

AS UNIÕES SEPTUAGENÁRIAS E A SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Liliane Maria Franco Sousa

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto previsto pelo artigo 1614, II, do Código Civil brasileiro, o qual estipula que nos casamentos em que os nubentes possuem mais de 70 anos o regime patrimonial obrigatório será o da separação total de bens e a superação da súmula 377 editada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto nos dedicamos a estudar as características do casamento, porque o Estado está tão presente dentro dessa instituição, bem como as possibilidades de regimes de bens previstos pelo legislador, seus conceitos e principais aspectos, para em seguida, conhecermos a súmula 377 do STF. Para então dedicarmo-nos a discutir a possibilidade de tal entendimento jurisprudencial ser afastado mediante um pacto antenupcial, fazendo prevalecer assim a vontade dos nubentes.

PALAVRAS-CHAVE: uniões septuagenárias; casamento; STF; regime de bens; separação de bens; possibilidade.

Introdução

Muitas são as maneiras pelas quais podem ser as entidades familiares consideradas perante o Direito brasileiro. Porém, apenas três delas são previstas pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: o casamento, a união estável e as famílias monoparentais.

Com relação aos institutos do casamento e da união estável, o legislador não se preocupou apenas com as repercussões sociais decorrentes delas, mas também com as consequências financeiras que tais comunhões afetivas podem trazer.

É por isso que uma parte significativa dos dispositivos legais que regulamentam o casamento, enquanto entidade familiar mais privilegiada socialmente, se destina a tratar dos regimes de bens e como e quando eles serão escolhidos.

O Código Civil prevê como regimes de bens: a) regime da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666, CC/02); b) regime da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671, CC/02); c) regime da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e d) regime da separação de bens (arts. 1.687 a 1.688).

O legislador brasileiro determinou que os nubentes teriam liberdade de escolha quanto a esse aspecto de suas uniões. Assim, são eles livres para escolherem entre os regimes previstos, apresentarem um novo, ou mesmo mesclarem dois ou mais tipos de regimes. A liberdade de escolha é respeitada se obedecidos determinados aspectos, como existir um documento de registro público que ateste a escolha do casal.

Porém, o art. 1641 do Código Civil de 2002 previu algumas situações em que o Estado interferiria, em caráter definitivo, sobre esse poder de escolha, determinando o regime de bens, sem possibilidade de escolha ou recusa pelos nubentes.

Uma dessas situações é a prevista pelo art. 1.641, II, em que o casal com idade maior que 70 anos, deverá ter como regime de bens de sua união a separação de bens. Garantiu-se, assim, a completa separação de patrimônio entre os noivos. Tal determinação, já presente no diploma civil de 1916, é, alegadamente, uma medida protetiva aos mais idosos, que podem se iludir e ter seu patrimônio delapidado.

Em vigor desde 1916, tal medida já teve inúmeras oportunidades de provar as graves consequências que possui no meio social em que está inserida. Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal editou, no ano de 1964, a súmula 377 que permitiu, de fato, que os bens adquiridos na constância de uma união septuagenária, através de esforço comum, obedecessem a lógica do regime da separação parcial de bens.

Muito se discute sobre a constitucionalidade do disposto pelo art. 1.641, II, do Código Civil, e mesmo sobre a decisão do STF. Porém, o assunto posto em pauta nos últimos meses se refere à possibilidade de superação da súmula 377 através de pacto antenupcial.

Sendo este o tema desse trabalho, se existe, juridicamente, possibilidade de a aplicação da súmula 377 do STF ser afastada, diminuindo, ainda que de maneira pequena, a imposição do Estado em uma matéria de natureza disponível.

Para tanto, utilizamos ensinamentos doutrinários de estudiosos do Direito de Família como Dias (2016), Pereira (2015), Lôbo (2011), Gonçalves (2012), bem como julgados de tribunais superiores e súmulas para compreender o instituto do casamento, suas repercussões financeiras, e como o seu direito de escolher o regime de bens que mais lhe aprouver pode ser restrito pelo Estado.

Assim, este artigo se preocupou em um primeiro momento em explicar quais as características do casamento, porque o Estado está tão presente dentro dessa instituição, para em seguida se deter nas possibilidades de regimes de bens previstos pelo legislador, seus conceitos e principais aspectos. O terceiro momento do trabalho é reservado para entendermos a relação entre as uniões septuagenárias e o previsto pelo art. 1.641, II, para em seguida, conhecermos a súmula 377 do STF. A última parte é reservada para discutirmos a possibilidade de tal entendimento jurisprudencial ser afastado mediante um pacto antenupcial.

1. Principais aspectos do casamento

A Constituição da República, promulgada em outubro de 1988, trouxe diversas inovações em seu texto, sendo uma das mais marcantes a ampliação do conceito dado à entidade familiar. Dessa maneira, ao contrário do previsto pelas Constituições anteriores, não apenas a família advinda de relações matrimoniais recebe proteção legal, mas também os vínculos monoparentais e as uniões estáveis.

Ainda que não haja nenhuma hierarquia entre os diferentes tipos de famílias, e o art. 266 da CR/88 apenas elenca as distintas maneiras como as entidades familiares são formadas, ainda existe no meio social uma maior valorização do casamento.

Maria Berenice Dias (2015, p. 145) alerta para o fato de que o legislador infraconstitucional, ao elaborar o Código Civil, em vigência desde 2003, privilegiou o casamento, seja na maneira mais pormenorizada com que é tratado, ocupando mais de 100 artigos do diploma legal, ou pelo modo apressado com que a união estável foi tratada pelo legislador.

Apesar de existirem muitas situações de fato dentro da sociedade que constituem entidades familiares, é necessário voltarmos nossa atenção para o casamento, tendo em vista as repercussões patrimoniais que tais relações trazem.

Desse modo traçaremos as principais características desse instituto social, para que possamos entender o objeto deste trabalho, qual seja, o regime de bens imposto às uniões septuagenárias, conforme preceitua o art. 1.641, II do Código Civil.

O conceito de casamento é amplamente discutido pela doutrina, são várias as tentativas conceituais. Tendo em vista o silêncio da lei, que não oferece a definição do que seja casamento, mas apenas delimita suas condições de validade e eficácia, coube aos estudiosos do Direito tentar defini-lo.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 39-41) traz uma extensa lista de renomados juristas e suas diferentes acepções de casamento. O autor justifica que como instituição social, o casamento se modifica de acordo com o tempo e povo.

Mas, apesar da multiplicidade de conceitos, o autor se filia a definição dada por José Lamartine Corrêa de Oliveira, que considera casamento:

[...] o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida (GONÇALVES, 2012, p. 40).

Paulo Lôbo (2011, p. 99) argumenta que devido a longa tradição de exclusividade do casamento, essa é a entidade familiar mais importante no Brasil. Ou seja, os vários anos em que o casamento configurou como a única hipótese de entidade familiar pela lei brasileira, fez com que até hoje sua posição seja privilegiada entre as demais entidades familiares.

Para tal autor casamento pode ser definido como “[...] um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado (2012, p. 99).”

Lôbo expõe de maneira clara as peculiaridades do casamento frente às outras entidades familiares, pois ao contrário da união estável que se constitui como um fato social, que não depende da chancela do Estado, o casamento só é considerado válido e eficaz se atendido todos os requisitos impostos pela lei e se realizado com a anuência do Estado.

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (*consensus facit matrimonium*), além da oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público). As demais entidades familiares são constituídas livremente, como fatos sociais aos quais o direito empresta consequências jurídicas. Por isso que a prova destas, diferentemente do casamento, localiza-se nos fatos e não em atos (LÔBO, 2012, p. 100).

Dias (2015, p. 147) chama a atenção para o fato de que, o legislador apesar de não definir casamento, declina sua finalidade: “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511, CC/02)”.

A autora também atenta para as repercussões que o casamento traz, sendo duas de maior impacto: a mudança do estado civil e as mudanças patrimoniais.

Mas, antes de nos dedicarmos a explicar de maneira mais detalhada esses aspectos, nos debruçaremos, de modo resumido, sobre a natureza jurídica do casamento e a maneira que deve ser celebrado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 41) não há consenso sobre qual a natureza jurídica do casamento. Existem três correntes: a) concepção clássica; b) concepção institucionalista e c) concepção mista.

Na primeira corrente o casamento é, indiscutivelmente, um contrato. Enquanto que para a segunda o casamento é uma instituição social, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador. A terceira concepção se chama mista, pois, entende que o casamento é um ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição, há quem o defina como um contrato especial, regido pelo Direito de Família.

Maria Berenice Dias (2015, p.150) defende a especialidade da natureza jurídica do casamento tendo em vista que “o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição (p.150).” Assim, a melhor aceção seria considerar o casamento como um negócio jurídico de Direito de Família.

Vemos então que, o casamento se origina da união de vontades dos nubentes, porém, para que a união seja reconhecida pelo Estado, deve obedecer as regras impostas pelo legislador.

Dessa maneira, o Estado admite duas formas de celebração do casamento¹: i) o civil (art. 1.512, CC/02) e ii) o religioso com efeitos civis (arts. 1.515 e 1.516, CC/02). Dias (2015, p. 150) alerta que ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido por apenas uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de sua validade e seus efeitos, bem como os efeitos da dissolução.

Para Paulo Lôbo (2012, p. 100) os planos de validade e de eficácia do casamento não se confundem. Para o autor a validade do casamento depende da junção

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

de dois requisitos: “a) manifestações de vontade concordes do homem e da mulher de estabelecer vínculo conjugal; b) declaração do juiz de direito, ou do juiz de paz, ou do ministro de confissão religiosa de que estão casados.”

O casamento, como já dito, impõe graves repercussões na vida dos cônjuges, sendo uma delas a alteração do estado civil, este é atributo da personalidade, sendo inclusive meio de qualificação, tendo significado tanto de ordem pessoal como social e patrimonial.

É o casamento que altera o estado civil, após o casamento a pessoa não será novamente solteira, podendo seu status civil mudar para divorciada ou viúva, se o casamento for dissolvido.

A condição de solteira, separada, divorciada ou viúva identifica a pessoa sozinha, que é proprietária de seu patrimônio, com exclusividade. Já a casada - a depender do regime de bens do casamento - não tem a disponibilidade de seus bens. Assim, quem pretende fazer qualquer negócio com outrem sempre precisa saber qual é o seu estado civil. Aos casados a lei impede a prática de determinados atos, havendo a necessidade da concordância do outro cônjuge. Não só quando da alienação de bem imóveis, mas também para a concessão de aval ou fiança é necessária outorga marital ou uxória (CC 1 . 64 7) (DIAS, 2015, p. 163).

Percebemos, portanto, que além do impacto na vida pessoal dos nubentes, a alteração do estado civil permite que os terceiros que façam com eles negócios, tenham maior segurança. Pois, tem imediata ciência se o patrimônio que possuem é particular, ou existe em condomínio com o outro cônjuge.

A copropriedade dos bens é outra principal repercussão que o casamento traz aos cônjuges. Com exceção do regime de separação de bens, todos os outros regimes trazidos pelo Código Civil de 2002 possuem como característica a comunhão dos bens adquiridos onerosamente após a união.

Dependendo do regime de bens eleito, os cônjuges perdem a titularidade exclusiva do seu patrimônio. Tornam-se coproprietários pelos próprios bens. Cabe um exemplo: ocorrendo o casamento pelo regime da comunhão universal de bens, perde o cônjuge a propriedade exclusiva de seus bens particulares. O outro cônjuge passa a ser coproprietário dos mesmos. Com exceção do regime ela separação voluntária de bens, em todos os demais regimes, depois do casamento, o que é adquirido por qualquer dos cônjuges, não lhe pertence com exclusividade (DIAS, 2015, p. 148).

Vemos, então, que mais do que a união de duas vontades, o casamento acarreta uma série de deveres e alguns direitos. O casamento altera o estado civil, o que traz consequências patrimoniais, sociais e pessoais. As repercussões patrimoniais do casamento também são muito importantes, tendo o legislador separado um título especial para tratar das possibilidades de regime de bens.

2. Regime de Bens

O reconhecimento pelo Estado de que tanto o casamento quanto a união estável são entidades familiares traz sérios efeitos jurídicos. Isso porque, segundo o que preceitua o art. 226, CR/88, a família é considerada a base da sociedade, e assim uma realidade que exige tutela jurídica.

É por isso que o diploma legal civil, qual seja o código civil de 2002, se preocupa em esmiuçar o instituto do casamento e em oferecer diretrizes quanto à união estável.

Entre os efeitos jurídicos decorrentes do casamento merece especial atenção as repercussões patrimoniais.

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das núpcias, fiquem definidas as questões atinentes aos bens e responsabilidades de cada consorte. A existência de acervos individuais e a aquisição de bens comuns faz com que sejam estabelecidos questões de ordem econômica sobre o domínio e da posse do acervo patrimonial, mesmo durante o casamento e união estável. São previstos regimes de bens: modelos pré-fabricados criados pelo legislador e disponibilizados a quem vai casar ou simplesmente viver juntos (DIAS, 2016, p. 228).

Assim, o legislador previu alguns modelos de regime de bens, que disciplinarão as questões patrimoniais, sucessórias e em casos de doações entre os cônjuges. Tais regimes são importantes durante toda a vida marital dos cônjuges ou companheiros, mas principalmente nos momentos em que as uniões são dissolvidas.

De acordo com Caio Mário (2014) a essência das relações econômicas entre casados reside, efetivamente, nos regimes de bens. O autor argumenta, ainda, que não existe casamento sem regime de bens, mesmo em países de economia socialista a

decisão de os cônjuges conservarem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos matrimoniais seria uma definição de regime de bens.

Pelo o que a lei brasileira estipula os nubentes têm plena liberdade para escolher o regime que lhes melhor servir, podendo escolher entre os que a lei apresenta, ou convencionando e criando um novo regime, desde que não afronte a lei.

A liberdade de estruturação do regime de bens, para os nubentes, é total. Não impôs a lei a contenção da escolha apenas a um dos tipos previstos. Podem fundir tipos, com elementos ou partes de cada um; podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes (LÔBO, 2011, p. 319).

Para exercer o seu direito de escolha os noivos deverão fazê-lo através de escritura pública, no caso do casamento através de pacto antenupcial². O pacto antenupcial deve ser feito no momento da habilitação para o casamento, ou seja, antes da sua celebração (art. 1640, parágrafo único), (PEREIRA, 2015, p. 610).

Porém, se os nubentes se mantiverem silentes, não optando por nenhum regime de bens, a lei decide por eles, impondo como regime legal de bens, o regime da comunhão parcial de bens.

Assim, existem o que a doutrina chama de regimes convencionais, que se originam do acordo entre as partes, e aquele que a lei atribui a quem não faz sua escolha. O regime legal se difere do regime obrigatório, no qual não há qualquer possibilidade de escolha.

Não há casamento ou união estável sem regime de bens. Senda assim, para as relações conjugais nas quais os cônjuges/companheiros não celebraram pacto antenupcial ou contrato de convivência, aplica-se o regime legal supletivo em face da inércia dos nubentes em se manifestarem de maneira diversa (arts. 1.640 e 1.725,CCB) (PEREIRA, 2015, p. 613).

² Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

O Código Civil prevê como regimes de bens: a) regime da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666, CC/02); b) regime da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671, CC/02); c) regime da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e d) regime da separação de bens (arts. 1.687 a 1.688).

Segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 232) a distinção entre os regimes se percebe mais facilmente com a identificação do número de conjunto ou massas que cada um deles compreende. Neste raciocínio, no regime da comunhão universal de bens só seria identificado um conjunto de bens, tendo em vista que todo o patrimônio (preexistente e adquiridos pelos cônjuges durante o casamento) compõe uma universalidade, que será dividida com a dissolução da união.

Ao passo que no regime da comunhão parcial de bens pode ser identificado três massas de bens, (1) os bens de cada um. (2) os bens do outro, adquiridos antes do casamento e (3) os aquestos, os bens adquiridos na vigência do casamento.

Quanto ao regime da separação de bens existirá dois conjuntos de bens, os bens de um e os bens do outro cônjuge, que não se misturam. Por fim, no regime da participação final nos aquestos poderão ser identificados cinco grupos de bens (1) os bens de um e (2) os do outro. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio próprio de um dos cônjuges; (4) o adquirido pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal durante o casamento (DIAS, 2016, p. 233). A seguir nos deteremos em cada um desses regimes, para melhor compreendê-los.

2.1 Regime da Comunhão parcial de bens

Sobre o regime disposto pelo art. 1.658 do Código Civil de 2002, Paulo Lôbo (2011, p. 341) faz as seguintes considerações:

O mais importante regime de bens, no direito brasileiro, por ser o regime legal dispositivo, conseqüentemente o mais disseminado na população, é o da comunhão parcial, aplicável a todos os casamentos que sejam celebrados sem pacto antenupcial. A partir da Lei do Divórcio, de 1977, o direito brasileiro optou pelo regime de comunhão parcial, que se caracteriza pela convivência de bens particulares e bens comuns, classificados principalmente em razão da data da celebração do casamento.

Assim, segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 245) o regime da comunhão parcial de bens segue uma certa lógica e dispõe de um componente ético: “o que é meu

é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um”. Dessa forma, a titularidade exclusiva dos bens particulares é preservada e é garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento.

O legislador não considerou a comunhão apenas dos bens do casal, como também os passivos, dívidas que passem a contrair no decorrer da sociedade conjugal.

A administração dos bens comuns cabe a ambos os cônjuges, salvo deliberação em contrário no pacto antenupcial, assim como a administração dos bens particulares será de responsabilidade de seus titulares.

2.2 Regime da Comunhão Universal de Bens

Há a possibilidade de os cônjuges, mais do que compartilharem suas vidas, façam do casamento uma comunhão de bens, para tanto, é necessário a existência do pacto antenupcial em que eles optam pelo regime da comunhão universal de bens (1.667 a 1.671), opção cada vez mais rara no Brasil.

O regime da comunhão universal de bens era o regime legal dispositivo até a Lei do Divórcio em 1977, que instituiu o regime parcial quando não há manifestação dos noivos.

Nesse regime, regra geral, todo o patrimônio é compartilhado, transformando-se em apenas um. Os bens particulares, os bens adquiridos a título oneroso, as doações ou heranças são dos dois, assim como dívidas passivas adquiridas por qualquer dos cônjuges antes ou durante o casamento.

É uma das espécies de regime de bens previstas no CCB suscetível de eleição pelos cônjuges ou companheiros, via pacto antenupcial ou contrato de convivência quando se tratar de união estável. O regime de comunhão universal significa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges ou dos conviventes e suas dívidas. E assim, os nubentes ou companheiros deixam de ter patrimônios particulares e passam a ser meeiros de um patrimônio comum, com exceção dos bens elencados no art. 1.668 do CCB (PEREIRA, 2015, p. 611).

É o art. 1.668 do CC/02 que estipula exceções a esse regime que tem por regra a comunhão de todos bens, são exemplos dessas exclusões: a) os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; b) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada

a condição suspensiva; c) III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum e d) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

2.3 Regime da Separação de Bens

O Código Civil de 2002 é sucinto ao dispor sobre o regime da separação de bens, destinando a ele apenas dois artigos: arts. 1.687 e 1.688. Através de pacto antenupcial é possível que os nubentes optem pela total incomunicabilidade de seus bens. Permanecem, então, seus patrimônios completamente separados, o casamento não irá repercutir financeiramente na vida dos cônjuges.

Assim, as ações imobiliárias não necessitam da presença dos cônjuges, além de eles poderem alienar e gravar de ônus real os seus bens sem qualquer interferência.

Maria Berenice Dias (2016, p. 255) adverte que a restrição à comunicabilidade dos patrimônios não afasta a obrigação alimentar, que tem por base o dever de mútua assistência, independentemente do regime de casamento.

2.4 Regime da Participação Final nos Aquestos

O regime da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) é inovação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002, é considerado de pouca aplicabilidade no Brasil, por sua complexidade na aplicação. Sua implementação depende de pacto antenupcial ou contrato de convivência feitos através de escritura pública.

O regime de participação final nos aquestos é inovação do Código Civil de 2002, que suprimiu o regime dotal, tornado superado com o desaparecimento da família patriarcal. É regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, dotado de certa complexidade, por agregar elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo.

De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, da mesma forma que as dívidas que cada um contrai, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial (LÔBO, 2011, p. 358-359).

Com a dissolução do casamento, surge para os ex-cônjuges uma universalidade comunicável dos bens comuns e outra constituída dos bens próprios de cada um dos consortes. Os bens comuns serão repartidos, quando aos bens próprios de cada um, apurados, não haverá divisão, mas sim compensação.

2.5 Regime Obrigatório de Bens

Apesar, de a regra no diploma cível brasileiro ser a liberdade de escolha dos cônjuges ou companheiros em eleger o regime de bens que mais lhes agradar, existem algumas situações, em que o legislador munido de caráter protetivo, impossibilitou a escolha e ele mesmo impôs o regime a ser seguido.

As hipóteses apresentadas pelo art. 1.641 do Código Civil de 2002 são aquelas em que a lei considerou haver a possibilidade de desvantagens entre os cônjuges, não podendo eles mesmos escolherem o regime patrimonial de suas uniões.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Em que pese o legislador defender o caráter protetivo desse dispositivo legal, a doutrina é maciça em considerar que o inciso I é de caráter punitivo àqueles que desobedecem as advertências do Estado a que os nubentes se casem. Ao passo que a crítica sobre o inciso II está em seu caráter preconceituoso e discriminatório de que supor a senilidade de todos aqueles maiores de 70 anos. Por fim, o inciso III é criticado com o argumento que o suprimento judicial apenas permite que menores de idade, que não possuem recusa justificada dos pais, se casem, não existindo nada que os impeça de escolherem eles próprios seu regime de bens.

Ao impor o regime obrigatório de bens, o legislador determinou que as pessoas nas situações descritas pelo art. 1.641, CC/02 viveriam sob o regime da separação de bens, em que seus patrimônios não se comunicariam, restringindo as repercussões patrimoniais do casamento.

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal limitou a severidade desse regime, ao dizer que os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento seriam divididos entre os cônjuges³.

Há, ainda, resistência por parte da jurisprudência em adotar essa súmula, e ainda se discute a possibilidade de aplicação desse dispositivo legal às uniões estáveis.

Por se tratar do objetivo central deste trabalho, tal tema será tratado com mais vagar pelo próximo tópico, em que iremos discutir as posições da doutrina e da jurisprudência sobre tais imposições legais.

3. União septuagenária e o art. 1641, II, CC/02

Tem esse trabalho o objetivo de discutir a possibilidade de a obrigatoriedade do regime da separação de bens das uniões septuagenárias, dessa maneira nos cabe uma análise mais pormenorizada dessa previsão legal.

Como já dito o art. 1.641 tem como escopo prever as hipóteses em que a liberdade de escolha dos nubentes em decidir seu próprio regime de casamento será cerceada. Os defensores de sua aplicação argumentam pelo caráter protetivo do dispositivo, evitando que pessoas em posição de hipossuficiência se vejam prejudicadas patrimonialmente pelo casamento que não se encontra nas situações “ideais” dispostas pela lei.

Porém, a aplicação do referido artigo é majoritariamente criticada por toda a doutrina que veem em sua redação um posicionamento preconceituoso e restritivo. Em especial no que se refere aos nubentes maiores de 70 anos. É o que defende Pereira (2015, p. 614):

E inadequada a imposição de limite de idade para escolha do regime de bens do casamento. O fato de completar 70 anos de idade, por si só, não pode significar incapacidade de escolhas e prática de nenhum ato da vida civil, muito menos o estabelecimento de regras patrimoniais da relação conjugal. [...] não há razão de serem impedidos de decidir sobre a economia de sua própria vida. Tal restrição atenta contra a liberdade individual e fere a autonomia e dignidade dos sujeitos.

³ Súmula 377: No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento

Outra não é a posição de Caio Mario (2014, p. 233) que diz: “A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime de separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (protetiva) constitui-se em verdadeira incoerência”.

Existe, porém, uma situação que afasta de plano a aplicação do inciso II, do art. 1.641 do CC/02: que é os noivos terem constituído união estável antes do casamento, neste caso, eles poderiam escolher o regime de bens que desejarem.

Sobre a previsão legal, Dias (2016, p. 366) aponta para o absurdo da restrição aos maiores de 70 anos, quando argumenta que nas demais hipóteses legais (art. 1.641, I), existem, ao menos, justificativas de ordem patrimonial, sendo a restrição reversível. Essa possibilidade não é dada aos cônjuges idosos, que mesmo demonstrando a ausência de prejuízo financeiro, não se veem desembaraçados da restrição. A autora mostra que pela interpretação restritiva tal limitação não poderia ser imposta às uniões estáveis, mas devido a preferência por este tipo de união, em detrimento do casamento, a jurisprudência passou a impor a separação de bens também a união estável, limitando direitos.

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desprezar os princípios da igualdade e da liberdade (DIAS, 2016, p. 367).

Os argumentos que comprovam a desproporcionalidade ou mesmo desnecessidade de tal limitação por parte do legislador são vários. Na sociedade em que vivemos, não há sentido em determinar uma idade máxima em que as pessoas possam escolher se casar, e privá-los de qualquer direito atribuído ao matrimônio é discriminatório e desarrazoado.

4. A súmula 377

A estipulação do regime obrigatório de bens aos nubentes considerados idosos, até 2010 atingia os que possuíam 60 anos ou mais, e hoje considera os maiores de 70 anos, já era prevista pelo art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916.

Diante das rigorosas e irreversíveis consequências do regime obrigatório de separação de bens, o Supremo Tribunal Federal, em 1964, editou a súmula 377, que determina que os bens obtidos de maneira onerosa na constância da união serão

partilhados. Com essa decisão da Suprema Corte, na existência de aquisições durante o casamento, o regime vigente será na prática o da separação parcial de bens.

Durante os vários anos em que essa orientação do STF se mantém vigente, houve divergências a respeito se deveria haver provas do esforço comum na aquisição do bem, existindo decisões que afastaram a divisão do bem, se havia emprego de patrimônio de apenas um dos cônjuges.

Porém, segundo a jurisprudência mais recente, prevalece o entendimento de que “no regime de separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum” (STJ – 3ª Turma, AgRg no AREsp. nº 650.390-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.10.2015, DJe de 03.11.2015).

Assim, consolidou-se o entendimento de que nos casos previstos pelo art. 1.641, II, CC/02, o regime obrigatório de bens será equivalente ao que constituiu três conjuntos de bens: a) os de um cônjuge; b) os do outro cônjuge e c) os bens dos dois.

5. A possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF, mediante pacto antenupcial nas uniões septuagenárias

Diante das considerações já apresentadas, a questão sobre a aplicação da súmula 377 do STF às uniões septuagenárias foi considerada superada, tendo em vista sua aceitação por parte dos magistrados brasileiros.

Entretanto, recente Provimento 08/2016, da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, de 30.05.2016 (DJe. de 01.06.2016, pp. 68-69) dispõe sobre o afastamento da reportada Súmula 377 do STF, quando se determina: 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” e; b) “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” (Artigo 1º).

Em conjunto à publicação desse Provimento tem-se o artigo escrito por Zeno Veloso “Casal quer afastar a Súmula 377”, publicado em maio passado, no jornal O Liberal, de Belém do Pará, onde o jurista apresenta o caso em que um casal, o homem com 71 anos de idade e a mulher com 60 decidiram se casar. Com esta resolução

procuraram um cartório de registro civil para dar início ao processo de habilitação, queriam que o regime de bens do casamento fosse o da separação convencional, para haver completa separação de seus patrimônios.

Porém, o funcionário do cartório explicou que o casal se encontrava na hipótese prevista pelo inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, devendo o regime do casamento ser o obrigatório. Devido a profissão de ambos, atuantes no mercado imobiliário, que leva a necessidade de aquisição de imóveis para posterior vendas, a aplicação da súmula 377 do STF resultaria em um “desastre econômico, por no final das contas, o regime da separação obrigatória, temperado pela referida Súmula, funcionar, na prática, como o regime da comunhão parcial de bens”.

Os nubentes, então procuraram o jurista para um parecer, diante da vontade de firmarem um pacto antenupcial que afastaria a incidência da Súmula 377 e possibilitaria a escolha pelo regime da separação convencional de bens. Veloso opina que não considera “o enunciado da Súmula seja matéria de ordem pública, represente direito indisponível, e tenha de ser seguida a qualquer custo, irremediavelmente”.

Com o intuito de solucionar o caso apresentado, questiona a Confraria de Civilistas Contemporâneos sobre a possibilidade de se afastar, por escritura pública, a incidência da súmula 377.

Em 25 de maio de 2016, no site Migalhas, Flávio Tartuce, membro da referida Confraria, apresenta respostas ao questionamento através do artigo *Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial*.

Estamos total e unanimemente filiados à opinião de Zeno Veloso, levando-se em conta a *opinium* daqueles que se manifestaram no nosso grupo. De início, sem dúvida, a Súmula 377 do STF — do remoto ano de 1964 —, traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes, não só no casamento, como na união estável (2016, s.p.).

O artigo é corroborado por variados juristas, que possuem dentro do campo do Direito ilibadas reputações no que tange à defesa dos direitos das famílias, e o estudo de novos campos de atuação. Dessa maneira, a posição de Tartuce no artigo indigitado é indispensável para entendermos a maneira como esse assunto deve ser encarado dentro do cenário jurídico contemporâneo e de acordo com juristas que têm o Direito de Família como seu principal campo de atuação. É por isso, que a resposta dada por

Tartuce ao questionamento de Veloso sintetiza de maneira irretocável o objetivo deste artigo:

Em suma, mestre Zeno Veloso, sim, podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da súmula 377. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (art. 1.653 do CC/2002) (2016, s.p.).

Vê-se, muito claramente, então, que a ingerência injustificada do Estado em assunto de caráter disponível, tal como patrimônio, deve ser afastada através dos meios previstos pela própria lei. A possibilidade de o pacto antenupcial afastar a incidência da Súmula 377, do STF, busca oferecer àqueles que tiveram seu direito de escolha podados, sem justificativa pertinente, uma oportunidade de exercerem seu direito, e não verem mais sua dignidade ferida.

Considerações Finais

Nosso objetivo, neste trabalho, foi analisar através de pressupostos teóricos e legais a possibilidade de afastamento da súmula 377, do STF às uniões septuagenárias mediante pacto antenupcial, por aquela ofender diversos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, filiamo-nos, principalmente, a autores de grande relevância no meio do Direito de Família, que possuem uma metodologia mais voltada ao bem estar familiar do que ao breve comento das leis. Assim, utilizamo-nos dos ensinamentos de Dias (2016), Pereira (2015), Tartuce (2016) entre outros.

Nossas análises sobre o tema permitiu-nos ver que a ingerência do Estado sobre alguns assuntos, como a determinação do regime de bens em virtude da idade dos nubentes é desarrazoada e desnecessária. Pois, no contexto social em que estamos inseridos o marco temporal de 70 anos não é mais suficiente para determinar a incapacidade mental, e inaptidão de conduzir a própria vida e decisões.

Desse modo, a pretensa proteção estatal em um assunto de caráter totalmente disponível, qual seja, patrimônio, não deveria ser mantido, sendo amplamente criticado pela doutrina, que percebe um caráter inconstitucional no texto do art. 1.641, II.

Segundo tais doutrinadores, é também absurdo o entendimento da nossa Suprema Corte, em através da súmula 377, prever o regime da separação parcial de bens àquilo adquirido onerosamente durante a união.

Deveria as partes terem o direito de escolherem por si mesmas, o regime que mais lhe aprouver, e não existindo tal possibilidade em virtude da vedação legal, não deveria o STF impor nosso regime.

Dessa maneira, vislumbramos, no decorrer desse trabalho, a possibilidade de os noivos, através de pacto antenupcial, afastarem a incidência da súmula 377 do STF, optando por serem regidos apenas pelo regime obrigatório de bens, previsto pela lei, ou seja, o regime da separação de bens.

Referências

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. (2002). **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 377**. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 14 set. 2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Tartuce, Flávio. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI239721,61044-Da+possibilidade+de+afastamento+da+sumula+377+do+STF+por+pacto>>. Acesso em 15 set. 2016