 27 Tribunais analisados. Conforme os resultados eram verificados, iam sendo categorizados em uma das seguintes modalidades: (1) aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002; (2) aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002, e da Súmula nº 377, do STF; (3) não aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002, por inconstitucionalidade; (4) resultado descartado da pesquisa.

Foram descartados da pesquisa os resultados que não se enquadravam nas temáticas de direito de família ou de direito sucessório. Assim, em diversos momentos, a pesquisa resgatou resultados vinculados a direito penal, por exemplo, os quais foram sumariamente excluídos da análise. Considerando apenas as três primeiras categorias, foram obtidos 67 (sessenta e sete) acórdãos para análise, por tratarem da temática objeto da pesquisa.

Procedendo à análise dos acórdãos localizados a partir dos filtros utilizados – já descartados oitenta e seis julgados na medida em que não condiziam com direito de família ou direito sucessório –⁴⁴ verificou-se que o entendimento majoritário dos Tribunais nacionais tem sido no sentido da aplicação concomitante do disposto no art. 1.641, II, do CCB/2002, com a previsão da Súmula nº 377, do STF. Isso significa que, de acordo com o entendimento jurisprudencial predominante,⁴⁵ tem-se

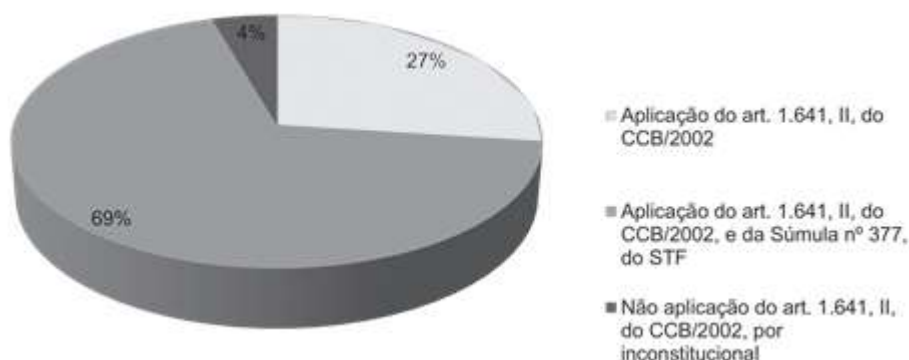
⁴³ “O controle difuso (ou por via de exceção ou defesa), criado pelos norte-americanos, permite a qualquer juiz ou tribunal realizar – este o motivo de ser denominado difuso –, no julgamento de um caso concreto, a análise incidental da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. No controle difuso, portanto, a análise da constitucionalidade do dispositivo não é o objeto principal da ação, sendo apreciada apenas em caráter incidental. O controle concentrado (ou por via de ação direta), criado pela Constituição austríaca, é aquele realizado pela Corte Suprema de um país, e que tem por objeto a obtenção da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em tese, independentemente da existência de casos concretos em que a constitucionalidade esteja sendo discutida” (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 188).

⁴⁴ Em números totais, a pesquisa retornou 153 resultados. Destes, 86 julgados foram excluídos da análise na medida em que tratavam de temáticas diversas, não relevantes à presente análise. Dos 67 resultados restantes, em 46 foi verificada a aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002, concomitantemente à aplicação da Súmula nº 377, do STF; em 18 foi verificada a aplicação unicamente do disposto no art. 1.641, II, do CCB/2002; e em apenas 3 julgados foi verificada a não aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002, por inconstitucional.

⁴⁵ A predominância de tal entendimento é inclusive pontuada por Flávio Tartuce, ao indicar a necessidade do precedente formado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.623.858/MG (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio *et al.* *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1277).

a necessidade de que, em sendo hipótese de aplicação do regime da separação obrigatória de bens na forma do art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, eventuais bens adquiridos na constância do relacionamento sejam objetos de partilha, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. Referida súmula, editada ainda quando da vigência do Código Civil de 1916 (no ano de 1964), “criou, no regime da separação legal de bens algo próximo à comunhão parcial de bens”,⁴⁶ indicando um esforço no sentido de inviabilizar o enriquecimento sem causa de um dos então cônjuges. Consequentemente, afirmar que o entendimento majoritário tem sido pela aplicação concomitante do art. 1.641, II, do CCB/2002, e da Súmula nº 377, do STF, significa dizer que a obrigatoriedade do regime da separação de bens continua sendo observada para os casamentos celebrados por pessoas maiores de 70 anos de idade (art. 1.641, II, CCB/2002); contudo, por força da aplicação de referida súmula, eventuais bens em relação aos quais haja comprovação de que foram adquiridos com esforço comum poderão vir a ser partilhados.

Gráfico 1 – Resultados obtidos e considerados para fins de análise



Fonte: Elaboração pelas pesquisadoras.

O percentual de 4% dos acórdãos em que não houve a aplicação do art. 1.641, II, do CCB/2002, em virtude de o Tribunal considerá-lo inconstitucional, corresponde, em números totais, a 3 casos. Referidos acórdãos foram localizados no Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 0399286-78.2009.8.26.0577 e Apelação Cível nº 1012381-85.2015.8.26.0361) e no Tribunal de Justiça do Ceará (Apelação Cível nº 0000745-67.2004.8.06.0043). Considerando que em

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio *et al.* *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1275.

tais julgados foi aplicado o controle difuso de constitucionalidade, declarando-se, no caso concreto, a inconstitucionalidade do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, procede-se à indicação das razões que conduziram os respectivos Tribunais à conclusão pela inconstitucionalidade do dispositivo.

No âmbito da Apelação Cível nº 0399286-78.2009.8.26.0577 – julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e interposta em face de decisão homologatória de partilha – restou destacado expressamente pelo desembargador relator que “é importante deixar consignado que o art. 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional visto que tal dispositivo legal, evidentemente, discrimina o idoso ao impedi-lo de dispor livremente de seu patrimônio”.⁴⁷

No âmbito da Apelação Cível nº 1012381-85.2015.8.26.0361, interposta em face de sentença que julgou improcedente ação de anulação de doação de bem imóvel, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou, novamente, que “a restrição à liberdade de escolha do regime de bens dos maiores de 70 anos e a impossibilidade de doação de bens entre os cônjuges não deve prevalecer por violar o princípio da isonomia e da livre disposição de bens”.⁴⁸

Ainda, apesar de o inteiro teor do acórdão que julgou a Apelação Cível nº 0000745-67.2004.8.06.0043, interposta em face de ação anulatória de doação a consorte, não estar disponível para consulta junto ao repositório digital do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a sua respectiva ementa é elucidativa:

Inaplicabilidade do artigo 258, § único, inciso II do Código Civil de 1916. Não vige mais tal restrição pois incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade. Respeito aos artigos 1º, inciso III e 5º, incisos I, X e LV da CF/88. [...]. O referido artigo realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de sessenta anos, e com o advento da Lei 12.344, de 09/12/2010, tutelou os maiores de setenta anos de idade, de uma união fugaz e exclusivamente interesseira. Vale ressaltar também, que este dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. 2. Acerca da restrição apontada pelos apelantes, tem-se assentes que o artigo 258, inciso II do Código Civil de 1916 tem tido sua aplicação mitigada pela doutrina e

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível nº 0399286-78.2009.8.26.0577*. Relator Desembargador Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/09/2013. p. 3.

⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível nº 1012381-85.2015.8.26.0361*. Relator Desembargador Egidio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/02/2018. p. 5.

jurisprudência, a considerarem que foi reproduzido pelo Código Civil de 2002 (art. 1641, II).⁴⁹

Apesar de, como visto, o entendimento jurisprudencial em alguns momentos alinhar-se com o entendimento doutrinário acerca da inconstitucionalidade do disposto no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, tem-se que as situações localizadas em que a inconstitucionalidade de referido dispositivo foi reconhecida de modo difuso pelos Tribunais locais são escassas. Por outro lado, está-se diante de discussão que poderia se dar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, por intermédio, por exemplo, do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo ora analisado, com fundamento no art. 102, inc. I, alínea “a”, primeira parte, da CRFB/88, regulamentado pela Lei nº 9.868/1999.

4 Conclusão

Diante do apresentado ao longo do presente estudo, verificam-se as razões pelas quais a disposição contida no art. 1.641, inc. II, do CCB/2002, padece de inconstitucionalidade ao estabelecer a obrigatoriedade do regime de separação de bens ao casamento celebrado por pessoa maior de setenta anos. A partir de tal panorama – e especialmente a partir da constatação da insuficiência do controle difuso de constitucionalidade como forma de assegurar a autonomia privada dos sujeitos que se encontram submetidos ao disposto em supramencionado artigo –, verifica-se a possibilidade/necessidade de manejo de ação direta de inconstitucionalidade visando à apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da (in)constitucionalidade da previsão ora analisada.

Referências

15 ANOS do Estatuto do Idoso – Conquistas e desafios. *Revista IBDFAM*, local, e. 42, p. 8-11, dez. 2018/jan. 2019.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*. A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. *Apelação Cível nº 0000745-67.2004.8.06.0043*. Relator Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. *Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*, Chapecó, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso em: 20 set. 2022.

CARDOSO, Simone Tassinari. Notas sobre parentalidade biológica e socioafetiva: do direito civil moderno ao contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-parentalidade-biologica-e-socioafetiva/>. Acesso em: 20 set. 2022.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

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

FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317-324.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Palestra de abertura do VIII Congresso IBDFAM: Famílias – Entre o público e o privado. *Anais do VIII Congresso IBDFAM*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/274.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. À luz do novo Código Civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias: para além dos ditames dos Tribunais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 105-132, jan./mar. 2016.

HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional*. O negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais. Salvador: JusPodivm, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Em 2017, expectativa de vida era de 76 anos*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>. Acesso em: 20 set. 2022.

LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILLER, Nicole E. The best interests of all children: an examination of grandparent visitation rights regarding children born out of wedlock. *New York Law School Law Review*, v. 42, n. 1, p. 179-204, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 21-31.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PACHÁ, Andréa. Cada um que faça o seu. In: PACHÁ, Andréa. *Segredo de Justiça*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio *et al.* *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SIMÕES, Celso Cardoso Silva. Breve histórico do processo demográfico. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Brasil: uma visão geográfica e ambiental do início do século XX*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv97884_cap2.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível nº 0399286-78.2009.8.26.0577*. Relator Desembargador Fábio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/09/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível nº 1012381-85.2015.8.26.0361*. Relator Desembargador Egidio Giacoia, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 19/02/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. *Apelação Cível nº 0000745-67.2004.8.06.0043*. Relator Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; POMJÉ, Caroline. Autonomia no envelhecer: a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CCB/2002. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 77-95, abr./jun. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.004.

Recebido em: 31.05.2020

Aprovado em: 27.07.2020