

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

FELIPE CUNHA DE ALMEIDA

**VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA FACE À
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010 E O REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA POR IDADE.**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul para a obtenção
do título de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos
Silveira Noronha.

Porto Alegre

2015

FELIPE CUNHA DE ALMEIDA

**VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA FACE À
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66/2010 E O REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA POR IDADE.**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul para a obtenção
do título de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos
Silveira Noronha.

Banca Examinadora

Professor Dr. Carlos Silveira Noronha
Orientador

Professora Dra. Claudia Lima Marques

Professor Dr. Bruno Miragem

Professor Dr. Cristiano Colombo

Dedico este trabalho a Franciele Schenini, minha esposa que, além de ter acompanhado a minha longa e disputadíssima batalha na aprovação do processo seletivo deste Mestrado, sempre entendeu e apoiou o meu esforço para a realização deste sonho.

Meus mais profundos e sinceros agradecimentos ao Professor Dr. Carlos Silveira Noronha, meu orientador, pelos ensinamentos, conselhos, ou seja, pela experiência, conhecimento e carinho transmitidos ao longo desta jornada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Igualmente são estendidos os agradecimentos e homenagens à Professora Dra. Claudia Lima Marques, também pelo conhecimento, aprendizado e paciência que teve comigo ao longo do curso. De mesma e relevante importância, o Professor Dr. Bruno Miragem é merecedor de todo o agradecimento e admiração. Três juristas do mais alto grau, que realmente fazem a diferença e que, por essas obras do destino, tive a honra e o prazer de conhecer, e de ter como Mestres e inspiração. Muito obrigado, de coração!

“Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo”.

Clóvis Beviláqua.

“O matrimônio não é só relação jurídica, mas – e antes de tudo – relação moral”.

Pontes de Miranda.

Resumo

O trabalho aborda a restrição à autonomia a privada frente o divórcio à luz da Emenda Constitucional n. 66/2010, enfrentando a questão referente à manutenção, ou não, da separação judicial e extrajudicial em nosso ordenamento, bem como à imposição do regime da separação obrigatória de bens imposta aos maiores de setenta anos, sob uma perspectiva científica, a partir de estudo pela busca da interpretação adequada, tendo como norte o viés constitucional. A primeira parte traça uma visão da família, os seus princípios, diferenciando a autonomia da vontade da autonomia privada, e a sua aplicação no Direito de Família. A segunda parte aborda os institutos da separação e do divórcio, os seus efeitos pessoais e patrimoniais, relacionando-os com a influência que o ordenamento jurídico brasileiro sofre do Direito Canônico. A terceira e quarta parte enfrenta, respectivamente, a polêmica que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 traz em relação ao instituto da separação judicial (suprimido ou mantido em nosso Direito), bem como a imposição do regime da separação de bens imposto aos maiores de setenta anos, em decorrência desta idade mínima. A quinta e última parte apresenta questões convergentes que se aplicam simultaneamente à Emenda bem como ao regime de bens estudado, traçando um paralelo sob a ótica dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, seguidos da constitucionalização do Direito Civil, lastreado pela Teoria do Diálogo das Fontes aplicada ao Direito de Família, no sentido de busca por uma interpretação das normas analisadas, em sintonia e harmonia com a Constituição Federal.

Palavras – chave: Autonomia privada – Princípios do Direito de Família – Separação e divórcio – Regime de bens - Emenda Constitucional nº. 66/2010 – Separação de bens – Art.1.641 inciso II – Código Civil – Regime da separação obrigatória - Constituição Federal – Proteção da família - Dignidade da pessoa humana – Igualdade – Interpretação – Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This paper addresses the restriction of autonomy to private front divorce in the light of Constitutional Amendment. 66/2010, facing the question of the maintenance, or not, of judicial and extrajudicial separation in our system, and the regime's imposition of compulsory separation of property imposed on over seventy years under a scientific perspective, from study the search for adequate interpretation, with the north the constitutional bias. The first part provides an overview of the family, its principles, differentiating freedom of choice of private autonomy, and its application in the Family Law. The second part deals with the separation and divorce institutes, their personal and financial effects, relating them to the influence that the Brazilian legal system suffers from the Canon Law. The third and fourth part faces, respectively, the controversy that the Constitutional Amendment. 66/2010 brings against the Office of judicial separation (deleted or kept in our law) as well as the regime's imposition of property tax for over seventy years, because this age. The fifth and final part presents converging issues that apply simultaneously to the Amendment and the studied property regime, drawing a parallel from the perspective of the principles of equality and human dignity, followed by a constitution of civil law, backed by Theory Sources of dialogue applied to the Family Law in order to search for an interpretation of the analyzed standards in line and harmony with the Constitution.

Keywords: Private autonomy - Family Law Principles - Separation and Divorce - System of goods - Constitutional Amendment. 66/2010 - Separation of goods - Art.1.641 item II - Civil Code - mandatory separation scheme - Federal Constitution - Protection of the family - Human dignity - Equality - Interpretation - Precedent no. 377 the Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. FAMÍLIA	15
1.1 Princípios do Direito de Família.....	18
1.2 Autonomia privada.....	27
1.3 Autonomia privada e Direito de Família.....	32
2. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	37
2.1 Efeitos pessoais e patrimoniais.....	43
2.2 Regime de bens.....	45
2.3 Influência Direito Canônico nas relações matrimoniais.....	48
3. Emenda Constitucional nº. 66/2010.....	62
3.1 Separação judicial e o entendimento jurisprudencial.....	80
3. 2 Estado laico e respeito às crenças e religiões.....	87
4. IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE SETENTA ANOS	90
4.1 Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal.....	104
4.2 União estável iniciada e reconhecida cujo um dos companheiros tem idade mínima de setenta anos.....	112
4. 3 Discriminação em razão da idade.....	116
4.4 Boa-fé objetiva e presunção.....	120
5. MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO E A NÃO OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS: ASPECTOS CONVERGENTES	123
5.1 Princípio da igualdade.....	125
5. 2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	130
5.3 Inconstitucionalidade da supressão da separação e da imposição ao regime de bens em razão da idade.....	133
5. 4 Constitucionalização do Direito Civil: buscando o ideal de proteção em nível de direitos fundamentais nas relações privadas.....	145
5.5 Diálogo das Fontes.....	148
6. CONCLUSÃO	150
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal confere proteção ímpar à família, como observamos da leitura do *caput* do art. 226.¹ Portanto, é merecedora da devida tutela jurídica. Ao Direito de Família cabe “a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre seus bens”.²

A Carta acima referida, por sua vez, também “[...] erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana [...]”, ou seja, a “[...] colocou como centro das preocupações do ordenamento jurídico [...]”.³

Em 13/07/2010 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº. 66/2010, alterando a redação do parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo os prazos então previstos, para se alcançar o divórcio. Por sua vez, em 09/12/2010, através da Lei nº. 12.344, o então regime da separação obrigatória por idade, para os maiores de sessenta anos, sofreu alteração quanto limite mínimo, que foi aumentado para setenta anos, conforme art. 1.641, inciso II do Código Civil de 2002.

O referido inciso previsto na Lei Civilista há muito é alvo de críticas de diversos juristas, por, entre outras razões, limitar a vontade dos cônjuges na escolha do regime de bens que melhor lhes aproveitar. A seu turno, antes da entrada em vigor da referida Emenda, quando ainda tramitava como proposta de Emenda Constitucional, começou a causar discussões acerca da extinção da separação judicial e extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro. Após a sua inserção na Constituição, essa posição ganhou ainda mais força, mas, por outro lado, contrastada por parte da doutrina, que entende, defende e sustenta a manutenção da separação.

As duas normas acima referidas, em uma primeira leitura acerca de algumas interpretações parecem interferir decisivamente na liberdade, na autonomia privada do casal. Tal circunstância nos leva a estudar detidamente a Emenda nº. 66/2010 e o inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

Já nas primeiras impressões aos textos normativos mencionados, chamava-nos a atenção à clara restrição à liberdade, à vontade do casal, em escolher a modalidade do

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

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume 1: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 75.

³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC: ano 1: volume 4: outubro a dezembro de 2000*. São Cristóvão: Padma, 2000, p. 243.

que colocaria fim a sua relação, se pela separação judicial, extrajudicial ou divórcio, bem como para a escolha do regime de bens que melhor lhe parecesse adequado, em especial à hipótese de idade mínima. De tal sorte que em havendo as restrições que aqui serão analisadas e contextualizadas, enfrentaremos a problemática, no sentido de verificarmos quais as interpretações acerca do § 6^a do art. 226 da Constituição Federal bem como o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, possuem caráter científico, inerente ao estudo do Direito, às normas, à hermenêutica, com o objetivo também de buscar uma harmonização com a ordem jurídica, de forma ampla e contextualizada com os anseios da sociedade e princípios que regem o sistema.

Nossa justificativa para o estudo em questão busca considerar e valorizar a autonomia privada nas relações conjugais, no sentido de ser lhes oportunizada a escolha, em eventual rompimento da relação, pela separação judicial ou extrajudicial, bem como o regime de bens que melhor aproveitar os maiores de setenta anos.

Tomaremos por base a análise dos conceitos de liberdade e da autonomia privada. A explicação, inicialmente, para tanto, vem consubstanciada nas lições de Pontes de Miranda e de Rosa Maria de Andrade Nery. Assim ensinava Pontes de Miranda:⁴

O direito de família inspira-se em princípios de liberdade (relativa) de casar-se; liberdade (relativa) de separar-se judicialmente; liberdade, só excepcionalmente retirada, de *escolha* de regime matrimonial de bens e de pacto antenupcial; [...].

Rosa Maria de Andrade Nery, a seu turno, assim coloca a liberdade:⁵

A liberdade para formar família não se padroniza a luz dos olhos do Poder, mas dá sentido ao dever que se impõe ao Estado de resguardar os anseios de um grande *projeto de vida privada* chamado Família. Como a liberdade não é um *favor* do Estado em benefício do homem – mas um *valor* que condiciona e inspira a ação do Estado em favor da vida humana, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana – tem muita importância para a vida social e política brasileira a afirmação do art. 226 § 1º, da CF/1988, no sentido de que o casamento é *civil*.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume 1: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 78.

⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

Lafayette Rodrigues Pereira, ao ensinar sobre a divisão do Direito Civil, conhecida como Direitos de Família, asseverava que “tem por objeto a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família”, sejam no sentido de reger os bens, seja no sentido de reger as pessoas.⁶

As formas de dissolução do vínculo conjugal, deveres, culpa, são questões que entendemos estar enraizadas na sociedade, refletindo na família, a base de nosso Estado.⁷ Inclusive, como leciona Flávio Tartuce, “O estudo do fim da sociedade conjugal é um dos temas mais relevantes para a prática do Direito de Família”. A entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66/2010, segundo o autor ora referido, ocasionou um redimensionamento para este campo de estudo, sendo necessário um estudo detalhado de nosso ordenamento, com o objetivo de se verificar quais as categorias que foram extintas e quais as que permanecem no Direito de Família.⁸ A questão da obrigatoriedade da separação obrigatória em decorrência da idade mínima de setenta anos⁹, por sua vez, foi algo que sempre despertou a nossa atenção, e ao mesmo tempo a nossa surpresa, haja vista que não conseguimos entender a intenção do legislador, com a imposição de tal regime atualmente.

O nosso objetivo, portanto, é demonstrar os aspectos que fundamentam estes debates referentes ao instituto da separação jurídica e do regime obrigatório aos maiores de setenta anos (Emenda nº. 66/2010 e o art. 1.641, inciso II, do Código Civil), e a influência e reflexos na autonomia privada.

Dissemos antes que o estudo da autonomia privada será nosso ponto de partida para tratarmos a respeito das polêmicas envolvendo a Emenda e o regime da separação de bens em decorrência da idade. Até porque, segundo Francisco dos Santos Amaral Neto, o princípio da autonomia privada é fundamental para o Direito Privado, ou seja, reconhece-se, a partir da atuação do sujeito, a eficácia normativa; valoriza a liberdade individual e autonomia do agir.¹⁰

⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 1. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003, p. 35.

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. 8. ed. *Direito civil: volume 5: direito de família*. São Paulo: Método, 2013, p. 165-166.

⁹ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

[...].

¹⁰ NETO, Francisco dos Santos Amaral. Autonomia privada. In: *Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários; n.º. 1 (1997)*. Brasília: CJF, 1997, p. 26.

Savigny ensinava dizia que:¹¹

O direito de família tem muita semelhança com o estado da pessoa em si (a capacidade jurídica e a capacidade de agir, § 362) [...]. Por outro lado, considerações morais e religiosas, além de considerações políticas, exercem sobre esse direito uma grande influência. Por isso encontra-se em seu domínio muitas leis positivas que detêm um caráter rigorosamente obrigatório.

Como vemos, a frase transcrita do célebre jurista é precisa, ou seja, tratando do Direito de Família, observamos normas extremamente rigorosas, cogentes, mas que podem vir dotadas de caráter moral e até religioso. E, em atenção a esses dois últimos aspectos, podem ser relevantes para a contrariedade a determinadas normas, mesmo que obrigatórias às pessoas, como, no caso em estudo, a adoção do regime obrigatório aos maiores de setenta anos, e para o fim da separação judicial, no caso de assim interpretar-se o sentido da EC nº. 66/2010.

O tema transita, inicialmente, pela evolução histórica do instituto da família, com a análise dos princípios que a regem, passando pela autonomia da vontade e autonomia privada, no sentido de uma reflexão destes conceitos relacionados quando da imposição pela lei para aqueles que se casam com idade acima dos setenta anos, e também para aqueles que se desejam manterem-se separados, ou então virem a se separar, evitando o divórcio. Como mencionado, com a edição da Emenda Constitucional nº. 66/2010, parte da doutrina, que tem como expoentes Sílvio Venosa¹² e Maria Berenice dias¹³, vêm se posicionando no sentido de que há o fim do instituto da separação.

A limitação da autonomia privada no campo do Direito de Família, seja pela Emenda nº. 66/2010, seja pela pretérita imposição legal quanto ao regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos será o nosso objeto de estudo. De tal sorte que imprescindível uma análise crítica sobre o tema proposto, que incide diretamente na vida familiar e do cidadão, fazendo com que princípios como a igualdade, a proteção da família, a liberdade de crença, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, entre outros, sejam devidamente valorizados pelo ordenamento jurídico, em relação aos casos aqui

¹¹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema do direito romano atual: volume VIII*; trad. Ciro Mioransa. Ijuí: Unijui:2004, p. 260.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 631-632.

debatidos. Portanto, necessário fazer uma relação do entendimento doutrinário com o jurisprudencial, pois medida que visa a também contribuir com o andamento e desdobramento da dissertação.

Para tanto, será necessária a demonstração do instituto da abrangência do princípio da autonomia privada através de uma perspectiva histórica e contextualizada até o momento atual em nosso ordenamento jurídico. Também uma análise interdisciplinar do tema ora proposto, sob a ótica da filosofia, mais precisamente com lições acerca da autonomia privada e da vontade, sendo traçado um paralelo com as limitações a tal princípio, impostas pelo Estado. O tema será relacionado, ainda, com o princípio da dignidade da pessoa humana, como, nas sábias palavras de Miguel Reale, ensinando que tal princípio é a fonte de todos os valores, abandonando, assim, o Código Civil de 2002 o formalismo técnico-jurídico, assumindo sentido mais aberto e compreensivo.¹⁴

Se pudéssemos sintetizar os nossos anseios através de um objetivo questionamento, que nos motivou a elaboração, apresentação e defesa desta dissertação, seria o seguinte: 1) Como fica a questão da manutenção da separação no Brasil (seja judicial ou extrajudicial), em face da nova Emenda? 2) O divórcio é tão somente a única forma, na atualidade, de dissolução da relação conjugal? 3) É legítima e constitucional a imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos, limitando, então, a sua autonomia privada? 4) E, nesses casos de relacionamento entre pessoas de idade de setenta anos, na condição de companheiros, como fica o regime da separação, caso não tenha havido contrato, haja vista que a lei prevê, na ausência de opção de regime, a comunhão parcial, quando haja o reconhecimento de união estável? 5) Podemos entender como inconstitucionais a Emenda nº. 66/2010 e o inciso II do art. 1.641 do Código Civil? Cada pergunta desdobra-se em diversas análises, conceitos e institutos jurídicos e, através da evolução desta tarefa, receberá a devida e pertinente atenção.

O nosso objetivo através da presente dissertação é a busca da necessária sintonia em relação à manutenção da separação judicial e imposição do regime da separação obrigatória de bens, em razão da idade, para com a Constituição Federal, e o que representa a Carta Política em nossa sociedade. Valemo-nos, também, no sentido de reforçar a proteção que deve ter a família e os seus entes, de conceitos oriundos do

¹⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 179.

Direito do Consumidor, no sentido de se somar os esforços que o Direito Civil e o Direito de Família buscam junto à Constituição Federal, de estudos da Sociologia e Pedagogia, através da referida abordagem interdisciplinar, eis que a proteção aqui buscada é importante em qualquer ramo do Direito.

Temos a exata ciência e noção da dificuldade que teremos pela frente. Mas afinal, estamos buscando contribuir para uma melhor interpretação de duas normas existentes em nosso Direito: a Emenda Constitucional nº. 66/2010 e o art. 1.641, inciso II, do Código Civil. Karl Larenz auxilia-nos: ¹⁵

O Direito é um objecto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a filosofia do Direito. Não pode, por exemplo, responder à questão de se deverá o juiz contentar-se com uma correta (independentemente do que por tal se entenda) aplicação das normas previamente dadas ou procurar, para além delas, uma solução do litígio justa – e em que é que poderemos reconhecer se uma decisão é justa. E como em todo o caso a Jurisprudência trata *também* da compreensão de textos – leis, decisões jurídicas, assim como de contratos e declarações negociais de privados – por maioria de razão reveste-se a hermenêutica, a doutrina da compreensão, relativamente a esse domínio da actividade do jurista, da maior importância, quando não de um alcance por si só decisivo.

Nossa preocupação, portanto, tem relação direta com os efeitos que ordenamento jurídico projeta e reflete diretamente na pessoa, no ser humano, afinal, questões morais, religiosas e históricas serão aqui abordadas e podem contraditar tanto com o inciso II do art. 1.641 do Código Civil, tanto com a EC nº. 66/2010. Nas palavras de Kant trazidas por Michael J. Sandel, “a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou qualquer outra finalidade”, muito pelo contrário: “ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas”.¹⁶

Portanto, eis o desafio que pretendemos lançar, aceitar, e sairmos vitoriosos, mas no sentido de, importante mais uma vez registrar, contribuir para com a sadia e necessária interpretação do ordenamento jurídico, o qual fazemos parte todos nós, e com a grande probabilidade, no futuro, de sermos alvos de uma ou outra dessas normas.

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. LAMEGO, José (trad). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 4.

¹⁶ SANDEL, Michel. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 09.

1. FAMÍLIA

Afirma Álvaro Villaça Azevedo que o Direito de Família “repousa suas bases em sua mais cara instituição, a família”. Várias teorias buscam explicar a origem da família, todavia, o autor salienta ser tarefa quase impossível em termos de uma real certeza.¹⁷

Segundo Pontes de Miranda, a palavra família era cercada de uma diversidade de conceitos, em especial no Direito Romano. Poderia ser usada em relação às coisas no sentido de designar o patrimônio ou a totalidade dos escravos de determinado senhor. Mas a acepção também englobava o pai, a mãe, os filhos e os parentes em geral. Poderia dar, também, a idéia de uma reunião de pessoas sobre o pátrio poder, ou então de um chefe único.¹⁸

Eduardo Espínola afirmava que, em uma “acepção ampla, a palavra família compreende as pessoas unidas pelo casamento, as provenientes dessa união, as que descendem de um tronco ancestral comum e as vinculadas por adoção.” Já em um sentido mais restrito, a família compreende apenas os cônjuges e os filhos, da mesma maneira que o Direito Romano regulava. Ainda, a família subsiste em todos os países, sendo considerada pelos sistemas legislativos “como instituição necessária”, cujos fatores inspirados pela religião e pela moral são notados.¹⁹

Carlos Alberto Bittar ensinava que, dentro dos diversos grupos sociais, a família ocupa o lugar central, além de ser o berço, o núcleo formador da pessoa, “onde ela recebe educação, sustento e assistência, que lhe permite desenvolver a personalidade e estruturar-se para a consecução dos seus objetivos”.²⁰ Flávio Tartuce, ao discorrer sobre o princípio da função social da família, ensina que esta é a *celula mater* da sociedade e que, apesar de expressão antiga, revela-se apropriada e atual. Menciona o autor, para reforçar tal argumento, o *caput* do art. 226²¹ da Constituição Federal. Ainda, aduz também, em referência a Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, que a família

¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume 1: direito matrimonial*. ALVES, Wilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 58.

¹⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, BookSeller, 2001, p. 11-12.

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: O direito de família e a constituição de 1988. BITTAR, Carlos Alberto (coord). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 02.

²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

não é mais um fim em si mesmo, mas sim o meio social para a busca da felicidade nas relações com os outros.²²

A família, atualmente, é tida como a base da sociedade, inclusive constitucionalmente, e teve a sua formação inicial desde os primórdios da humanidade. Assim, desde então foram necessárias a adoção de regras e de comportamentos com o objetivo de disciplinar e preservar a vida, as funções, as garantias, os direitos e os deveres da célula familiar e daqueles que a constituíam e integravam.²³

Como ensina Carlos Silveira Noronha, analisando e discorrendo sobre a evolução da família, perante o Direito divino e o Direito Canônico, aquela é considerada pelas Escrituras como entidade de divino, e tem origem exclusivamente no casamento. A finalidade, também, é a de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher. O caráter sacramental do matrimônio (casamento religioso) foi reafirmado, pela Igreja, no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563. De tal sorte que o casamento é solidificado na *cellula mater*.²⁴ O Direito Canônico também é referido por Arnaldo Rizzardo, haja vista o comentário do autor no sentido de que “É fora de dúvida que o nosso direito de família teve ampla influência do direito canônico, o que se justifica pela própria tradição do povo brasileiro, formado, inicialmente, de colonizadores lusos”.²⁵

Acerca das teorias acerca da origem da família, Álvaro Villaça Azevedo apresenta- nos as seguintes, iniciando desta forma:²⁶

[...] a família assenta seus fundamentos no sistema poligâmico, em que um indivíduo possui muitos cônjuges ao mesmo tempo (um homem e várias mulheres, isto é, poliginia, organizando-se a família sob a forma patriarcal, ou uma mulher e vários homens, ou seja, a poliandria, organizando-se a família sob o tipo de matriarcado), entendendo outros tenha a família se constituído sob a base monogâmica, formada pelo par andrógino (um homem e uma mulher).

Contudo, há teoria que diga, ou melhor, “[...] que negue a própria existência da família nos primeiros tempos, pregando, como realidade inicial, a promiscuidade entre os seres humanos”, todavia, tal assertiva é considerada como improvável, seja pela

²² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 1064-1065.

²³ NORONHA, Carlos Silveira. As Contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: Sulina, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 84.

⁹ NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça*, v. 20, ano XXI, 1999, p.58-60.

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7.

²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

ciência seja pela sociologia. A justificativa, para tanto, é que, mesmo nos primórdios, registrou-se que “a família primitiva surgiu organizada em patriarcado, isto é, num sistema de mulheres, filhos e servos, sujeitos todos ao limite do pai”.²⁷ Mas relevante é o que justifica a teoria:²⁸

as mais antigas sociedades são inspiradas no respeito e no medo pelo homem sadio mais forte, e todo homem forte na luta pela existência é impelido pelo zelo sexual e se apodera da mulher com exclusão dos outros: a promiscuidade dos sexos e a poliandria são, pois, pouco verossímeis, ainda mesmo junto aos homens primitivos.

Paulo Lôbo ensina que a família foi alvo de profundas modificações acerca de sua função, natureza, composição e também de concepção, especialmente no século XX, através do Estado social. No plano constitucional, a progressiva tutela da família deu-se pelo interesse do Estado em decorrência de sua evolução, em que pese a sua anterior ausência. De tal sorte que:²⁹

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

O autor segue ensinando que, como a crise ocasiona a perda de fundamentos de um paradigma em virtude de um advento de outro, “a família atual esta matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade”.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça também eleva a família como a base da sociedade, nos termos do referido art. 226 da Constituição Federal: “A Constituição Federal consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado (art. 226).”³¹

²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03.

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03-04.

²⁹ Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

³⁰ Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

³¹ Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. DESLOCAMENTO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO.

1. A Constituição Federal consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado (art. 226). Contudo, a tutela à família não é absoluta. O deslocamento do servidor, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, exige a comprovação do atendimento às hipóteses taxativamente previstas pela legislação.

1.1 Princípios do Direito de Família

Como referido na introdução deste trabalho, tanto a separação judicial ou extrajudicial como o regime de bens obrigatório aos maiores de setenta anos refletem, diretamente, no campo do Direito de Família, ou seja, são legislados e regulados para esse ramo do Direito.

Antes, importante referir que, quanto aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, os inserimos em dois subcapítulos próprios (subcapítulos 5.1 e 5.2, respectivamente), de tal relevância que também têm para a nossa dissertação. Iremos enfrenta-los quando discorreremos sobre aspectos convergentes que servem de base para o enfrentamento conjunto da temática envolvendo a Emenda nº. 66/2010 e a imposição do regime de bens.

A nossa intenção ao discorrer sobre os princípios, seja no Direito de Família, seja no Direito de forma geral, tem o objetivo de efetivar e alertar, ainda mais, sobre a necessária proteção que tem aquele ente, bem como preservar a liberdade e a autonomia dos que o compõem, especialmente o casal, bem com seus filhos, seus ascendentes. É que entendemos que a inobservância dos princípios logo a seguir estudados podem refletir diretamente para além do casal. Sobre a importância da família já ressaltava Antônio Chaves:³²

Desnecessário realçar o relevo da família como célula fundamental de qualquer nação bem organizada. Ela constitui mesmo – na observação de Fernando Fueyio Laneri – a base e a pedra angular do ordenamento social não somente porque compõe o grupo natural e irreduzível que tem por missão especial garantir a *reprodução* e a *integração* da humanidade por gerações e séculos, mas porque também em seu seio se formam e desenvolvem os mais elevados sentimentos.

2. O art. 36, inc. III, alínea "a", da Lei n. 8.112/1990 ampara o deslocamento para acompanhar cônjuge ou companheiro que também seja servidor e que tenha sido deslocado no interesse da Administração, não sendo este o caso da recorrente.

3. A servidora em questão, quando da posse no cargo de Agente de Polícia Federal, tinha ciência de que poderia não ser lotada no Estado onde seu cônjuge exercia atividade, sendo inviável agora requerer direito não amparado por lei.

4. Incide à presente espécie o disposto na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 643001/CE. Rel: Min. Og Fernandes. Julgado em: 15/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255331&sReg=200400301231&sData=20130830&formato=HTML>. Acesso em: 29 mar. 2014).

³² CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: volume 5: direito de família: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 20.

Orlando Gomes apontava a influência do privatismo doméstico, dizendo que, em especial no Direito de Família, o então Código Civil de 1916 incorporou certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico. Segundo o referido mestre, apesar da dureza de certas disposições do direito português, a nossa legislação tratou de fazer um abrandamento, baixando certo espírito de tolerância, no sentido de estimular interpretações liberais. Pontes de Miranda, em 1928, afirmou que o Código Civil condensa um direito mais voltado, preocupado, com o círculo social da família (ainda que despoticamente patriarcal) de que com os círculos sociais da nação; voltado à justiça social.³³

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy é de fundamental relevância a correta distinção entre princípios e regras. Para o presente estudo, idêntica importância se faz presente, eis que influencia diretamente a dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, bem como o direito de proteção³⁴. Concordamos integralmente com o autor, afinal, as restrições impostas ao maiores de setenta anos de idade, pelo regime da separação, bem como aqueles que pregam o fim do instituto da separação judicial e extrajudicial, além afrontar direito fundamental, como o da igualdade, também afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que acaba por interferir no íntimo das pessoas, obrigando-as, também, a se curvarem a um ordenamento jurídico que as trata diferentemente, mas sem qualquer razão fundamentada, e contrária à Constituição Federal.

Embora pareça ao leitor, à primeira vista, a expressão *marco* como redundante quando nos referimos à Carta Política, o nosso sentir, claro que respeitando as posições em contrário (e que são várias, diga-se de passagem), entendemos que a Constituição não tem sido devidamente relevada, quando da análise dos fundamentos acerca das questões envolvendo o tema em questão.

Pela legislação transcrita e contextualizada no presente trabalho, e trazendo tais dispositivos para o Direito Constitucional, a nossa Carta Política é a Lei Maior, portanto, todas as normas que integram o ordenamento jurídico devem estar em sintonia

³³ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 9, ano IV, Porto Alegre, 1979, p. 13-14.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 85.

com aquela, sob pena de invalidade, e em razão da supremacia da Constituição Federal³⁵.

Carlos Roberto Gonçalves leciona sobre os princípios básicos identificados no Código Civil, como sendo, respectivamente, a socialidade, a eticidade e a operabilidade:³⁶

O princípio da *socialidade* reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.

O princípio da *eticidade* funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Prioriza-se a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos.

O princípio da *operabilidade*, por fim, leva em consideração que o direito é feito para ser efetivado, para ser executado [...]. No bojo da operabilidade está implícito o da *concretude*, que é a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, mas, tanto quanto possível, legislar para o indivíduo situado: para o homem; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar.

Cláudio Bonatto e Valério Dal Pai Moraes explicam a noção de princípio. Ensinam os juristas que se trata, também, de regras de hermenêutica fundamentais para o correto entendimento da lei; é necessário um norte para o entendimento das regras lá previstas³⁷. Mesmo que os autores referidos tenham relacionado seu fundamento às relações de consumo, tais lições são precisas: “regras de hermenêuticas fundamentais”.

Os princípios exercem uma função social básica, ou seja, são padrões teleológicos do sistema, servindo de base para a melhor interpretação e significado das regras. Há grande significado para os princípios no sentido de se buscar a correta interpretação constitucional e de todo o sistema jurídico. Ponderam, todavia, que a interpretação jamais pode ir contra a lei, mas sim oposta à literalidade dela, quando os seus termos rígidos afrontarem o sistema como um todo³⁸.

De modo que, em se tratando de Direito, entendemos que a base (Constituição) de determinada norma, de um pensamento, fundamento, precedente, decisão, deve vir,

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 46.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume I: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43-44.

³⁷ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27-29.

³⁸ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,

em um primeiro lugar, justificada através de determinados princípios que regem a discussão, para, então e em seguida, partimos para a lei.

Em se tratando de princípios, mister trazer, a respeito deste tema, as lições de José Afonso da Silva. Ensina o mestre que a palavra princípio é equívoca, pois aparece com sentidos diversos. Indica, em um primeiro momento, início, começo, asseverando, assim, que a norma de princípio, ou disposição de princípio, tem o significado de norma que contém o início ou esquema de um órgão, programa ou entidade, da mesma forma que são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Todavia, ressalta o autor que não tem esse o sentido a expressão princípios fundamentais, em nossa Constituição Federal, mas sim o sentido de um mandamento nuclear de um sistema. Esta é a tradução da palavra princípio, para utilizarmos no direito constitucional³⁹.

Continuando com os ensinamentos do referido mestre, as normas:⁴⁰

são preceitos que tutelam situações objetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, às pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Segundo Maria Berenice Dias, é no Direito das Famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios trazidos pela Constituição Federal, e estão intimamente ligados ao atual conceito de família, portanto, desta não podem distanciar-se. Inclusive, para a sua devida aplicação, alguns foram transformados em direito positivo.⁴¹

Ainda, são reconhecidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a existência de princípios implícitos, ressaltando que, em matéria de princípios, não há hierarquia entre os explícitos e os implícitos. No entanto, há dificuldade em se quantificar ou tentar nominar todos os princípios atinentes do Direito das Famílias. Alguns, segundo a autora, não estão escritos nos textos da lei, mas têm seu fundamento

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 91.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 91.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

ético baseado no espírito dos ordenamentos jurídicos, visando a possibilitar a vida em sociedade.⁴²

Continuando, cada autor nos mostra uma quantidade diferente dos princípios, ressaltando a dificuldade de se encontrar um número mínimo em que exista consenso. Todavia, há elenco de onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do idoso e do adolescente, que seguem: a) reconhecimento da família como instituição básica e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226⁴³); b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; c) a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; d) igualdade jurídica dos cônjuges (CF 226 § 5⁴⁴); e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 §§ 3^o e 4^{o45}); f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF 226, § 6⁴⁶); g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado nos princípios da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (art. 226 § 7⁴⁷); h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF 227 § 6⁴⁸); i) proteção da

⁴² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

⁴³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁴⁴ [...]

§ 5^o - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...].

⁴⁵ [...]

§ 3^o - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4^o - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...].

⁴⁶ [...]

§ 6^o O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

[...].

⁴⁷ [...]

§ 7^o - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF 227); j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF 229⁴⁹); e k) proteção do idoso (CF 230⁵⁰).

Perspicaz a lição de Maria Berenice Dias quando alerta para os princípios gerais, estes aplicados a qualquer ramo do Direito, trazendo exemplos como os princípios da dignidade, da igualdade, da liberdade, da proteção integral da criança e do adolescente. E independentemente das situações que se verifiquem, serão sempre prevalentes, e não somente no campo do Direito das Famílias. Por outro lado, verifica-se a existência de princípios especiais, próprios das relações familiares e, segundo a autora, devem nortear a apreciação de qualquer questão que envolva o Direito das Famílias.⁵¹

Paulo Lôbo bem escreve e descreve sobre os princípios do Direito de Família: em especial o princípio da liberdade familiar:⁵²

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais; dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Através dos ensinamentos trazidos certos ao trabalho pretendido, tomamos como ponto de partida alguns princípios já elencados. Todavia, não temos qualquer pretensão de limitar os princípios e nem esgotar o seu elenco, mas, sim, torná-los parte integrante do tema, pela importância e pertinência que têm.

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...].

⁴⁹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁰ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 61.

⁵² Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

Ensinando sobre os princípios, Humberto Ávila afirma que a atividade do intérprete (seja o julgador seja o cientista) não consiste em apenas descrever o significado prévio constante em determinado (s) dispositivo (s). Mas a sua atividade “consiste em constituir esses significados”. Continuando, o mestre pondera que:⁵³

interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

De modo que conclui que o ordenamento jurídico estabelece a realização de determinados fins, busca a preservação de valores e a manutenção ou então a busca por determinados bens jurídicos, estes que são essenciais à realização daqueles fins e à preservação de valores. Portanto, não pode o intérprete desprezar esses pontos de partida; aí, portanto, reside a sua atividade de interpretação em uma atividade de reconstrução, com o objetivo de explicitar as suas versões de significado, em sintonia com os fins e os valores que não são mostrados completamente na linguagem constitucional”.⁵⁴

Adentramos no princípio da afetividade. A Constituição Federal apresenta um extenso rol quanto a direitos individuais e sociais, com o objetivo de garantir dignidade a todos. Como se não bastasse, o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Esse compromisso assumido é o de assegurar o afeto, ou seja, o primeiro a ser obrigado a assegurá-lo deve ser o próprio Estado, em que pese à expressão afeto não conste no texto constitucional. A união estável é característica marcante do afeto, tanto que adquiriu reconhecimento e foi inserida no ordenamento jurídico. E mais: o afeto foi consagrado em nível de direito fundamental, e tal consequência é, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos⁵⁵.

O afeto não guarda origem na biologia. Os seus laços derivam sim da convivência em família, e não do sangue. A título de exemplo, a posse de estado de filho traduz-se no reconhecimento jurídico do afeto, objetivando, deste modo, garantir a

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 52-54.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 52-54.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

felicidade, esta como direito de ser almejado. E mais: o afeto não é somente um laço que envolve integrantes de uma mesma família, ele tem uma conotação externa entre as famílias.⁵⁶

Concluimos que o afeto é bem jurídico relevante, no sentido de que pode sustentar ainda mais o argumento relativo à manutenção da separação judicial. Ou seja, optando pela separação, podemos concluir que o então casal não quer a ruptura do vínculo, até para manter o afeto e o equilíbrio nas relações familiares e para com os que as formam.

Outro princípio muito importante é o da solidariedade familiar. Entende-se como solidariedade o que cada um deve ao outro, e tem origem esse princípio nos vínculos afetivos. Compreende a fraternidade e a reciprocidade, e sua base é constitucional, conforme o preâmbulo da Constituição Federal.⁵⁷ Ainda, é imposto aos pais, quando do dever de assistência aos filhos, e o amparo às pessoas idosas, dentre outros, como a comunhão de vida, para o casamento, e no caso de alimentos⁵⁸.

O princípio da solidariedade familiar, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, retira do Estado o encargo de prover toda a gama de direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão. Exemplo desse raciocínio é o de que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuição da família, em um primeiro momento, os cuidados e deveres, conforme art. 227 da Constituição Federal.⁵⁹

Com base na doutrina de Maria Berenice Dias, quando esta assevera a existência da convivência familiar, no sentido de se buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção no seio da família, é que entendemos que a manutenção do instituto da separação é medida impositiva, pois não ocasiona o rompimento da relação, que pode refletir na família como um todo⁶⁰.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

⁵⁷ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

Mas ainda cabe referir e voltar, especialmente, ao princípio da igualdade jurídica dos filhos anteriormente referido, cuja Constituição Federal veda quaisquer discriminações (art. 227, § 6º). Ora, se à filiação é proibida a discriminação, entendemos que não se pode cogitar de discriminar os que queiram vir a separar-se, judicialmente ou extrajudicialmente. É que teremos, então, duas situações: separados judicialmente e extrajudicialmente e, após a nova norma constitucional, tão somente divorciados, ou então separados de fato. Por outro lado, não deve haver discriminação em relação à opção de bens para os maiores de setenta anos. Observamos que, segundo Rolf Madaleno ensina todas as pessoas têm o direito de casar, salvo as restrições impostas pelo Código Civil, em seu art. 1.521.⁶¹ O autor menciona, também, que existem diversos critérios quanto à proibição para o matrimônio e, para o caso de inobservância, as consequências são a invalidade, nulidade ou anulação do casamento.⁶²

Em relação aos impedimentos, quando verificados, a consequência, para o casamento, é o decreto de nulidade absoluta. A seu turno, as causas suspensivas, previstas pelo art. 1.523 do Código Civil⁶³, impõem a adoção do regime da separação obrigatória.⁶⁴ Todavia, a restrição exclusivamente por idade não se afina com o ideal de liberdade, de igualdade e, inclusive, não respeita o próprio planejamento familiar, circunstância esta que, como será abordada no próximo subcapítulo, interfere em um dos mais importantes princípios do Direito Privado, segundo a doutrina: o princípio da autonomia privada.

⁶¹ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁶² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

⁶³ Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

⁶⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

1.2 Autonomia privada

A autonomia privada é questão central deste trabalho, é sobre ela que buscamos a valorização da liberdade dos cônjuges em optar pela separação judicial, extrajudicial ou o divórcio, bem como deixar livre o casal para a escolha do regime de bens que melhor lhe satisfaça, especialmente para os maiores de setenta anos.

Pelas razões acima expostas, estudaremos, neste tópico, o seu contexto e a sua importância para o Direito Privado, de uma forma ampla, abstrata e, no tópico subsequente, a sua aplicação no âmbito do Direito de Família, ou seja, concretamente.

Clóvis do Couto e Silva ensina que o Direito moderno herdou do Direito Romano expressões técnicas. Todavia, ao lecionar sobre a autonomia da vontade, como tal conceito é conhecido nos dias atuais, não se revela legado de Roma.⁶⁵

Explica o mestre que se entende como autonomia da vontade a possibilidade, embora não ilimitada, conferida aos particulares no sentido de resolução de seus conflitos de interesses, de criar associações, de efetuar a troca de bens, de dinamizar a vida em sociedade. De tal sorte que as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.⁶⁶

Francisco dos Santos Amaral Neto encara a autonomia privada “[...] como princípio fundamento do Direito privado”. O jurista vai mais além, asseverando que o Direito Civil tutela interesses e as relações jurídicas de natureza privada. Há uma esfera individual de soberania, “[...] cujas principais manifestações são a liberdade, com referência à pessoa; a propriedade, com referência aos bens; e o contrato, com referência à atividade econômica dos indivíduos”. Resumindo, é o ramo que reconhece aos indivíduos regularem os seus próprios interesses.⁶⁷

José Abreu, por sua vez, afirma que a autonomia privada “[...] é, sem dúvida alguma, o sustentáculo do direito civil. Nela repousam os alicerces fundamentais do direito privado, de um modo geral, e do direito civil, em particular.”⁶⁸ Marcos Jorge Catalan conclui que a “autonomia privada autoriza o indivíduo a criar normas jurídicas,

⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 24.

⁶⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 24.

⁶⁷ NETO, Francisco dos Santos Amaral. Autonomia privada. In: *Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários; n.º 1 (1997)*. Brasília: CJF, 1997, p. 26.

⁶⁸ ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. *Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência: ano 1: volume: 1*. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1961, p. 24.

detentoras de eficácia plena no ordenamento, atando os particulares que a elas se obrigarem”.⁶⁹

Jorge Elias Nehme faz questão de ressaltar que a autonomia da vontade sempre sofreu algumas restrições, mesmo que mínimas. Assim, a exaltação da vontade soberana como fonte que cria relações jurídicas limita-se à ordem pública, haja vista que não se pode admitir que os interesses privados venham a se sobrepor aos interesses públicos, bem como que não possa nascer a injustiça ou ilegalidade das obrigações livremente contratadas. Dita preocupação, com origem nos séculos dezoito e dezenove, veio a se intensificar no século vinte, em decorrência do surgimento dos contratos massificados, onde a autonomia da vontade não se mostrava clara, bem como as condições estabelecidas mostravam-se de difícil entendimento para o leigo.⁷⁰

Para a elucidação e desdobramento da autonomia privada, quanto ao estudo ora proposto, mister enfrentar a diferenciação daquele instituto em relação à autonomia da vontade. Mas, antes de abordarmos este tópico, importantes são as lições de Vicente Ráo acerca do Direito e da coexistência social:⁷¹

A atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os seus bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento. [...]. O direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade, tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o estado do próprio homem”. E vai mais longe o mestre, ensinando que o Direito tende à proteção e ao aperfeiçoamento do homem. Todavia, para a realização deste fim, aquele não é considerado de forma isolada, mas, sim, relevado em o que denomina o autor de “estado de comunhão com os seus semelhantes, isto é, parte do todo social, a que pertence”.

Nos pensamentos de Kant tem origem a autonomia da vontade, e relaciona-se aquela com a vontade real de exercício de liberdade da pessoa. Assim, a autonomia da vontade é detentora de uma conotação subjetiva ou psicológica, haja vista que representa a verdadeira vontade do indivíduo. De tal sorte que o querer interno do ser humano tem de ter correspondência ao querer, ao que é declarado. Assim, os envolvidos

⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. In: *Scientia Iuris: Volume: 5/6: 2001-2002: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2001-2002, p. 435.

⁷⁰ NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007, p. 133.

⁷¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. SANDOVAL; Ovídio Rocha Barros (Atual). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

em determinada relação têm a nítida e plena consciência do que lhes melhor aproveita, podendo, desta forma, agir livremente.⁷² Savatier também estudou o tema, ensinando que a referida autonomia é princípio que direciona a criação do direito pela vontade humana.⁷³

Mas a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, segundo alerta Francisco dos Santos Amaral Neto:⁷⁴

Considera-se como ponto de partida que a autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, a meu ver, não se confunde, pois a expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto “autonomia privada” significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos.

O autor referido assevera que é comum associar-se a autonomia da vontade ao princípio da autonomia privada, e à capacidade que podem os entes privados firmar acordos bilaterais ou manifestações unilaterais de vontade. Todavia, a afirmação é de que são conceitos distintos, mas interligados. A autonomia privada guarda relação com o exercício pleno da liberdade da pessoa em decorrência, inclusive, da dignidade humana. Ainda, quanto ao Direito de Família, sempre houve uma maior intervenção do Estado nas relações familiares, circunstância esta que acaba impondo restrições à liberdade de ação dos cidadãos, com o objetivo de defesa da célula familiar, esta como valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana.⁷⁵

Gerson Luiz Carlos Branco também diferencia em relação à autonomia da vontade: seu fundamento encontra-se na:⁷⁶

[...] concepção de que o homem, por ser dotado de inteligência, é livre [...]. O homem toma suas decisões, pratica seus atos, através de

⁷² FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Revistya de Derecho Privado, 1969, p. 18.

⁷³ SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1947, p. 26.

⁷⁴ NETO, Francisco dos Santos Amaral. Autonomia privada. In: *Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários; n.º. 1 (1997)*. Brasília: CJF, 1997, p. 26.

⁷⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91.

⁷⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. In: *Direito e democracia: revista do centro de ciência jurídicas: ULBRA: volume I: número 1: 1º semestre de 2000*. Canoas: Ulbra, 2000, p. 97-98.

reflexões, os animais, por sua vez, estão presos a seus instintos. Em relação à autonomia privada, esta vinha direcionada [...] por um mercado livre da intervenção estatal, um mercado destinado à regulamentação privada e às próprias leis de mercado, no qual houvesse a livre disposição da propriedade. De modo que surge a concepção de que podem os sujeitos privados normatizar através de sua declaração de vontade, ou seja: [...] o particular passa a agir politicamente sobre a normatividade através de sua vontade.

Vicente Ráo, ao comentar sobre a liberdade, refere-se à Kant, trazendo os ensinamentos deste filósofo, especificamente a liberdade: “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de cada um pode harmonizar-se com o arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade”. Ainda, a doutrina de Krause: “a totalidade das condições dependentes da liberdade, para a consecução do próprio destino”.⁷⁷

Portanto, podemos concluir, neste momento e pelas lições trazidas, que o ser humano, de modo geral, é livre para estabelecer compromissos, pactos, ou seja, de viver como a sua consciência o leva, desde que respeitando, evidentemente, o ordenamento jurídico, o qual inserido. Todavia, quando este o tolher sem justificativa, deve insurgir-se como sujeito de direitos.

Como visto, a autonomia privada verifica-se na existência de atuação do indivíduo no âmbito do direito privado. Assim, é concedido àquele, enquanto próprio legislador dos seus interesses, espaço para desenvolver a sua atividade jurídica.⁷⁸ Conclusão a que se chega é que a autonomia privada é capaz de produzir regras de conduta, mas desde que obedecidos os limites impostos pela lei, de tal modo que os atos possuem previamente efeitos estabelecidos. A manifestação da vontade restringe-se apenas à escolha prática do ato, e não sobre as suas conseqüências.

Jörg Neuner elucida de forma peculiar o princípio ora em exame. Ensina o autor que, na Alemanha e por muito tempo, a proteção contra a discriminação era muito restrita, circunstância essa que, a partir de 2000, a União Européia promulgou quatro diretivas antidiscriminatórias. Duas relativas ao Direito do Trabalho e outras duas em face do Direito Privado. Tratam, por sua vez, da aplicação do “princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica”, sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Especificamente no caso da

⁷⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. SANDOVAL; Ovídio Rocha Barros (Atual). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

⁷⁸ AMARAL, Francisco. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 121.

Alemanha todas as diretrizes foram implementadas de uma só vez, quando promulgada a denominada Lei Geral de Igualdade de Tratamento.⁷⁹

Contudo, o mestre alerta que “Estas iniciativas legislativas encontraram, na Alemanha, massivas objeções científicas e político-jurídicas”. A questão da autonomia privada foi assim abordada:⁸⁰

Muitos autores falam até mesmo da “morte da autonomia privada”, a qual seria iminente por conta de tais medidas antidiscriminatórias. A autonomia privada não é, todavia, ameaçada por uma intervenção excessiva em direitos de liberdade, mas também por uma insuficiente consideração das condições materiais de liberdade, às quais também pertence, de modo essencial, a proteção diante da discriminação.

Prossegue o mestre alemão, em relação à autonomia privada e o seu conceito à análise frente a idéia de liberdade, diferenciando duas concepções básicas acerca do princípio da autonomia privada. A primeira guarda relação com a noção de liberdade formal, “que se caracteriza pelo fato de ser deixada ao próprio titular de direitos fundamentais a definição de liberdade e a decisão – tomada de modo autônomo”. Já em relação à segunda noção, a liberdade é considerada como “um conceito de liberdade materialmente forjado, que não leva em conta a liberdade pura e simples, mas sempre e tão somente “para o que”. É, portanto, direcionada à realização de determinados valores ou processos.⁸¹

A relativização da autonomia privada ocasiona com que esta permaneça, inclusive com valor independente e, por outro lado, consideram-se interesses legítimos de terceiros.⁸²

⁷⁹ NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: n.º. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 79-80.

⁸⁰ NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: n.º. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 80.

⁸¹ NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: n.º. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 82.

⁸² NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: n.º. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 84.

Nossa intenção, quando discorremos acerca da autonomia privada não é convencer o leitor de uma plena liberdade, sem limites e sem observar o Direito do outro: jamais será isso. Todavia e nos valendo da doutrina de Kant, quando ensina o filósofo que não somos donos de nós mesmos, mas sim “seres racionais merecedores de dignidade e respeito”⁸³, a restrição, a desvalorização da autonomia privada, especificamente quando obrigado ao regime da separação absoluta aos maiores de setenta anos e, para aqueles que sustentam o fim da separação judicial, com o advento da EC nº. 66/2010, é flagrante, injustificada, e inconstitucional, como acentuaremos mais adiante.

Registramos, porém, que não queremos nos utilizar da autonomia privada para burlar a lei, para não vê-la cumprida, muito pelo contrário: através do seu respeito, para a temática em questão, é que entendemos ver valorizada a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Portanto, passamos a seguir a analisar a incidência e as consequências do princípio aqui estudado no campo do Direito de Família.

1.3 Autonomia privada e Direito de Família

Gustavo Tepedino bem ilustra um maior alcance da autonomia privada no campo do Direito de Família quando assevera que o atual Código Civil possibilita a alteração do regime de bens, hipótese essa que dá “[...] maior liberdade aos cônjuges para regularem as suas relações patrimoniais de acordo com as circunstâncias e contingências supervenientes ao matrimônio”.⁸⁴

Arnoldo Wald e Priscila da Fonseca trazem a autonomia da vontade como princípio básico, eis que essa:⁸⁵

garante aos cônjuges a máxima liberdade na escolha do regime que considerarem preferível, podendo as partes aceitarem um regime típico com a regulamentação legal existente, ou modifica-los de acordo com as suas conveniências, desde que não sejam violadas normas imperativas referentes ao casamento e à estrutura da família.

⁸³ SANDEL, Michel. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 136.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões: Fev-Mar: 2008: Ano IX: nº. 2*. Belo Horizonte: Magister, 2008, p. 09.

⁸⁵ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164.

Rolf Madaleno ensina que a possibilidade de se exercer com amplitude a autonomia privada não caracteriza um poder absoluto, sem limites. Tal circunstância seria impensável, haja vista que nenhuma pessoa age completamente livre ou com total autonomia.⁸⁶

O Código Civil de 2002, na esteira da Constituição Federal de 1988, que elevou a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em face de interesses patrimoniais, passou por uma revisão dos seus conceitos e institutos, no sentido de uma despatrimonialização das relações familiares. Houve, portanto, uma maior valorização do indivíduo e suas conexões jurídicas.⁸⁷ Em que pese a assertiva ora trazida, entendemos que, especificamente, no tocante à obrigatoriedade do regime de bens, ela parece não estar em sintonia com a Carta, eis que, ao nosso sentir, não parece, em nada, valorizar o indivíduo, e sim, proteger, automaticamente, o seu patrimônio, frente ao pretense companheiro (a)/cônjuge.

No campo do Direito de Família, em sua evolução, Rolf Madaleno explica que houve um afrouxamento “das amarras que marcaram um intenso predomínio das normas de aplicação imperativa”. Os exemplos trazidos, a título de ilustração cuja ampliação da autonomia privada se revela, são a atual possibilidade de alteração do regime de bens já referida, mesmo que submetida à fiscalização judicial, circunstância esta que o anterior Código Civil vedava. A possibilidade de separação e divórcio extrajudiciais, a elevação da união estável a entidade familiar, de acordo com a Constituição Federal, demonstram esta evolução.⁸⁸

Rolf Madaleno aduz que tudo leva à conclusão do crescimento da liberdade de ação dos cônjuges e conviventes, considerados individualmente como pessoas. Não devem, é claro, negligenciar dos fundamentos basilares do núcleo familiar, de “ponderação maior e, cujos princípios sempre podem ser judicialmente solucionados quando surgir algum inconciliável conflito entre a pessoa e a sua célula familiar”.⁸⁹

Bruno Miragem e Clarissa Costa de Lima ressaltam, entre outros direitos, os de liberdade e de igualdade, inerentes à proteção da família, inclusive a nível constitucional:⁹⁰

⁸⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91.

⁸⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91.

⁸⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91-92.

⁸⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91-92.

⁹⁰ MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. *Revista de direito do Consumidor: ano 23: vol: 91: jan-fev/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2014, p. 87.

A proteção da família na Constituição de 1988 constitui projeção da dignidade da pessoa humana. A partir desta visão, a instituição jurídica da família, base da sociedade, como afirma o art. 226, do texto constitucional, é profundamente transformada a partir desta ordem constitucional. No âmbito das relações familiares, firmam-se os direitos de liberdade, igualdade e solidariedade social. Forma-se família mediante acordos de vontade, que nem precisam ser formalizados, afastando-se a noção de exclusividade do casamento.

Sérgio Gischkow Pereira, ao abordar a possibilidade da mudança de regime de bens, seja para casamentos celebrados antes do Código Civil de 2002, seja para os posteriores, acentua a seguinte característica do Direito de Família, e que, ao nosso sentir, privilegia autonomia privada, senão vejamos:⁹¹

[...] é fundamental característica do direito de família atual o aspecto afetivo ou amoroso. As interpretações devem prestigiar e fazer prevalecer esta característica. Ora, se um novo regime é mais consentâneo com a realidade da vida afetiva dos cônjuges, deve ser acatada a mudança do regime precedente. O plano patrimonial não se deve sobrepor ou prejudicar o plano pessoal.

Giselda Hironaka reforça de forma peculiar a questão do contexto acima referido. Explica a autora que a família, os seus grupos e valores foram inseridos e outros modificados ao longo do tempo. Todavia, alguns deles ainda se encontram em voga atualmente, “quer pela sua normal eternização, quer por terem sido ressuscitados após lapsos temporais mais ou menos longos”.⁹² Euclides de Oliveira e a autora supra referida, discorrendo sobre a idéia de família, asseveram que o mais importante, para cada um de seus membros, e a todos, de forma simultânea:⁹³

[...] Apenas um coisa é certa e parece não mudar jamais: as pessoas não abandonam a preferência pela vida em família, seja de que molde ou tipo se constitua seu núcleo familiar.
[...] pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada

⁹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento: sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 125.

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista brasileira de direito de família*. Ano I, n.º. 01, abr-mai-junho 1999. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 08.

⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides. 4. ed. Do direito de família. In: *Direito de família e o novo código civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 6.

um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Portanto, mesmo em face das restrições à autonomia privada que estamos colocando, os entes familiares sentem-se ligados ao seu núcleo, a sua família, ainda que a liberdade, como nos moldes até aqui trazidos, não seja devida e adequadamente observada.

José de Abreu aduz que o princípio da autonomia privada sofreu transformações, inclusive, entrando em declínio. Portanto, a ordem jurídica admite restrições àquela, com a finalidade de obtenção do bem comum, eis que se sobrepõem ao interesse individual.⁹⁴

Ilustramos a autonomia privada, no Direito de Família, também através de julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Na decisão, a autonomia foi ressaltada pelo Relator, que assim consignou:⁹⁵

Do teor do disposto no instrumento público, é possível verificar que os conviventes, no exercício da autonomia privada, elegeram o regime da separação convencional de bens, sem que tenham, no entanto, conferido expressamente efeitos retroativos (*ex tunc*) ao início da união estável, ou seja, ao ano de 1996, omissão que, com o devido respeito pelo entendimento em sentido contrário, não tem o condão de, por si apenas, autorizar a conclusão de que a retroação dos efeitos é efetivamente vontade de ambos, pelo contrário.

⁹⁴ ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. *Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência: ano 1: volume: 1. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1961, p. 27.*

⁹⁵ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. ELEIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. INCOMUNICABILIDADE DO PATRIMÔNIO AMEALHADO DURANTE A RELAÇÃO. 1. Caso em que os conviventes, por ocasião da lavratura da escritura pública em 06.01.2012, declararam a existência de união estável desde o ano de 1996, elegendo, conforme lhes faculta o art. 1.725 do CC, o regime da separação de bens. 2. Apesar da omissão no instrumento público quanto à retroação dos efeitos do regime de bens, o varão firmou declaração cerca de um mês antes, admitindo que não contribuiu financeiramente para a formação do patrimônio registrado em nome da recorrida, cuja aquisição ocorreu mediante o emprego de recursos por ela titulados com exclusividade, o que deve ser considerado na interpretação da convenção efetivada pelas partes, cujos efeitos retroativos, no caso, em face dessa particularidade, é possível que sejam reconhecidos. 3. Manutenção da sentença, que reconheceu a incomunicabilidade do acervo patrimonial amealhado na constância do relacionamento estável. APELO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70061453502. Rel. Des: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado: em 11/12/2014 Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipopo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70061453502%26num_processo%3D70061453502%26codEmenta%3D6083011+fam%C3%ADlia+e+autonomia+privada++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70061453502&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=11/12/2014&relator=Ricardo%20Moreira%20Lins%20Pastl&aba=juris>. Acesso em: 22 mar. 2015).

Tão importante quanto a questão da autonomia privada e os seus desdobramentos, também é a questão familiar, que envolve o casamento e também reflete diretamente na união estável, incidindo aspectos da relação entre os cônjuges e companheiros, tais como moral, ética, crença religiosa, entre outros, que podem também se desdobrar nos seus familiares. Afinal, optar pelo divórcio, pela separação e pelo regime de bens, é circunstância que resulta, de forma direta, na família e pela família, inclusive para fins de sucessão. Como vemos, para estes casos, há uma forte intervenção estatal no íntimo dos cidadãos nas condições aqui colocadas. Mas, como se não bastasse, como também ficaria inserido, nas questões por nós levantadas neste trabalho, o princípio da igualdade? Será que restaria observado? Entendemos que não (seja em relação à Emenda seja em relação ao inciso II do art. 1.641 do Código Civil).

Segundo afirma o Des. Luis Felipe Brasil Santos, na maior parte dos sistemas contemporâneos, em respeito à autonomia da vontade dos cônjuges, o ordenamento jurídico brasileiro tem sido informado pelos princípios da variedade dos regimes matrimoniais de bens, da livre estipulação e da imutabilidade, como assim também o era nas Ordenações Filipinas, a qual era oportunizado aos cônjuges quaisquer convenções antenupciais, para a regulação, o modo de administrar e dispor dos bens. Entretanto, importante ressaltar que essa ampla liberdade conferida pelo velho Código Filipino, vedava e se opunha, como não poderia deixar de ser, às ofensas às leis, aos bons costumes e aos fins naturais e sociais do casamento. Tanto o revogado Código Civil de 1916 e o atual Código Civil mantiveram os princípios referidos, bem como restrições similares.⁹⁶

Mas vejamos questão interessante acerca dos impedimentos matrimoniais, especialmente às pessoas cujo parentesco é o de terceiro grau, levantada por Luiz Felipe Brasil Santos:⁹⁷

Em 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.200, conhecido como *Lei de Proteção à Família*, foram viabilizados, em caráter excepcional, tais matrimônios desde que mediante autorização do juiz competente, que deve se valer do laudo de dois médicos especialmente designados para examinar os nubentes, atestando-lhes a sanidade e a “inexistência de

⁹⁶ SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens*. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-autonomia-de-vontade-e-os.html>>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁹⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Doutrina: Anotações aos enunciados do Cjf. sobre direito de família*. Disponível em: <http://Direitodefamiliars.Blogspot.Com.Br/2011/06/Doutrina-Anotacoes-Sobre-Os-Enunciados.Html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio” (art. 2º).

O Magistrado segue comentando a legislação acima referida acerca de sua ausência no atual Código Civil, dando a entender, em nosso raciocínio, pela ampla valorização da autonomia privada, para a hipótese em comentário⁹⁸:

Houve provável lapso do legislador ao não incorporar expressamente no Código Civil atual a exceção constante nessa legislação especial. O projeto de lei nº 6.960/02, em tramitação no Congresso Nacional, dentre outras inúmeras modificações à vigente codificação, propõe-se a corrigir tal deficiência ao acrescentar parágrafo único ao art. 1.521 contemplando a autorização para o casamento de colaterais de terceiro grau, nos mesmos termos da legislação especial.

Finalizando este capítulo, saudamos o legislador por oportunizar ao casal a mudança na escolha do regime de bens. Privilegia a sua autonomia privada neste aspecto.

2. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

O presente tópico justifica-se, ou seja, a análise da evolução da separação e do divórcio, em nosso ordenamento jurídico, haja vista que tanto a possibilidade da dissolução da sociedade como do vínculo conjugal como a possibilidade, ou não, da escolha pelo regime de bens, guarda profunda relação com esses institutos.

Pontes de Miranda, lecionando sobre a dissolução da sociedade conjugal, asseverava que “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”. Alertava, todavia: “É preciso, porém, não se confundirem o vínculo conjugal, que só se dissolve com a morte ou com o divórcio, e a sociedade conjugal, que é o *fato* da vida em comum no domicílio conjugal”. A sociedade, ensinava, termina: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela nulidade ou anulação do casamento; c) pela separação judicial; d) pelo divórcio.⁹⁹

Explica Carlos Alberto Bittar Filho que a separação e o divórcio “contam-se entre as causas de ruptura da sociedade conjugal, conjuntamente com a morte de um dos

⁹⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Doutrina: Anotações aos enunciados do Cjf. sobre direito de família*. Disponível em: <http://Direitodefamiliars.Blogspot.Com.Br/2011/06/Doutrina-Anotacoes-Sobre-Os-Enunciados.Html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume I: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 404.

cônjuges e a nulidade ou a anulação do casamento, nos termos do art. 1.571 do Código Civil”.¹⁰⁰

Em que pese a polêmica sobre a supressão, ou não da separação judicial e extrajudicial, Clarissa Costa de Lima refere que, em períodos mais antigos, a constituição da família dava-se, apenas, através do casamento indissolúvel. Assim, as novas famílias “surgiam apenas no caso de viuvez de um dos cônjuges”. Mas a Magistrada ressalta:¹⁰¹

Atualmente, com a facilitação da separação e do divórcio é cada vez mais frequente a formação de novos núcleos familiares com filhos comuns e filhos nascidos das relações anteriores, criando no seu entorno novos laços de afetividade.

Silvio Venosa ensina que os institutos do casamento e do divórcio têm ligação íntima, ressaltando que, seja nas sociedades primitivas seja nas civilizações antigas, a condição de inferioridade da mulher era habitual. Assim:¹⁰²

[...] a forma mais usual de separação do casal era o repúdio da mulher pelo homem, ou seja, o desfazimento da sociedade conjugal pela vontade unilateral do marido, que dava por terminado o enlace, com o abandono ou a expulsão da mulher do lar conjugal.

Ainda, o casamento tinha conteúdo primordialmente econômico, no sentido de que a união era necessidade que possibilitava a subsistência. As regras morais e religiosas foram surgindo posteriormente, criando noções de indissolubilidade do vínculo, de forma mais ou menos atenuada.¹⁰³

Historicamente, os povos da antiguidade, babilônios, egípcios e hebreus, admitiam a figura do divórcio, em menor ou maior extensão. No Direito Romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. Todavia o cristianismo foi precursor em sensíveis modificações no tocante ao matrimônio: definitivamente desapareceu a noção de repúdio à mulher, criando-se maiores dificuldades à separação. Estudos apontam que a indissolubilidade

¹⁰⁰ FILHO, Carlos Alberto Bittar. Separação e divórcio no novo código civil. In: Repertório de Jurisprudência IOB: civil: processual: penal e comercial: volume: III: nº. 2/2004: 2ª janeiro. São Paulo: IOB, 2004, p. 67.

¹⁰¹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre o parentesco e a obrigação alimentar do padrasto nas famílias reconstituídas. In: *Revista dos Tribunais: ano 103: vol: 948: Outubro/2015*: São Paulo, 2014, p. 18.

¹⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 157.

¹⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 157.

do vínculo tomou corpo definitivo no século XII e, simultaneamente, aparece a denominada teoria da separação de corpos, fazendo com que cessasse a vida em comum, mas com a proibição de novas núpcias, como o desquite, vigorando em nosso país até 1977.¹⁰⁴

Rodrigo da Cunha Pereira explica que a Constituição da República, de 1891, a primeira, portanto, “foi um marco importante para a laicização e consolidação de um Estado Republicano, ao estabelecer que não haveria mais uma religião oficial, que à época era a católica”. Todavia, a separação entre Igreja e Estado, de forma oficial, não enfraqueceu a influência católica e a moral judaico-cristã, especialmente na constituição da família. Inclusive, o casamento civil e religioso eram um só. O autor, inclusive, ressalta que, mesmo atualmente, “muitas expressões usadas comumente no Direito de Família são de origem ou significado religioso, como, por exemplo, a palavra matrimônio que traz consigo o sentimento de sacramento, esponsais [...]”.¹⁰⁵

O autor acima referido comenta que, apesar das efetivas resistências e derrotas legislativas, “a Emenda Constitucional do então senador Nelson Carneiro foi aprovada no Congresso Nacional, em 28.06.1977”. Assim como a luta do senador em referência, também o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Família lutou pela Emenda Constitucional nº. 66 de 2010. Todavia, ainda na época de setenta, em decorrência do então Presidente Ernesto Geisel não ser católico, foram necessárias concessões à aprovação do divórcio, mas que foi dificultado ao máximo:¹⁰⁶

só era possível se divorciar uma vez, era necessário cinco anos o prazo da separação de fato e três anos para o divórcio direito (ou por convenção). O desquite, embora tivesse mudado o nome para separação judicial, continuaria existindo, afinal os católicos não deveriam se divorciar. E assim foi mantido o esdrúxulo e inútil instituto da separação judicial.

No Brasil, Rodrigo da Cunha Pereira assim descreve a história do divórcio:¹⁰⁷

1827 – Com a proclamação da independência e a instauração da monarquia (1822-1829), o Brasil permaneceu sob a influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. O Decreto 03.11.1827 firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da

¹⁰⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 156-157.

¹⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 24.

¹⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 08.

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 09-11.

Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.

1861 – O Decreto nº. 1.144, de 11.09.1861, regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, de acordo com as prescrições da respectiva religião. A inovação foi passar para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar a nulidade do casamento. Esta foi a primeira flexibilidade da Igreja Católica.

1891 – Primeira Constituição da República. Separação Igreja/Estado. Diante da persistência exclusiva do casamento católico, já havia sido expedido o Decreto nº. 521, em 26 de junho de 1890, dispondo que o casamento civil deveria preceder às cerimônias religiosas de qualquer culto. Foi disciplinada a separação de corpos, sendo indicadas as causas aceitáveis: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.

1893 – O Deputado Érico Marinho apresentou no Parlamento a primeira proposição divorcista.

1900 – O Deputado provincial Martinho Garcez ofereceu no Senado projeto de divórcio vincular. A proposição foi repelida.

1901 – O jurista Clóvis Beviláqua apresentou, após seis meses de trabalho, seu projeto de Código Civil. Duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa e por vários juristas, seu projeto sofreu várias alterações até sua aprovação em 1916. Tal como no direito anterior permitia-se o término da sociedade conjugal somente por via do desquite, amigável ou litigioso. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. No entanto, permanecia o vínculo matrimonial. A enumeração taxativa das causas de desquite foi repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento. A legislação civil inseriu a palavra desquite para diferenciar da simples separação de corpos.

1934 – Segunda Constituição da República: a indissolubilidade do casamento tornou-se preceito constitucional.

1937 – A terceira Constituição da República reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem referir à sua forma (art. 124). O mesmo preceito foi repetido nas Constituições de 1946 e de 1967.

1946 – Ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Seria acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabeleceria a vida conjugal. Foi proposta também emenda constitucional visando suprir da Constituição a expressão “de vínculo indissolúvel” do casamento civil.

1969 – Na Carta Magna outorgada pelos chefes militares (Emenda Constitucional nº. 1/69), qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a aprovação de emenda constitucional por dois terços dos senadores (44) e de deputados (207).

1975 – Apresentada emenda à Constituição de 1969 (EC nº. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços.

1977 - O divórcio foi instituído oficialmente com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano.

1989 – A Lei nº. 7.841, de 17.10.1989, revogou o art. 38 da Lei do Divórcio (1977), eliminando a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.

2007 – A Lei nº. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, estabeleceu que o divórcio e a separação consensuais podem ser requeridos por via administrativa, dispensando a necessidade de intervenção judicial e do Ministério Público, bastando que as partes compareçam ao cartório de notas, assistidas por um advogado ou defensor público se o casal não tem filhos menores de idade ou incapazes.

2010 – Promulgada em 13.07.2010 Emenda Constitucional nº. 66, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo suprimido o requisito da prévia separação de fato por mais de dois anos, extirpando o anacrônico instituto da separação judicial, bem eliminando a discussão de culpa pelo fim do casamento.

Regina Beatriz Tavares da Silva assinala que no Brasil, até o ano de 1977, o casamento era instituto indissolúvel. Todavia, houve mudança em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente através da Emenda Constitucional de nº. 09, daquele ano, que alterou o então parágrafo primeiro da Constituição de 1967. O texto previa que a dissolução do casamento somente poderia acontecer para os casos previstos expressamente em lei, “se houvesse prévia separação judicial por três anos ou anterior separação de fato com duração de cinco anos”. A redação original do referido artigo assim expressava: “O casamento é indissolúvel”. Ainda em 1977, houve a promulgação da Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro, que veio a regular as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal e também do casamento, bem como os seus efeitos, e considerando

a natureza conversiva do divórcio, apontando, ainda, as espécies culposas e não culposas.¹⁰⁸

Silvio Venosa entende que, em princípio, o atual Código Civil revogou a Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em relação às previsões quanto ao direito material relativos à separação e o divórcio, subsistindo, por outro lado, as disposições processuais. Destaca o autor que, enquanto os desquitados ou separados judicialmente têm a sociedade conjugal dissolvida, permanece o vínculo.¹⁰⁹

A entrada em vigor da Constituição de 1988 fez com que houvesse redução de prazos, ou seja, o art. 226, § 6º, diminuiu para um ano em relação à separação de judicial, e dois anos para a separação de fato. O Código Civil de 2002, “sob a égide da concepção conversiva do divórcio”, adotou a sistemática da então Lei nº. 6.515/77, “normatizando, por essa razão, somente na separação judicial as espécies com e sem culpa, em acatamento à norma constitucional”. Da tal sorte que se conclui que a admissão do divórcio, em nosso país, veio através de previsão constitucional.¹¹⁰

Posteriormente, com o objetivo de dar maior facilidade ao divórcio, foi aprovada a Emenda nº. 66, em 13 de julho de 2010, com a seguinte redação, no sentido de facilitar o divórcio, situação que não autoriza a supressão da separação judicial e extrajudicial:¹¹¹

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226.

.....
 § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 13 de julho de 2010.¹¹²

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul caminha no sentido acima referido, qual seja, a da facilitação do divórcio. Para reforço de tal argumento, importante o breve comentário sobre alguns julgados do mencionado Tribunal. Observamos, segundo as razões de decidir, que o divórcio pode ser requerido

¹⁰⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-19.

¹⁰⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161.

¹¹⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-20.

¹¹¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

¹¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 01 set. 2014.

“independente de prévio tempo de separação de fato ou judicial”.¹¹³ No mesmo sentido a decisão que entendeu por bem pela inexigibilidade dos requisitos relativos à separação fática do casal por mais de dois anos ou após ano da separação judicial.¹¹⁴

2.1 Efeitos pessoais e patrimoniais

Álvaro Villaça Azevedo, ao tratar dos efeitos pessoais do casamento, aduz que “Fazendo nascer a família, o casamento, paralelamente, ocasiona o aparecimento de um complexo de direitos e de deveres entre os cônjuges e entre estes e seus filhos, de ordem pessoa e patrimonial”, sendo exercidos, ainda, igualmente entre homem e mulher¹¹⁵, nos termos constitucionalmente previstos.¹¹⁶

¹¹³ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. O entendimento da Corte é pacífico no sentido de que o divórcio pode ser requerido pela parte interessada, independente de prévio tempo de separação de fato ou judicial. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO PROVIDA. EM MONOCRÁTICA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70052886066. Rel: Des. Rui Portanova. Julgado em: 27/01/2014. Disponível em: <
http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70052886066%26num_processo%3D70052886066%26codEmenta%3D5629540+DIV%25C3%93RCIO+DIRETO+e+EMENDA+CONSTITUCIONAL+66%2F2010+e+entendimento+e+pac%25C3%ADfco+no+sentido+de+que+o+div%25C3%B3rcio+pode+ser+requerido+ela+parte+interessada&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70052886066&comarca=Comarca+de+Barra+do+Ribeiro&dtJulg=27-01-2014&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 01 set. 2014).

¹¹⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. CABIMENTO, AINDA QUE PENDENTE DISCUSSÃO ACERCA DA PARTILHA DE BENS E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. Com o advento da EC nº 66/2010, a decretação do divórcio (para o que é prescindível a concordância da parte contrária) independe de transcurso de prazo pré-estabelecido ou de providência judicial anterior (separação fática do casal por mais de dois anos ou após ano da separação judicial), bem como de antecedente partilha de bens do casal (art. 1.581 do CC) e de discussão pendente acerca da obrigação alimentar. APELO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70048252712. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/06/2012. Disponível em: <
http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048252712%26num_processo%3D70048252712%26codEmenta%3D4779995+emenda+constitucional+n%25C2%BA.+66%2F2010+e+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70048252712&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 01 set. 2014).

¹¹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...].

¹¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120.

Flávio Tartuce discorre sobre os efeitos pessoais do casamento, denominando, também, de efeitos existenciais. Assim leciona:¹¹⁷

[...] tanto o homem quanto a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, constituindo-se a tão mencionada *comunhão plena de vida* (art. 1.565, *caput*, do CC). Como seu primeiro efeito concreto, qualquer um dos nubentes poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1º, do CC). Isso se aplica tanto à mulher quanto ao homem, tal acréscimo pode ocorrer mesmo após a celebração do casamento, desde que seja por ação judicial [...].

Quanto ao planejamento familiar, esse é de livre decisão do casal. Como se não bastasse, o art. 1.566 do Código Civil apresenta uma série de deveres relativos a ambos os cônjuges, tais como os de fidelidade recíproca, que fundamenta a separação-sanção com base na culpa. O dever de vida em comum, no domicílio do casal, inclui também o dever de manter relações sexuais. O dever de mútua assistência, traduzindo-se em moral, afetiva, patrimonial, sexual e espiritual. Soma-se, ainda, os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, de respeito e consideração mútuos.¹¹⁸

Já em relação aos efeitos patrimoniais do casamento, estes guardam relação com o conjunto de regras, de esfera privada, e que se relacionam com os interesses patrimoniais ou econômicos que resultam da entidade familiar. Ainda, dividem-se em quatro princípios fundamentais:¹¹⁹

- a) Princípio da autonomia privada: Trata-se do direito dos cônjuges de regulamentar as questões patrimoniais, retirado do art. 1.639, *caput*, do CC¹²⁰ [...].
- b) Princípio da indivisibilidade do regime de bens. Apesar de ser possível juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é lícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, diante da isonomia constitucional entre marido e mulher.
- c) Princípio da variedade do regime de bens. O CC/2002 consagra quatro possibilidades de regimes de bens aos nubentes. No silêncio das partes, prevalecerá o regime da comunhão parcial, que é o *regime legal* ou *supletório* (art. 1.640, *caput*, do CC). O regime de bens

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 1101-1102.

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 1103-1104.

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 1105-1107.

¹²⁰ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

adotado começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1º, do CC).

d) Princípio da mutabilidade justificada. Ao contrário da codificação anterior, o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressalvados os direitos de terceiros [...].

Feitas as necessárias diferenças entre os efeitos pessoais e patrimoniais quanto ao regime de bens, vamos, no tópico seguinte, passar às modalidades e peculiaridades de cada regime previsto no ordenamento jurídico.

2.2 Regime de bens

Pontes de Miranda elucida e esclarece o significado do regime de bens no casamento:¹²¹

A noção-*mater* é a de regime. Regime de bens é o conjunto de regras, mais ou menos orgânico, que estabelece para certos bens, ou para os bens subjetivamente caracterizados, *sistema de destinação e efeitos*. Assim, é possível falar-se de regime dos bens à lei *Torreans*, de regime de zonas militarmente vigiadas, de regime das minas consideradas de imediata utilidade para a defesa nacional e de regime matrimonial de bens.

Importa referir que a palavra matrimonial, segundo Pontes de Miranda, mostra “que é o fato do casamento o ponto e o elemento determinantes da lei que decide da propriedade, do gozo, uso e fruto e da administração dos bens que tocam ao cônjuge”. Os ensinamentos continuam no sentido de que homem e mulher são ambos sujeitos de direito, que se encontram, passando a seguir juntos. Portanto, o regime irá determinar quais dos bens que cada um traz continuam a ser particulares ou então se irão comunicar-se. Os frutos e a administração também são determinados.¹²²

Outro aspecto relevante diz respeito aos efeitos positivos e negativos que apresenta o regime matrimonial de bens. Quanto aos primeiros, há a determinação de normas sobre propriedade, gozo, uso, fruto e administração. Já quanto aos segundos, a

¹²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume II: direito matrimonial (continuação)*. ALVES, Wilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 143.

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume II: direito matrimonial (continuação)*. ALVES, Wilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 144.

relação é no tocante às dívidas ou outras responsabilidades assumidas por um ou ambos os cônjuges.¹²³

Arnoldo Wald e Priscila da Fonseca ensinam acerca do regime de bens:¹²⁴

Regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre os cônjuges, na constância do matrimônio. Ou seja, o regime de bens consiste no conjunto de regras que regulam as relações jurídicas referentes aos bens pertencentes ao casal, havidos, ou não, durante o matrimônio.

Os autores acima referidos ponderam que a regulação do patrimônio é impositiva na vida do casal em decorrência das repercussões no âmbito material que gera a vida em comum. Não é por menos que “A intimidade do lar, o esforço comum realizado para assegurar o bem-estar da família exigem uma regulação própria que o casal fixa no momento da celebração do casamento”. Isso se justifica em razão da dificuldade, em razão da natureza especial dos vínculos de união, da aplicação sucessiva das regras do direito das obrigações, do enriquecimento sem causa, da gestão de negócios, por exemplo.¹²⁵

Silvio Venosa assevera que a união “almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual”, alertando, também, que o casamento não deve possuir conteúdo econômico direto.¹²⁶

Em nosso ordenamento, o regime legal é o da comunhão parcial de bens. É imposto pela legislação quando ausente pacto antenupcial que disponha de maneira diversa, ou seja, quando os cônjuges não optam por tal regime.¹²⁷ Esta é a dicção do art. 1.640 do Código Civil.¹²⁸ Já a comunicação dos bens, para este regime, dá-se àqueles adquiridos de forma onerosa, na vigência da sociedade conjugal. Permanecem, no entanto, como particulares, “os adquiridos a título gratuito, os sub-rogados àqueles e,

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume II: direito matrimonial (continuação)*. ALVES, Wilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 144.

¹²⁴ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161.

¹²⁵ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161 -162.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil comentado*. 2. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1706.

¹²⁷ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161 -163.

¹²⁸ 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.

por fim, os que são excluídos da comunhão universal”, de acordo com o art. 1.659¹²⁹ do Código Civil.¹³⁰

Para o regime da separação de bens, regime obrigatório, a lei o impõe em virtude da inobservância de causas suspensivas da celebração do casamento, tal e qual as disposições do art. 1.523, incisos I a IV¹³¹, para os maiores de setenta anos bem como para todos os que dependerem de suprimento judicial para o casamento, nos termos do art. 1.641¹³² do Código.¹³³

O regime da separação de bens possui como característica marcante a incomunicabilidade dos bens presentes e futuros. Cada cônjuge, portanto, “conserva, em separado, a propriedade e posse de seus bens, administrando-os a sua vontade. Igualmente, as dívidas permanecem sob a total responsabilidade daquele que as contraiu”.¹³⁴

Por sua vez, o regime da comunhão universal admite que o casal pactue acerca de que todos os seus bens, presentes ou futuros, móveis ou imóveis, sejam adquiridos antes ou durante a constância do casamento, venham a se comunicar. De forma que há,

¹²⁹ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

¹³⁰ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

¹³¹ Art. 1.523. Não devem casar:

- I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
- IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

¹³² 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;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹³³ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

¹³⁴ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163.

para esse tipo de regime, um patrimônio comum, ainda que se demonstre que os bens que o formem tenham sido trazidos por apenas um dos consortes.¹³⁵

Por último, há a possibilidade de o regime vir a ser o da participação final nos aquestos. Assim, cada cônjuge, na vigência do casamento, mantém o seu patrimônio próprio. Contudo, à época da dissolução da sociedade, “passa a ter direito à metade de todos os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”. Portanto, cada cônjuge, durante a união, administra de maneira exclusiva os seus bens, o que não permite, por outro lado, a alienação sem o consentimento do outro. Assim, após a dissolução é que serão apurados os aquestos, que entre esses não se incluem:¹³⁶

a) os bens adquiridos anteriormente ao casamento e os que, em seu lugar, forem sub-rogados; b) os bens transmitidos a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; c) as dívidas relativas a esses bens. Cuida-se, por conseguinte, de um regime muito próximo do da separação de bens na vigência do casamento e do da comunhão parcial por ocasião da respectiva dissolução.

2.3 Influência do Direito Canônico nas relações matrimoniais

Em capítulo anterior discorremos acerca da separação e do divórcio, notando a forte influência do Direito Canônico, especialmente na interferência pela inserção daquele último, em nosso ordenamento jurídico, por considerável período de tempo.

O presente subcapítulo, portanto, também é importante para sustentarmos a manutenção da separação judicial. Como visto e a partir de agora será efetivamente demonstrado que a questão da religião está enraizada em muitas áreas de nosso Direito: especificamente, no Direito de Família. Tal circunstância revela importante contexto e história de nossa sociedade. Inclusive, nosso raciocínio vem também fundamentado na doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, quando o autor, em que pese ressalte a impossibilidade de se chegar a um conceito sobre o Direito de Família inclui, em tal conceito, normas de caráter religioso:¹³⁷

Podemos agora, em outras palavras, dizer que o Direito de Família é um complexo de normas jurídicas, morais e, às vezes, religiosas, que

¹³⁵ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163-164.

¹³⁶ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164.

¹³⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

orientam esse ramo do Direito Civil, sensível aos fatores locais, que disciplinam as relações entre seus membros, influenciando tanto no prisma material como imaterial, relacionando-se entre si, com seus filhos e cuidando de seu patrimônio.

Também importantíssimas as palavras de Pontes de Miranda acerca do elemento religioso inerente ao Direito de Família:¹³⁸

Do fato de ser o direito de família direito de fontes religiosas, morais e de costumes, resulta que a interpretação de suas regras não se deve informar do mesmo modo que as outras regras de direito civil. Assim: a) A lei de direito de família só se interessa por parte mínima da vida familiar, razão para se entender que as suas normas param onde há normatividade religiosa ou moral, ou dos costumes, se dos seus termos não se tira reforço ou expressa derrogação, ainda que implícita. b) As regras de direito das coisas e de direito das obrigações não são subsidiárias das regras de direito de família. O direito de família anterior à lei nova e o direito religioso passam à frente, como dados para a interpretação. c) Não se protege o abuso dos direitos de família, nem se consideram contratuais os efeitos pessoais e a maior parte dos efeitos reais do casamento e dos outros institutos de direito civil. d) Só excepcionalmente, como já dissemos, se recorre à regras da Parte Geral do Direito Civil.

As lições transcritas acrescentam que, em matéria de legislação estatal, a sua finalidade é regular e proteger a da família.¹³⁹ Anderson Schreiber, ao tratar da liberdade de expressão, aduz que esta “não vem usualmente incluída entre os direitos da personalidade”, tal e qual acontece com a liberdade religiosa.¹⁴⁰

Em que pese o Brasil ser um país que não adota religião oficial, e, portanto um Estado Laico de Direito¹⁴¹, tem um expressivo número de católicos. Simultaneamente, o direito à crença deve ser respeitado, eis que direito fundamental.¹⁴² E, como não poderia

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume 1: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 81-82.

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume 1: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001, p. 81.

¹⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240.

¹⁴¹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

[...].

¹⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

deixar de ser, a religião, além de ser extremamente forte e influente, é muito presente em nosso país. Assim, os reflexos no casamento, no ordenamento jurídico brasileiro, são realmente fortes e expressivos e, como tal, entendemos que merecem a devida análise, eis que integrantes de nosso contexto normativo.

Somam-se aos argumentos acima os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira. O Estado, com o intuito de preservação da família, deveria buscar empecilhos no sentido de que os cônjuges repensassem o rompimento da relação. Em 1977, segundo o autor, “o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso”. Havia uma esperança de que os católicos não optariam pelo divórcio, mas sim pela separação judicial, em que pese a prática ter verificado casos de divórcio entre esses religiosos.¹⁴³

Segundo a história, o que unia a família e os seus membros era algo mais forte que o nascimento, o sentimento e a força física: era a religião do lar e dos antepassados. Mais do que uma associação natural, a família antiga tratava-se de uma associação religiosa. E alguns exemplos podem ser trazidos, para confirmar tal afirmação. O primeiro, no tocante à mulher. Esta, só era realmente trazida, entendida como membro da família, quando a cerimônia sagrada do casamento tivesse iniciado no culto. Outro exemplo é quanto ao filho: este não seria mais considerado como membro se tivesse renunciado ao culto, ou emancipado; por outro lado, o adotado era considerado filho verdadeiro, mesmo não tendo o laço sanguíneo, mas sim em razão de adotada a continuidade do culto. No caso de determinado legatário recusar-se a adotar o culto de sua família, ficaria excluído da sucessão.¹⁴⁴ Portanto, concluímos que a presença da religião no seio familiar tinha fatores determinantes para os seus membros, seja para trazê-los para o seu meio, seja para excluí-los.

A família não foi criada pela religião, mas, sem dúvidas, esta lhe atribuiu normas. Portanto, a constituição que teve, no caso de serem apenas considerados os aspectos e sentimentos naturais, seria diferente. E a língua grega tinha uma palavra que, traduzindo-a, expressava o significado literal, ou seja, de o que está junto a um lar.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...].

¹⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 26.

¹⁴⁴ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2013, pp. 52-53.

Portanto, a família era um grupo de pessoas que a religião autorizava invocar o mesmo lar, bem como oferecer um banquete fúnebre aos antepassados.¹⁴⁵

A importância do casamento, seja para a ordem jurídica, seja para outras disciplinas, tais como a antropologia ou a sociologia, por exemplo, é ímpar. O casamento foi provavelmente a primeira instituição estabelecida pela religião. Em que pese a transmissão da religião ter se dado de varão para varão, a mulher se fazia presente no culto, já que a filha estava presente aos atos religiosos do pai e, quando casada, aos do marido. Portanto, tal fato refletia como essencial na união conjugal já nos antigos. E a partir do casamento, a mulher não tem mais nada em comum com a religião doméstica dos seus pais, mas, agora, sim junto ao seu marido e a sua religião.¹⁴⁶

A preocupação básica das sociedades primitivas era a satisfação das suas necessidades primárias, eis que, em decorrência de técnicas rudimentares que dispunha o homem para enfrentar a natureza, o seu problema central era a própria subsistência. Assim, homem e mulher dividiam as suas tarefas, sendo considerado o homem solteiro, nas palavras de Sílvio Venosa, como uma calamidade para a sociedade da época. Ainda, para os povos primitivos, a condição de solteiro era uma raridade, em que pese nas sociedades primitivas não existir propriamente uma relação conjugal individualizada, mas sim relações familiares grupais promíscuas.¹⁴⁷

De acordo com o autor supra citado, são incontáveis as definições de casamento, pois se trata de um instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas, consequência esta que acarreta na falta de uniformidade, tanto pela legislação, tanto pela doutrina. Contudo, ensina o mestre que duas distinções clássicas são legado do Direito Romano, através de Modestino, jurista do período clássico: “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, comnsortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (as núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio por toda a vida, pelo direito humano e pelo direito divino)”. Como se observa, tal conceito vem a dar destaque ao caráter religioso e perene da união. Já nas Institutas, está presente a definição mais recente, oriunda da época de Justiniano, e adotada pela Igreja: “*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens*”. Em tal época, a alusão à divindade desapareceu, assim como a perenidade

¹⁴⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 52-53.

¹⁴⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 54.

¹⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1554.

do vínculo. De tal sorte que tais definições consideravam mais a relação jurídica, do que propriamente a celebração.¹⁴⁸

O casamento é fato social de extrema relevância para a constituição da família e, a partir do século XVI, deixou de ser um regime matrimonial único, em coincidência com a separação jurídica que se operou entre a Igreja e o Estado.¹⁴⁹ Não há dúvidas acerca de que o casamento é o centro sobre o qual se irradiam as normas básicas do Direito de Família, e que constituem o direito matrimonial¹⁵⁰ e, quanto a este, a questão a respeito da anulação é de forte influência do Direito Canônico.¹⁵¹

¹⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1555.

¹⁴⁹ PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. A família no direito civil e no direito canônico. Porto Alegre: Editora Acadêmica, *Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*. Vol. 16. 1993/1994, p. 71.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

¹⁵¹ “A Igreja na sua essência é o novo povo de Deus constituído, por obra do Espírito Santo, pela comunhão entre todos os batizados, hierarquicamente unidos entre eles, segundo diversas categorias, em virtude da variedade de carismas e dos ministérios, na mesma fé, esperança e caridade, nos sacramentos e no regime eclesiástico (can. 204 e 205). O direito canônico na sua essencialidade contém esta realidade dogmática da Igreja como povo de Deus; enquanto conjunto de normas positivas, pois, regula a vida deste mesmo povo. A finalidade do Código não é, de forma alguma, substituir na vida da Igreja ou dos fiéis, a fé, a graça, os carismas, nem muito menos a caridade. Pelo contrário, sua finalidade é, antes, criar na sociedade eclesial uma ordem que, dando primazia ao amor, à graça e aos carismas, facilite ao mesmo tempo seu desenvolvimento orgânico na vida, seja na sociedade eclesial, seja na vida de cada um de seus membros. A Igreja deve procurar realizar o máximo possível a integração entre o ordenado progresso da vida da comunidade e a plena realização da pessoa humana, que como fiel vive na dimensão sobrenatural da fé, esperança e caridade. A função própria do direito eclesial é fazer com que os fiéis superem o próprio individualismo e atuem na Igreja, as suas vocações; sejam pessoais que comunitárias. Constituída também como corpo social e visível, a Igreja precisa de normas: para que se torne visível sua estrutura hierárquica e orgânica; para que se organize devidamente o exercício das funções que lhe foram divinamente confiadas, principalmente as do poder sagrado e da administração dos sacramentos; para que se componham, segundo a justiça inspirada na caridade, as relações mútuas entre os fiéis, definindo-se e garantindo-se os direitos de cada um; e finalmente, para que as iniciativas comuns empreendidas em prol de uma vida cristã mais perfeita, sejam apoiadas, protegidas e promovidas pelas leis canônicas. As leis canônicas, por sua natureza, exigem ser observadas. Por isso, foi empregada a máxima diligência para que na preparação do Código se conseguisse uma precisa formulação das normas e que estas se escudassem em sólido fundamento jurídico, canônico e teológico. A natureza própria do direito eclesial ou canônico, que compreende não somente o direito positivo eclesial, mas também aquele divino, seja natural que revelado, é dado pela própria natureza da Igreja, que tem como fonte primária, o antigo patrimônio de direito contido nos livros do Antigo Testamento e do Novo Testamento, de onde, emana toda a tradição jurídico-legislativa da Igreja. Jesus Cristo não destruiu de modo algum, mas, antes, deu cumprimento (cf. Mt 5,17) à riquíssima herança da Lei e dos Profetas, formada paulatinamente pela história e experiência do Povo de Deus no Antigo Testamento. Dessa forma, ela se incorporou, de modo novo e mais elevado, à herança do Novo Testamento. O direito canônico, que faz parte da realidade sacramental da Igreja, não pode deixar de ter o mesmo fim da mesma: ser instrumento de salvação eterna para cada fiel. O direito canônico é um grande instrumento para a salvação, que é conseguido pelo homem quando entra em comunhão com Deus e com os outros. Disso deriva a funcionalidade que é realizada pela comunhão na única fé, nos sacramentos, na caridade e no governo eclesial. A Igreja, como Corpo Místico de Cristo, como sacramento radical de salvação, como comunhão criada pela ação do Espírito Santo, tem o seu análogo principal no mistério do Verbo Encarnado e não na sociedade civil. A atividade jurídica é inerente ao homem enquanto homem, pelo simples fato que é um ser social; o homem redento em Cristo entra na Igreja, novo povo de Deus, com todas as suas exigências intrínsecas à sua natureza, que, por obra da graça, são plenamente realizadas. Por isso, como em toda sociedade humana vigora o direito divino natural que também faz parte do direito canônico. A Igreja se interessa de forma muito especial a todos os

Carlos Silveira Noronha, ao tratar do tema em estudo, assevera que as instituições canônicas estão há muito projetadas e no mais remoto andar dos tempos. Foram fundamentais na mais alta dignidade da hierarquia eclesiástica, e nos trouxeram contribuições de suma importância para a moderna concepção estatal. E a primeira delas reside em informações bíblicas, relatadas no Evangelho de São Matheus: “Tudo o que ligares na terra, será também ligado no céu e tudo o que desligares na terra será igualmente desligado no céu”. Observa-se, então, que o poder judicial da Igreja foi exercido pelos Apóstolos, na qualidade de representantes de Cristo.¹⁵²

Continuando com os ensinamentos do autor acima referido, e direcionando-se à Igreja, esta exerce um duplo papel: um, o de instituição divina e sobrenatural, ou seja, com a criação do próprio Deus e cumprimento dos seus desígnios; dois: na forma de entidade terrena, temporal e profana emergente da própria contingencialidade social e humana do homem. Diante da postura que assumiu a canonística, em especial a partir da antigüidade clássica, o direito europeu continental tem as suas raízes no sistema romano-canônico. Portanto, as manifestações do Direito Canônico, historicamente demonstradas, regulando as disciplinas da Igreja, refletiram e trouxeram grandes contribuições para a ordem jurídica, seja no campo material como no campo estatal.¹⁵³

O poder judicial da Igreja, pelos Apóstolos, foi exercido de imediato, pois estavam na qualidade de representantes de Jesus Cristo. A consequência de tal circunstância, portanto, divina, como não poderia deixar de ser, é que residiu o primeiro germen exemplificativo de que, em relação à jurisdição estatal, foi atribuído ao juiz o poder jurisdicional de atuação como representante do Estado.¹⁵⁴

Especialmente no período da antigüidade clássica, diante da postura assumida pela canonística, no tocante à convivência com instituições romanas, o direito europeu funda-se nas raízes do sistema romano-canônico. Assim, a parte histórica manifestada pela via canonística tem trazido, em razão também de sua anterioridade histórica,

direitos e deveres humanos fundamentais do homem e a partir desses direitos nasce o direito eclesial positivo. Enfim, o fim do direito canônico é firmar a comunhão eclesial e proteger os direitos de cada fiel. Disponível em: <<http://www.veritatis.com.br/direito-canonical/nocoes-gerais/637-conceito-surgimento-finalidade-e-usufruto-do-dir-canonical>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

¹⁵² NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: *Sulina, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 55-56.

¹⁵³ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: *Sulina, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 54-55.

¹⁵⁴ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: *Sulina, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 56.

contribuições muito contundentes e influentes no direito, tanto no aspecto material quanto no aspecto processual.¹⁵⁵

Em relação ao casamento, nota-se uma divergência entre a concepção católica e a concepção medieval. Para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende, apenas e tão somente, do consenso das partes. Por outro lado, a sociedade medieval reconhecia no casamento um ato de repercussão econômica e política, eis que, além da existência do consentimento dos nubentes, deveria haver também o assentimento das famílias as quais pertenciam os interessados.¹⁵⁶

Para o Direito Romano, quanto à questão da indissolubilidade do casamento, a idéia, em relação à *affectio*, é que esta deveria perdurar durante toda a relação, por todo o matrimônio, e não apenas no momento da celebração. De tal sorte que o consentimento das partes deveria ser continuado. Portanto, a ausência da convivência, do afeto, por si só, era considerada causas necessária para a dissolução do casamento.¹⁵⁷

Houve tentativa da restrição das causas do divórcio, por Justiniano. Todavia, vingou a tese de que a mesma vontade que fizera o casamento, de acordo com os romanos, era a que poderia desfazê-lo.¹⁵⁸

Mas uma questão de grande relevância surgiu ao final da Idade Média, especialmente após a Reforma: apresentaram-se conflitos entre tribunais civis e religiosos, de início, quanto aos aspectos patrimoniais do Direito de Família e, em seguida, quanto à aspectos e efeitos pessoais. Assim, para os protestantes, o Estado deveria ter a competência dos julgamentos que discutiam matéria de Direito de Família, inclusive, contestando o caráter sagrado do casamento. De tal sorte que o casamento, no entendimento daqueles religiosos, e por se tratar de um simples ato da vida civil, de um contrato denominado de natural, nada poderia impedir a dissolução do vínculo matrimonial.¹⁵⁹

Entretanto, como reação da Igreja Católica, o Concílio de Trento, de 1542 a 1563, reafirmou de forma veemente o caráter sacramental do casamento, e reconhecendo, ainda, a competência exclusiva da Igreja e das suas autoridades eclesásticas acerca de todas as questões que envolviam o matrimônio, a celebração e a declaração de nulidade. Ainda, caracterizou-se como ato solene, precedido de

¹⁵⁵ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: Sulina, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 55.

¹⁵⁶ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹⁵⁷ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12-13.

¹⁵⁸ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹⁵⁹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

publicidade e só sendo permitida a coabitação dos nubentes após o recebimento da benção nupcial. O sacerdote, por sua vez, era considerado testemunha necessária, com a obrigação de manter registro de casamento, documento este pelo qual se fazia a prova do casamento.¹⁶⁰

Pondera Arnoldo Wald que as conclusões do Concílio de Trento eram dotadas de máxima importância para a evolução do Direito de Família nos países católicos, tais como Portugal, determinando a aplicação das decisões do Concílio em seu território. Na França, por sua vez, em que pese as deliberações do Direito Canônico não virem expressamente em seu ordenamento, exerceram influência indireta na legislação civil.¹⁶¹

Ainda, em referência às discordâncias entre Igreja e Estado, sobre a competência, estes entes tinham, de comum acordo, a luta comum contra os casamentos clandestinos, exigindo, desta forma, prévia publicidade e presença de testemunhas, no ato, conquistas estas que se incorporaram no direito moderno. Conseqüência, então, é que o Direito de Família conservou conceitos básicos da doutrina canônica.¹⁶²

Sem sombra de dúvidas é no campo do Direito de Família que as contribuições da canonística se revelam com grande intensidade, com grande influência e relevância, para o nosso ordenamento jurídico. E ressaltamos que as contribuições mencionadas têm origem já desde épocas pretéritas, especialmente em relação às Decretais de Gregório IX, do ano de 1234, eis que já dedicavam, de forma integral, no Livro IV, os tratamentos dos denominados *connubia*.¹⁶³

No tocante ao casamento civil e ao casamento religioso, desde a era romana, este instituto já interessava ao direito. A *conventio in manum* estabelecia que a mulher e o seu patrimônio ingressavam para a *manus maritalis* através de quatro formas: a) *confarreatio*, ou seja, o casamento religioso da classe patrícia, e que se caracterizava pela oferta aos deuses de um pão de trigo, e sendo que somente os filhos assim nascidos desta forma de matrimônio é que poderiam ocupar certos cargos sacerdotais; b) *coemptio*, esta reservada à plebe, e que resultava em uma espécie de casamento civil celebrado em decorrência de uma venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a sua mulher; c) *usus*, traduzindo-se em espécie de usucapião a qual o marido adquiria a mulher através da sua posse, tendo como lapso temporal a vida em comum pelo período

¹⁶⁰ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

¹⁶¹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁶² WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16-17.

¹⁶³ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: Sulina, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 84.

de um ano. Ainda, através da *conventio sine manus*, a mulher continuava a pertencer ao lar paterno. Por último e em Roma, após um longo período de evolução, surgiu a chamada figura da *justae nuptiae*, ou seja, o matrimônio livre, cujos requisitos eram os da capacidade e consentimento dos cônjuges, bem como a ausência de impedimentos.¹⁶⁴

A constituição trata a família como base da sociedade.¹⁶⁵ A família tem a sua gênese e formação inicial nos primeiros seres humanos que começaram a habitar a Terra. De tal sorte que, desde então, e com base nas instituições canônicas, tornou-se necessária a elaboração de regras atinentes a disciplina e preservação da vida, bem como direitos e deveres da célula familiar e de seus integrantes, como já mencionado.¹⁶⁶

O Direito Canônico, materializando e disciplinando regras, entre outras, sobre o casamento, os seus impedimentos e causas suspensivas; a forma sobre a deliberação dos nubentes; a legitimidade ou não dos filhos, influenciou nítida e diretamente o Direito de Família brasileiro, através das primeiras Encíclicas, Bulas e outras manifestações dos papas.¹⁶⁷

Portanto e seguindo os conhecimentos de Carlos Silveira Noronha, a Igreja, exercendo o seu papel normativo, define e caracteriza o pacto matrimonial, proclamando a sua unidade e indissolubilidade, através do cânone 1.057.¹⁶⁸ Também referiu sobre a poligamia, estabelecendo ainda os impedimentos matrimoniais, nos cânones 1.077¹⁶⁹ e 1.078.¹⁷⁰ Quanto às invalidades do ato conjugal entre parentes na

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

¹⁶⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁶⁶ NORONHA, Carlos Silveira. *As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais* (Dir.). Porto Alegre: Sulina, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 30, Novembro 2012, p. 84.

¹⁶⁷ NORONHA, Carlos Silveira. *As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais* (Dir.). Porto Alegre: Sulina, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 30, Novembro 2012, p. 84.

¹⁶⁸ Cân. 1057 — Origina o matrimônio o consentimento entre pessoas hábeis por direito, legitimamente manifestado, o qual não pode ser suprido por nenhum poder humano.

§ 2. O consentimento matrimonial é o acto da vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente, a fim de constituírem o matrimônio.

¹⁶⁹ Cân. 1077 — O Ordinário do lugar, por causa grave e enquanto ela durar, em casos particulares pode proibir, mas só temporariamente, o matrimônio dos seus súbditos, onde quer que se encontrem, e de todos os que actualmente se encontrem no seu território.

§ 2. Só a autoridade suprema da Igreja pode acrescentar à proibição uma cláusula dirimente.

¹⁷⁰ Cân. 1078 — § 1. O Ordinário do lugar pode dispensar os seus súbditos, onde quer que se encontrem, e todos os que actualmente se encontrem no seu território, de todos os impedimentos de direito eclesiástico, exceptuados aqueles cuja dispensa esteja reservada à Sé Apostólica.

§ 2. Os impedimentos cuja dispensa está reservada à Sé Apostólica, são:

1.º o impedimento proveniente de ordens sacras ou do voto público perpétuo de castidade num instituto religioso de direito pontifício;

2.º o impedimento de crime, referido no cân. 1090.

§ 3. Nunca se concede dispensa do impedimento de consanguinidade em linha recta ou em segundo grau da linha colateral.

linha reta consanguínea, do parentesco a fim e na linha transversal, positivou tal institutos nos cânones 1.091¹⁷¹ e 1.092¹⁷². A incapacidade para as núpcias em razão da idade também já era retratada entre os cânones 1.095 e 1.096, bem como a questão da validade e da solenidade do casamento, que foram disciplinadas entre os cânones 1.108 a 1.123, inclusive a modalidade nuncupativa, refletida no cânon 1.068. Por sua vez, questões como os deveres recíprocos dos cônjuges, sejam entre si sejam para com os filhos, a dissolução do matrimônio em razão da anulação por ausência do ato sexual entre os cônjuges, a separação e a dissolução do vínculo, os esponsais e a previsão da reparação civil em decorrência da cisão unilateral quanto ao pré-contrato matrimonial, vieram respectivamente, e desde muito, previstas nos cânones 1.134 a 1.140; 1.141 e 1.142; 1.143 a 1.150; 1.062 § 1º e § 2º¹⁷³.

Arnoldo Wald, ao ensinar sobre a família no Direito Canônico, especialmente no tocante ao casamento, aponta a contrariedade e oposição dos canonistas ao divórcio, alegando que tal instituto seria contrário à própria índole da família, bem como ao interesse dos filhos. E sendo o casamento, além de um contrato, um acordo de vontades e também um sacramento, não poderiam os homens dissolver a união formada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*. Ainda, a idéia sobre a qual o marido e a mulher constituiriam uma só carne, é refletida tanto Velho como no Novo Testamento¹⁷⁴.

Continuando em relação à questão da indissolubilidade do casamento, segue o autor supra citado que, em uma primeira fase, a Igreja não a aceitou de modo pacífico e, para justificar a alegação, referiu o Evangelho de São Mateus, o qual admitia a dissolução no caso de adultério por parte da mulher. Por outro lado, tanto os textos de São Marcos e de São Lucas negavam a possibilidade de dissolução do vínculo, seja qualquer a alegação, seja qualquer o motivo. Com o passar dos tempos, e diante da divergência dos textos, a doutrina canônica firmou o entendimento no sentido da interpretação do divórcio referido por São Marcos, acerca da possibilidade da separação

¹⁷¹ Cân. 1091 — § 1. Na linha recta de consanguinidade é inválido o matrimónio entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais.

§ 2. Na linha colateral é inválido o matrimónio até ao quarto grau, inclusive.

§ 3. O impedimento de consanguinidade não se multiplica.

§ 4. Nunca se permita o matrimónio, enquanto subsistir alguma dúvida sobre se as partes são consanguíneas em algum grau da linha recta ou em segundo grau da linha colateral.

¹⁷² Cân. 1092 — A afinidade em linha recta dirime o matrimónio em qualquer grau.

¹⁷³ NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais (Dir.). Porto Alegre: Sulina, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 30, Novembro 2012, p. 84-85.

¹⁷⁴ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12-13.

de corpos, mas sem a possibilidade de convolar novas núpcias. Após a longa hesitação dos Concílios, foi tão somente no século XI que a indissolubilidade do casamento foi aceita¹⁷⁵.

Em que pese a existência de discussões acerca do divórcio, o ponto de vista vencedor foi no sentido de que, mesmo no caso de adultério, ausência ou de cativo, aquele não deve ser concedido. Todavia, a separação de corpos e de patrimônio foi considerada possível e autorizada, com a extinção da sociedade conjugal se, todavia, ocorresse a dissolução do vínculo. Assim, a separação, no Direito Canônico, distingue-se da separação no Direito Romano por não acarretar na dissolução do vínculo e por ser ato da chamada autoridade religiosa, já que, em Roma, tal ato era constituído na esfera privada e, na eventualidade de alguma parte sentir-se prejudicada, poderia recorrer à autoridade judiciária¹⁷⁶.

A separação, para os canonistas, dependia de autorização do bispo ou do sínodo, e mesmo assim só sendo admitida nos casos de adultério, heresia, tentativas de homicídio ou sevícias de um cônjuge ao outro. Posteriormente, no século XIV é que foi admitida a separação por comum acordo entre os cônjuges. Os efeitos da separação eram a extinção do dever de coabitação, mas subsistindo o dever de fidelidade recíproca e de alimentos¹⁷⁷.

Em razão do caráter indissolúvel do casamento, a doutrina canônica estabeleceu uma séria de impedimentos para a sua realização, e que justificariam a sua nulidade, limitando-se a Igreja, para exigir a sua validade, o consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, remetendo para um plano secundário a questão do consentimento paterno, circunstância esta que ocasionou um choque com o chamado direito civil leigo, eis que este considerava como de ordem pública a questão do consentimentos dos pais, como requisito essencial à validade e realização do casamento¹⁷⁸.

Silvio Rodrigues, ao lecionar sobre o casamento, aduz que o conflito entre o Estado e a Igreja é vetusto. Por muito tempo, a matéria envolvendo tanto a celebração do casamento como as suas nulidades era disciplinada pelo Direito Canônico. Refere, ainda, que no Brasil-Império e em Portugal, o matrimônio entre os católicos foi sempre

¹⁷⁵ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹⁷⁶ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14-15.

¹⁷⁷ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

¹⁷⁸ WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

celebrado pelos sacerdotes. Posteriormente, em 1861, é que sobreveio legislação regulando o casamento dos não católicos¹⁷⁹.

Rolf Madaleno, analisando a influência da Igreja no ordenamento jurídico, assim referiu:” Conforme lição de Eduardo de Oliveira Leite, já no período da Realeza Romana o homem só poderia repudiar sua esposa em quatro hipóteses: a) tentativa de envenenamento; b) utilização de chaves falsas; c) parto simulado e d) adultério, até que ao tempo do Baixo Império, com a forte influência da Igreja, o estado passa a intervir na dissolução do casamento, recaindo sua primeira ação sobre a noção de repúdio, que, “[...] a partir de então, produz os efeitos de uma simples separação de corpos, instituição que será organizada, mais tarde, pelo direito canônico clássico”.¹⁸⁰ Somente pela posterior inspiração do Direito Canônico sobreveio o casamento religioso e adiante o casamento civil¹⁸¹”.

Quanto aos caracteres do casamento, referidos por Maria Helena Diniz, importante para a contribuição do presente estudo, é o denominado de união permanente, entendido como indispensável para a realização dos valores básicos da sociedade civilizada. É que a idéia de plena comunidade de vida exige que a duração do casamento vá além da alteração de determinadas circunstâncias, e independa da vontade das partes e, no particular, quando houver descendentes, pois pode haver um abalo na educação em razão da destruição do lar. De tal sorte que cabe apenas e tão somente arrolar casos excepcionais e devidamente comprovados, no tocante a ruptura da sociedade ou do vínculo conjugal: “se duas pessoas contraem matrimônio não o fazem por tempo determinado, mas por toda a vida; mesmo que venham a separar-se ou divorciar-se e tornem a se casar novamente, existe sempre, em regra, um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar.”¹⁸²

Atualmente, a legislação universal sobre o casamento é dividida em três grupos, de acordo com o que ensina Washington Monteiro de Barros, que assim são compostos: a) países em que apenas o casamento civil é válido, como Brasil, grande parte dos países sul-americanos, Suíça, Alemanha, o que não impede aos nubentes a

¹⁷⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: vol. 6: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23.

¹⁸⁰ MADALENO, Rolf. *A separação de corpos e o direito de estar só*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=319>. Acesso em: 03 jun. 2013.

¹⁸¹ MADALENO, Rolf. *A união (ins) estável (relações paralelas)*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=320>. Acesso em: 03 jun. 2013.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

celebração do casamento religioso; b) países como Estados Unidos e Inglaterra, que possibilitam a liberdade de escolha entre o casamento civil ou religioso, sendo os dois de igual valor para a lei; c) Espanha e Escandinávia, os quais adotam a preeminência do casamento religioso, estando o casamento civil acessível para aqueles de outra religião que não a adotada oficialmente; d) Líbano e Grécia, os quais adotam tão somente o casamento religioso¹⁸³.

No Brasil, a Igreja Católica, por muito tempo, foi a titular quase que de forma absoluta em relação ao direito matrimonial. Através do Decreto de 03 de novembro de 1827, os princípios do Direito Canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, e fundamentados no Concílio Tridentino, e também na Constituição do Arcebispado da Bahia¹⁸⁴.

Em decorrência da proclamação da República, no ano de 1889, ocorreu a separação entre o Estado e Igreja, sendo estabelecido o casamento civil no Brasil, pelo Decreto nº. 181. Em 1937, por força da Lei de nº. 379, de 16/01/1937, houve a regulamentação do casamento religioso, mas no sentido da produção de efeitos civis, desde que cumpridas as formalidades exigidas. Nos dias atuais, a previsão quanto à eficácia da celebração eclesial materializa-se na Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), na Constituição Federal, em seu art. 226 § 2º e no Código Civil, entre os arts. 1.515 e 1.516¹⁸⁵.

Casamento civil e casamento no Direito Canônico, como estamos analisando, andam lado a lado. A manifestação de vontade, assim como em nosso Direito Civil é imprescindível, também o é no Direito Canônico. É elemento constitutivo, tanto para um, como para o outro. Nos dizeres de Maria de Lourdes Isaías Pinheiro:¹⁸⁶

O Cân. 1057, § 1º assim prevê: “o consenso das partes produz o matrimônio, sendo, pois, a essência deste. É, pois, absolutamente necessário e insubstituível o consentimento, como causa eficiente do matrimônio. O Cân. 1057, § 2º nos ensina o conceito de consentimento: (...) ato de vontade pelo qual o homem e a mulher, por

¹⁸³ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 14.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-66.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaías. *A Família no direito civil e no direito canônico*. Porto Alegre: Editora Acadêmica, Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vol. 16. 1993/1994, p. 74.

aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir matrimônio.”

O objeto do matrimônio, em termos de Direito Canônico, consiste em uma entrega e aceitação mútua das próprias pessoas, enquanto que, no Direito Civil, consiste em assistência material, moral e afetiva, bem como na constituição e educação da prole. Portanto, mais profundo o objeto que no cível, eis que a fórmula da canonística abre-se para a própria pessoa humana, consistindo o objeto do consentimento na entrega para um consórcio de toda a vida¹⁸⁷.

Em relação à forma do casamento, é elemento essencial para o Direito Civil e que, caso não observada, torna o casamento inexistente. Já para o Direito Canônico, a forma é requisito para a validade do ato, mas não repercutindo em sua constituição. Forma, como se sabe, é o modo através do qual é exteriorizada a manifestação de vontade de determinado ato jurídico¹⁸⁸.

Como podemos observar, a questão da religião e do casamento andam, por muito tempo, de mãos dadas. E, no tocante ao direito brasileiro, aquele instituto foi e é realmente influenciado pelas normas do Direito Canônico, como estudamos até este ponto.

É sensível a influência do cristianismo no casamento. O desquite, que vigorou até 1977, quando da Emenda Constitucional nº. 9/77, que introduziu o divórcio, após vencer fortes barreiras, segundo Sílvio Venosa, revelava o laço eterno do matrimônio, sendo permitida, até a entrada em vigor da referida Emenda, apenas a separação.¹⁸⁹

Segundo o jornalista Marcos Prates, da Revista Exame, o Brasil é o país mais católico do mundo em números concretos. São 123 milhões (64,6 %) da população brasileira. 743 municípios têm mais de 90% de sua população declarada "fiel" a Igreja Católica. O índice, logico, não atesta o nível de religiosidade de cada uma dessas pessoas, que pode alterar bastante. Os dados são do Censo 2010, do IBGE. A cidade

¹⁸⁷ PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. *A Família no direito civil e no direito canônico*. Porto Alegre: Editora Acadêmica, Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vol. 16. 1993/1994, p. 74.

¹⁸⁸ PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. *A Família no direito civil e no direito canônico*. Porto Alegre: Editora Acadêmica, Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Vol. 16. 1993/1994, p. 74.

¹⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 158.

com maior número de católicos é União da Serra, no Rio Grande do Sul, com 99,15% das pessoas dizendo-se católicas.¹⁹⁰

Já o censo demográfico realizado em 2010, pelo IBGE, apontou a seguinte composição religiosa no Brasil: 64,6% dos brasileiros (cerca de 123 milhões) declararam-se católicos; 22,2% (cerca de 42,3 milhões) declararam-se protestantes (evangélicos tradicionais, pentecostais e neopentecostais); 8,0% (cerca de 15,3 milhões) declararam-se irreligiosos: ateus, agnósticos, ou deístas; 2,0% (cerca de 3,8 milhões) declararam-se espíritas; 0,7% (1,4 milhão) declararam-se as testemunhas de Jeová; 0,3% (588 mil) declararam-se seguidores do animismo afro-brasileiro como o Candomblé, o Tambor-de-mina, além da Umbanda; 1,6% (3,1 milhões) declararam-se seguidores de outras religiões, tais como: os budistas (243 mil), os judeus (107 mil), os messiânicos (103 mil), os esotéricos (74 mil), os espiritualistas (62 mil), os islâmicos (35 mil) e os hoasqueiros (35 mil). Há ainda registros de pessoas que se declararam baha'ís e wiccanos, porém nunca foi revelado um número exato dos seguidores de tais religiões no país.¹⁹¹

Como verificamos do censo acima trazido, a Igreja Católica continua forte em nosso país, pelo número de católicos, e pela pesquisa revelar que o Brasil tem o maior número de pessoas seguidoras desta religião. Além de a canonística fazer-se presente entre, revela grande influência, seja na doutrina seja na legislação.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL n.º. 66/2010

Enfrentaremos, a partir deste momento, a Emenda Constitucional n.º. 66/2010 e, segundo o que adverte Paulo Nader, deve vir balizada em conformidade com os princípios hermenêuticos: “Esta perspectiva é a única de natureza científica que poderá responder à indagação quanto à permanência ou não em vigor do instituto da separação”.¹⁹²

¹⁹⁰Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁹¹Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁹² NADER, Paulo. *Curso De Direito Civil: Volume 5: Direito De Família*. 6. Ed. Rio De Janeiro: Forense, 2013, P. 204.

É importante salientarmos que, quanto à questão da separação e do divórcio, a discussão sobre a supressão do primeiro, ou não, de nosso ordenamento jurídico, com base na dicção da Emenda Constitucional nº. 66/2010 e o teor de seu texto, percebemos que dispõe, apenas e tão somente, sobre a facilitação do divórcio, não mencionando qualquer aspecto acerca da separação.¹⁹³

Antes de enfrentarmos o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da situação da separação judicial e extrajudicial em nosso ordenamento, importante referir ponto que, segundo Roberto Senise Lisboa, está pacificado, em relação às etapas até se alcançar o divórcio. Com o advento da EC 66/2010, qualquer modalidade de separação não se presta mais para se chegar ao divórcio. Explica o autor: “Antes da Emenda Constitucional o regime jurídico da extinção do casamento por causa futura se dividia em duas etapas, a menos que se obtivesse os pressupostos legais necessários para o reconhecimento da última etapa, que é o divórcio”.¹⁹⁴

O autor acima mencionado continua seus ensinamentos caracterizando, nos dias atuais, como anacrônica a etapa da separação para até se chegar ao divórcio, mesmo que razões metajurídicas, como a sacralidade do matrimônio, sejam invocadas.¹⁹⁵

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moares constata, a partir da Emenda em estudo, a tendência à facilitação do divórcio, entendendo como salutar a iniciativa. Segundo os autores ora mencionados, tal circunstância vem a valorizar a dignidade da pessoa humana, eis que, especialmente, fortalece a autonomia existencial, bem como a autonomia privada.¹⁹⁶

No mesmo sentido Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que, em relação ao sistema dual, no sentido de rompimento do vínculo legal do casamento, encontramos as suas raízes e justificativas principalmente na moral religiosa. Todavia:¹⁹⁷

A tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos

¹⁹³ Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

¹⁹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: volume 5: direito de família e sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165.

¹⁹⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: volume 5: direito de família e sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 165.

¹⁹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 128.

¹⁹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 26.

cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas se casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? Os ordenamentos jurídicos de países cuja interferência religiosa é menor não tem em seu corpo normativo a previsão deste sistema dual.

Pela doutrina acima trazida, podemos perceber que existe unanimidade, portanto, quanto ao fim dos prazos para o pedido de divórcio. Todavia, a discussão referente à manutenção, ou não, da separação judicial, é que vem causando divergências e, como tal, merecendo a devida importância.

Assim, iniciamos este tópico trazendo, em um primeiro momento, a posição doutrinária que entende pelo fim da separação judicial e extrajudicial para, logo em seguida, analisar o entendimento de outra parte da doutrina que se manifesta pela manutenção do instituto. Antes, importante referir que, como norma constitucional, a referida Emenda é dotada de autoexecutoriedade, “não necessitando de qualquer ponte infraconstitucional para a sua eficácia.”¹⁹⁸ Tal posição é refletida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.¹⁹⁹ Portanto, prontamente apta à produção de seus efeitos quanto ao fim dos prazos prévios de separação para o alcance do divórcio.

O debate realmente foi merecedor, pela doutrina, especialmente, com posições diferentes acerca da supressão, ou não, da separação judicial. Flávio Tartuce é categórico ao entender que tal instituto, após o advento da EC nº. 66/2010, deixou de existir, valendo, também, para os casos de separação extrajudicial, permanecendo, apenas e tão somente, a separação de fato. O autor fundamenta sua posição na doutrina que entende, com base no art. 5º da Lei de Introdução, que os fins sociais da Emenda são os de colocar fim à categoria, e vai mais além: “Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal.”

¹⁹⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil, v. 5: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 166.

¹⁹⁹ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO CONSENSUAL - COMPETÊNCIA BRASILEIRA - EMENDA CONSTITUCIONAL No 66/2010: NORMA AUTO-EXECUTÁVEL. 1. Compete à Justiça brasileira as ações que tenham como causa de pedir atos praticados ou fatos ocorridos no território nacional. 2. A alteração introduzida pela Emenda Constitucional no 66/2010 no art. 226, §6º, da Constituição Federal vigente é auto-executável e teve por objetivo facilitar o divórcio. 2. Tanto a assinatura dos cônjuges na petição inicial, quanto a realização de audiência de ratificação constituem requisitos objetivos para homologação de acordo em ação de divórcio. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0518.11.014378-2/001. Rel: Des. Oliveira Firmo. Julgado em: 22/10/2013. Disponível em: <

Álvaro Villaça Azevedo, ao analisar a Emenda em estudo, aponta que o divórcio direto suscita muitas dúvidas e, em especial aos processos de separação judicial que estão em andamento: aqueles, após ouvidas as partes, seja em primeira seja em segunda instância, estão convertidos em divórcio. Adverte o autor que, se mesmo em ouvindo os cônjuges e estes permanecerem imutáveis quanto ao pedido de separação, o seu processo deve ser julgado extinto, sem julgamento de mérito. A fundamentação tem lastro na impossibilidade jurídica do pedido superveniente eis que, segundo o entendimento daquele autor, a Emenda colocou fim na separação judicial.²⁰⁰

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao se voltarem para o objeto da Emenda Constitucional nº. 66/2010, aduzem que a norma “pretendeu facilitar a implementação do divórcio no Brasil, com a apresentação de dois pontos fundamentais”. E explicam. O primeiro guarda relação com a extinção da separação judicial; o segundo, com a extinção da exigência relativa ao lapso temporal relativo à separação de fato, para a dissolução do vínculo matrimonial.²⁰¹

Os autores acima referidos entendem como medida salutar a extinção da separação judicial. Alertam que “o divórcio é infinitamente mais vantajoso do que a simples medida de separação judicial”. Ainda, ponderam que o divórcio, além de propiciar novo casamento, o que não ocorre com a separação judicial, evita a duplicidade de processos e de procedimentos, circunstância esta, ainda, que também se mostra mais econômica, seja em termos de jurisdição, seja em termos gastos. Desta forma, estes autores entendem que, de forma tácita, estão revogados os seguintes dispositivos do Código Civil: 1.572 a 1.578; 1.580 (que tratam do divórcio indireto). Ressaltam, inclusive, a inconstitucionalidade superveniente frente à separação e que, desta forma, não tem mais como ser mantida no ordenamento.²⁰²

Paulo Lôbo também entende salutar a extinção da separação judicial e extrajudicial, com o advento da Emenda nº. 66/2010. Assim como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, entende que “A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão), resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis”.²⁰³ O autor também

²⁰⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 224.

²⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 548.

²⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 551-553.

²⁰³ Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

sustenta o fim do instituto com base na preservação da intimidade e a vida privada dos cônjuges:²⁰⁴

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Rodrigo da Cunha Pereira também firma posição relativa ao fim do instituto da separação judicial. Ressalta o autor que se deve separar as razões jurídicas das “razões e motivações religiosas”. Continua o autor referindo que não há mais sentido em se preservar a separação judicial, pois significa mais gastos financeiros e contribui para “o emperramento do Judiciário, na medida em que gera mais processos desnecessários”. Sustenta, ainda que foi com o intuito de abolição da separação judicial que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, sugeriu e apresentou a Proposta de Emenda Constitucional que daria origem à nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal.²⁰⁵

O mestre supra mencionado também argumenta que a exclusão da separação, inclusive, privilegia a melhor doutrina e jurisprudência, também no sentido de que a discussão envolvendo a culpa pelo fim do casamento estaria eliminada, não se mostraria mais necessária, em que pese asseverar ter conhecimento dos argumentos em contrários, especialmente as argumentações de ordem moral e religiosa. Todavia, ressalta que não se pode misturar Direito e valores morais e religiosos. Entende também que, como consequência da extinção da separação, a legislação infraconstitucional que trata do tema acaba por não ser recepcionada; em especial: os arts. 1.571, III, 1.572 a 1.578 do Código Civil; Lei nº. 6.015/73, dos Registros Públicos e também o Divórcio por Escritura Pública.²⁰⁶²⁰⁷

Flávio Tartuce, sustentando o fim da separação judicial e extrajudicial, enumera dispositivos do Código Civil e de leis extravagantes que foram retirados do sistema jurídico, como consequência do advento da referida Emenda, a saber: a) art.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133-134.

²⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 27.

²⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 26-30.

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 27.

1.124-A, do Código de Processo Civil, no tocante à separação²⁰⁸; b) art. 1.574 do Código Civil²⁰⁹, que trata da separação consensual judicial, bem como os respectivos artigos 1.120 a 1.124, do Código de Processo Civil, que tratam da ação de separação; c) a separação judicial litigiosa incluindo as suas modalidades: separação-sanção (com a análise da culpa), prevista no *caput* do art. 1.572 do Código Civil²¹⁰; separação-falência (§ 1º do art. 1.572²¹¹); separação-remédio (§ 2º e 3º do art. 1.572²¹²); além dos artigos 1.573²¹³, 1.575²¹⁴ e 1.577²¹⁵ do Código Civil.²¹⁶

No mesmo sentido do entendimento pelo fim da separação vem a posição de Tânia da Silva Pereira, quando comenta sobre o divórcio após a Emenda nº. 66/2010, ao atualizar a obra de Caio Mário da Silva Pereira:²¹⁷

Esta atualizadora se filia à corrente doutrinária que considera extinta a separação; a nova redação introduzida pelo parágrafo 6º do art. 226 da

²⁰⁸ Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

²⁰⁹ Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

²¹⁰ Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

²¹¹ § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

²¹² § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

²¹³ Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

²¹⁴ Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

²¹⁵ Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

²¹⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil, v. 5: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 176-177.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume V: direito de família*. 21. ed. PEREIRA, Tânia da Silva (atual). Forense: Rio de Janeiro: 2013, p. 286.

Constituição Federal apenas admite a dissolução do vínculo conjugal pelo Divórcio. A nova orientação constitucional suprimiu, também, qualquer prazo para propor o divórcio, seja ele judicial ou administrativo, este último introduzido no Brasil pela Lei nº. 11.441, de 2007.

Sílvio Venosa aplaude a Emenda nº. 66/2010, asseverando que não se sustenta mais a dicotomia separação e divórcio, até porque, em relação a este último, a sua introdução no ordenamento jurídico vem de longa data.²¹⁸

Como visto, são fortes os argumentos que defendem a extinção do instituto da separação judicial e extrajudicial com fundamento na Emenda nº. 66/2010. Todavia, iniciamos, a partir deste momento, a análise do entendimento doutrinário que defende a manutenção do instituto da separação judicial, mesmo em face do advento da referida Emenda.

Paulo Nader pondera que a análise do debate passa pelos planos *de lege ferenda* e *de lege lata*. Em relação primeiro plano, argumenta-se que a manutenção da separação judicial ou extrajudicial é encarada sob ponto de vista de importante função social do instituto, “[...] ao permitir o recuo do casal em seu desejo de promover o fim do casamento, bastando-lhe requerimento ao juiz do feito, para que a sociedade conjugal se restabeleça”. O caráter psicológico relativo à separação, ainda, favorece mais a reaproximação do que o divórcio. Outro argumento vem lastreado em convicções religiosas especialmente oriundas do Direito Canônico, que veda expressamente o divórcio. A discussão relativa à culpa também é fator relevante para a sobrevivência da separação, como a manutenção do nome de casado e os alimentos, circunstância que não ocorre para a hipótese do divórcio. Contudo, pode se observar que, também no plano *de lege ferenda*, além de a Emenda facilitar o divórcio, acabou por suprimir a separação, “salvo por apego à história de nosso Direito”.²¹⁹

Em relação ao plano *de lege lata*, esclarece Paulo Nader:²²⁰

[...] nossa atenção se concentra no ordenamento como um todo, não apenas na Emenda ora considerada, procurando tirar as conclusões em conformidade com os princípios hermenêuticos. Esta perspectiva é a única de natureza científica que poderá responder à indagação quanto à permanência ou não em vigor do instituto da separação.

²¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 161.

²¹⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 204.

²²⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 204.

Paulo Nader posiciona-se, categoricamente, afirmando que a Emenda Constitucional, além de não fazer menção a qualquer dispositivo do Código Civil, excluiu apenas “exigência de prévia separação de judicial ou de fato para a obtenção do divórcio”. E vai mais além, asseverando que se a intenção do legislador fosse realmente suprimir o instituto da separação, mesmo que tal previsão tenha constado na exposição de motivos e pareceres, também deveria “vir expresso no ato ou constar em lei regulamentar. Não ocorreu nenhuma dessas hipóteses”. Também o autor refere que não há incompatibilidade da alteração constitucional:²²¹

O que poderá ocorrer, na prática, e certamente ocorrerá, é a preferência maciça de casais pela obtenção do divórcio, perspectiva em que nada influencia na apreciação da presente *quaestio iuris*. O desaparecimento da separação em nosso ordenamento seria automático, como alguns estão pretendendo, caso não fosse um instituto autônomo, mas apenas uma fase do processo de divórcio. Não é o que ocorre, pois a separação possui terminalidade; não foi instituída em função do divórcio.

Regina Beatriz Tavares da Silva, no mesmo sentido de Paulo Nader, entende que a mencionada alteração constitucional apenas eliminou o requisito temporal da separação. Entretanto tal circunstância em nada se confunde com a eliminação da separação, ou seja, da supressão do próprio instituto jurídico. Inclusive, elucida ainda mais a questão a autora quando menciona o pronunciamento do Conselho Nacional de Justiça, de 14-09-2010 que, ao alterar a Resolução nº. 35/2007, que regulamenta a Lei nº. 11.441/2007, regrido a separação e o divórcio consensuais, na esfera administrativa, fundamenta a manutenção da separação e do divórcio, pela via judicial²²².

Outro argumento extremamente importante e revelador, um reforço, no sentido da sustentação da manutenção da separação judicial e extrajudicial, mesmo com o advento da Emenda nº. 66/2010, trazido por Yussef Said Cahali, é encontrado justamente na tramitação da “PC do Amor”, segundo as palavras utilizadas pelo autor que, inclusive, menciona que o legislador caiu em traição própria, ao apresentar a finalidade do projeto:²²³

²²¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 204-205.

²²² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107-108.

²²³ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

Aliás, na tramitação da “PC do Amor”, o relator se deixou trair, referindo que a finalidade do projeto “era suprimir o requisito da separação como condição para o divórcio, o que, na prática, implica redução de custos e facilidade para os cônjuges que não mais desejam manter o vínculo matrimonial”. Outro dos pareceres da relatoria é mais enfático no sentido da inconveniência da separação, ressaltando que “não é a existência do instituto do divórcio que desfaz o casamento, nem a imposição de prazo ou separação intermediária que o impedirá”, referindo-se apenas ao divórcio-conversão, pois “a sociedade conjugal, fruto da iniciativa dos cônjuges, pode ser por eles desfeita, formal ou informalmente, segundo o seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito, reclama formalização”.

A conclusão que forma o autor acima citado é a de que a supressão dos prazos inserida pela Emenda em nada interfere na prerrogativa do pedido de separação judicial ou extrajudicial. Inclusive com a indicação da causa e, como consequência, a incidência do Código Civil neste sentido.²²⁴

Yussef Said Cahali comenta e analisa a Emenda nº. 66/2010, tecendo duras críticas, como observamos:²²⁵

Entrementes, proposta a emenda constitucional esdruxulamente nominada “PC do Amor”, foi ela aprovada sob nº. 66, em 13.07.2010, dando ao art. 226, §6º, a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Aprovada a Emenda, uma plêiade de notáveis juristas, altamente especializados em direito de família, passaram a difundir, sob a forma de um autêntico *bordão jurídico*, a afirmação de que “a separação judicial acabou”, com repetitivos argumentos, assim sintetizados: 1.º) a partir do anteprojeto e no curso de sua tramitação, a *mens legislatoris* da reforma foi orientada no sentido da extinção da separação judicial; 2.º) a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma constitucional induz o reconhecimento de que a dissolução da sociedade conjugal só seria possível pelo divórcio.

Não obstante a expressividade daqueles argumentos, estamos convencidos de que a referida Emenda, seja pela sua impropriedade técnica, seja pela sua inadequação formal, não tem a extensão que se lhe pretendeu arbitrariamente imprimir.

O autor supra referido, analisando os limites da Emenda sintetiza que, segundo os que entendem pelo fim da separação, o direito brasileiro admite tão somente o divórcio direito no sentido de se buscar o fim do casamento. A culpa e os prazos não

²²⁴ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

²²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

integram mais as ações com este fim. Por outro lado, salienta que os legisladores deveriam aprovar medidas que também facilitassem o casamento, que segue burocratizado, “optando pela solução cômoda e populesca de estímulo às relações concubinárias”.²²⁶

Outro argumento afastado por Yussef Said Cahali guarda relação com o inchamento do Judiciário. É que, segundo autor, aqueles que sustentam o fim da separação judicial também argumentam que as ações de separação deixariam de existir e, assim, menos demandas bateriam às portas daquele Poder. Contudo, o mestre alerta que a duplicidade não é causa do congestionamento da justiça. Até porque o divórcio direto já era utilizado de forma extrajudicial e, nem por tal circunstância, percebeu-se maior celeridade.²²⁷

Muitos não têm a intenção do divórcio, cresceram com a separação; têm crenças religiosas que impedem o divórcio. Portanto, a imposição do divórcio e tão somente é medida que atenta contra a liberdade e contra a dignidade da pessoa humana, também. E, pela doutrina de Alexandre Moraes, tamanha é a relevância do princípio da dignidade humana que, segundo suas sábias palavras, tem caráter espiritual e moral inerente à pessoa. E se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito de todos, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar. De modo que, somente de forma excepcional, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas nunca menosprezando a necessária estima que são merecedoras todas as pessoas enquanto seres humanos²²⁸.

Arnoldo Wald e Priscila da Fonseca referem, assim como na esteira da doutrina, que para o divórcio não se exige mais o requisito temporal da separação, podendo ser requerido a qualquer momento. Todavia, isto não implica em expurgar a separação. De tal sorte que a sua conversão em divórcio pode ser requerida a qualquer tempo.²²⁹

Luiz Felipe Brasil Santos é esclarecedor quanto à manutenção da separação judicial e extrajudicial. O Magistrado refere que a situação jurídica da separação

²²⁶ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

²²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

²²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 21-22.

²²⁹ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

(manutenção ou não), não é novidade e se viu acontecer quando da entrada em vigor da Constituição de 1937. E adverte: “Lançar o olhar sobre a história é sempre pedagógico”.²³⁰

O autor acima citado explica que a Constituição de 1934, sob pressão da Igreja, inseriu o princípio da indissolubilidade do casamento em seu art. 144:²³¹

Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único – A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso, *ex officio*, com efeito suspensivo.

O princípio da indissolubilidade foi previsto no *caput* do transcrito art.144 e, em relação aos casos de desquite e de anulação previstos no parágrafo único, lei ordinária regulamentaria a questão. Posteriormente a Constituição de 1937 reproduziu, em seu art. 124 a redação da norma do então art. 144, mas ausente o parágrafo único. O desquite, dessa forma, teria deixado de existir, indaga Luis Felipe Brasil Santos? A resposta foi dada por Pontes de Miranda:²³²

A Constituição de 1937 entendeu que seria impróprio do texto constitucional conter regra jurídica processual de tal pormenor; e riscou dos seus artigos o parágrafo único do art. 144 da Constituição anterior. Isso não quer dizer que, desde 10 de novembro de 1937, revogado ficasse o direito correspondente. A regra jurídica continuou, como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e ab-rogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de princípio jurídico constitucional.

Portanto, a conclusão é a de que subsiste a legislação ordinária acerca da separação judicial e extrajudicial. Entendimento em contrário leva a crer no fim do próprio divórcio. O autor ressalta que não existe qualquer incompatibilidade entre a

²³⁰ SANTOS, Luis Felipe Brasil. Emenda Constitucional 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 237.

²³¹ SANTOS, Luis Felipe Brasil. Emenda Constitucional 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 237.

²³² SANTOS, Luis Felipe Brasil. Emenda Constitucional 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 238.

Emenda Constitucional e os arts. 1.571 a 1.580. E vais mais além, invocando a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em especial o § 1º, art. 2º:²³³

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. ([Vide Lei nº 3.991, de 1961](#)) ([Vide Lei nº 5.144, de 1966](#))

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Maria Helena Diniz comenta o dispositivo acima ora reproduzido, que “trata da vigência temporal da norma, salientando que, não sendo temporária a vigência, a norma poderá produzir efeitos, tendo força vinculante (vigor) até sua revogação”. A lei, desta forma, poderá ter a sua eficácia cessada em dois momentos: a) através de vigência temporária, ou seja, a própria lei já fixa o seu tempo de duração; b) ter vigência permanente, para o futuro e sem prazo determinado, até que seja modificada ou revogada por outra, de mesma hierarquia ou então superior.²³⁴ Complementamos no sentido de que, da teoria trazida por Luis Felipe Brasil Santos e considerações de Maria Helena Diniz acerca da Lei de Introdução, a Emenda nº. 66/2010 passou longe às hipóteses de revogação da normatividade prevista para a separação judicial e extrajudicial.

Somam-se aos argumentos até aqui trazidos as precisas lições de Rosa Maria de Andrade Nery a respeito da importância da separação de fato. Reflete a jurista que, mesmo considerando a novidade que trouxe a Emenda Constitucional ao sistema jurídico brasileiro, ainda assim o nosso ordenamento confere grande importância para a separação de fato e de direito. E conclui: “Embora essa espécie de dissolução da sociedade conjugal não esteja posta como requisito prévio para o divórcio, nem mesmo o advento da EC 66/2010 retirou do sistema os efeitos dissolutórios que ela opera”. A autora segue sustentando que o instituto da separação judicial (de fato e de direito) é compatível com o regime constitucional do divórcio direto, este, apenas facilitado pela Emenda em questão.²³⁵

²³³ SANTOS, Luis Felipe Brasil. Emenda Constitucional 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. Porto Alegre: IBDFAM: Letra&Vida, 2011, p. 238.

²³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada: de acordo com a lei nº. 12.376 de 30 de dezembro de 2010*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85-86.

²³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 262.

Flávio Tartuce, como visto anteriormente, trouxe dispositivos de lei que teriam sido revogados em decorrência da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66/2010. Todavia e com o objetivo de contraponto, relevante os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery, também acerca da manutenção de normas que dizem respeito à separação e, como consequência, à manutenção do instituto.

O primeiro dispositivo em questão é o art. 1.830 do Código Civil e a questão da separação de fato ou judicial, há mais de dois anos, para fins de prova da qualidade de herdeiro. Mais, além, continua a autora apontando outros artigos do Código de Processo Civil e do Código Civil, sustentando desta maneira, a plena e necessária convivência da separação com o divórcio. A usucapião especial urbana prevê, segundo o art. 1.240-A, do Código de Processo Civil, a separação, como requisito da aquisição da propriedade. Em relação ao Código Civil, a relação vem para com os seguintes artigos: a) Art. 1.571, inciso II, que trata da separação como causa da dissolução da sociedade, e não do casamento; b) art. 1.569, inciso II, que regula a presunção da paternidade em relação ao filho havido antes da dissolução, importando sim a separação de fato e de direito; c) art. 1.721, ou seja, mesmo após a dissolução da sociedade (e não do casamento), mantém o imóvel do casal. A conclusão de Rosa Maria de Andrade Nery é de que “Isso tudo não pode ser equiparado e nivelado com tábua rasa, como se tratassem da mesma realidade do divórcio do art. 226, § 6º, da CF/1988. Por isso, as interpretações de que a EC 66./2010 suprimiu a possibilidade do pedido de separação formulado, são apressadas”.²³⁶

Portanto, como estamos observando, a discussão travada é eivada de controvérsias, bem como proposta pela doutrina de expressão e, adotando-se a posição favorável à supressão da separação, fatalmente a autonomia privada restaria comprometida. Por outro lado, para parte dos autores que sustenta o fim do instituto, cogitar-se da separação é retroceder no tempo, juridicamente falando.

A conclusão acima é brindada também pelos ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery, nesse sentido: “Dada a qualidade de sistema jurídico ostentada pelo Código Civil, não se pode pretender alterá-lo por simples intenção ou interpretação apressada do novo regime constitucional do divórcio. É necessária muita

²³⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

responsabilidade para examinar-se e interpretar-se o sistema do Código Civil à luz das novas modificações”.²³⁷

Relacionando este tópico com a autonomia privada e a sua valorização aqui buscada e nos termos em que estamos defendendo, precisas, mais uma vez, as lições de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:²³⁸

Em outras palavras, e sem prejuízo do direito à obtenção do divórcio, o casamento a sua dissolução estão submetidos à decisão soberana do casal, que poderá – no exercício de sua autonomia – manter o vínculo conjugal, encerrando apenas a sociedade conjugal, pela via da separação formal, que sempre teve natureza transitória e conduziu ao divórcio, desde sua criação pela L. 6.515/1977.

Outro aspecto importante no sentido de justificar a discussão relativa à culpa trazida por Rodrigo da Cunha Pereira é merecedora, entendemos assim, de maior atenção. Como o autor referido sustenta o fim da separação judicial e extrajudicial, inclusive dizendo que o Direito já vinha no sentido de não mais considerá-la, necessário se mostra entendimento em contrário, o que fazemos com base nas lições de Regina Beatriz Tavares da Silva, que aborda, também, a discussão referente à culpa, quando do descumprimento dos deveres do casamento e dissolução da sociedade conjugal.

A autora alerta que:²³⁹

As distorções na conceituação da culpa levam a idéias falhas sobre a sua existência, no plano dos fatos e no direito, nas relações de família. Caracteriza como sedutora a idéia de eliminação da culpa no tocante às discussões quando do rompimento das relações, trazendo a justificativa, sobretudo daqueles que entendem que a culpa não deve ser objeto de análise, pois ao Estado seria indesejável que interviesse na intimidade do casal, para apuração do distorcido conceito de culpa.

Com base na relevância da culpa é que a autora foi buscar elementos na Psicanálise, no sentido de melhor expor a importância que o tema merece reflexão, até porque o estudo lá buscado tem caráter científico, eis que aprofundado o estudo da

²³⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 262.

²³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 129.

²³⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37-38.

mente humana,²⁴⁰ reforçando que o debate sobre a extinção da discussão relativa à culpa não é tão simples assim.

Os estudos de Regina Beatriz Tavares da Silva, direcionados à culpa, assim encontram-se lastreados:²⁴¹

Na Psicanálise, a culpa consciente é um sentimento essencial para estabelecer limites e possibilitar o convívio em sociedade. Esse sentimento propicia a aceitação da ética e das regras morais impostas pela cultura de cada povo, limitando os impulsos instintivos. Tem, assim, importante significado nos relacionamentos interpessoais, nos comportamentos e nas atitudes sociais.

São havidas como sensações naturais de culpa as infrações a regras sociais, morais e religiosas, para quem professa a crença respectiva.

A reparação é considerada um elemento integrador, essencial, e que age sob um duplo aspecto, ou seja, “controlar o sentimento destrutivo e restaurar o dano feito”. Todavia, há pessoas, os psicopatas, que não se sentem culpados por atos cuja responsabilidade é sua, pelos danos causados; o arrependimento não é sentimento que os cerca. Contudo, há corrente que justifica a falta do sentimento de culpa com origem em alguma falha genética, bioquímica. O que é consenso, entretanto, é que a falta do sentimento, a inexistência da culpa, é grave distúrbio. A eliminação da sua discussão, para o Direito de Família, não encontra base na Psicanálise, eis que é entendida como sentimento essencial.²⁴²

No campo do Direito, “A culpa é definida como a inexecução consciente de uma norma de conduta. Trata-se de um dos fundamentos da responsabilidade civil, cuja busca vai até a subjetividade do agente, ou seja, se agiu com dolo ou foi, então, negligente, imperito ou imprudente. A consciência do agente no descumprimento de uma obrigação que deveria e poderia observar, equivalendo a imputabilidade, é de igual relevância. A indagação da autora vem neste sentido:²⁴³

Como eliminar um conceito que trata do descumprimento das normas de conduta? Isso importaria na transformação dos deveres familiares em meras recomendações, na transmutação de normas jurídicas do

²⁴⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

²⁴¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-39.

²⁴² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39-40.

²⁴³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

Direito de Família em regras de cunho puramente moral, cujas violações não gerariam qualquer consequência a seus infratores.

A fundamentação acima trazida vem também calcada em um grande exemplo:²⁴⁴

[...] não obstante a previsão legal do dever de fidelidade, se eliminada a culpa das relações familiares, poderia o cônjuge ser um infiel contumaz e nenhuma consequência sofreria. Independentemente da estipulação do dever de respeito aos direitos da personalidade do cônjuge, nenhuma sanção civil receberia aquele que, ao descumprir esse dever, tivesse violentado física e moralmente o consorte.

Como visto, a discussão da culpa pode também ser base para justificar a manutenção da separação judicial e extrajudicial e, como se não bastasse, defender que sua relevância é ímpar para o Direito, em especial para a proteção das relações familiares.

Somando-se aos argumentos acima trazidos, Yussef Said Cahali é preciso e objetivo:²⁴⁵

A disposição constitucional, em sua nova versão, continua não tendo nenhuma pertinência com a separação legal, à qual agora nem ao menos faz referência, prevista aquela, como sempre esteve, a respectiva disciplina, de forma autônoma e exclusiva regulada na legislação ordinária.

E, como se não bastasse, Regina Beatriz Tavares comenta o Código Canônico, reacendendo o tópico anterior cuja análise da influência do Direito Canônico trouxemos:²⁴⁶

Além de todo o exposto, o Brasil é um Estado laico e, por isso, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como é preservado a todos, independentemente de suas crenças, o exercício de direitos, como estabelece o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal. Em razão desses direitos fundamentais, a liberdade religiosa e de exercícios de direitos a todos os religiosos deve sempre ser preservada. Como é sabido, existem religiões que não admitem a dissolução do vínculo conjugal, como, por exemplo, a religião católica, em que não é permitido o divórcio, mas é admitida a

²⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

²⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

²⁴⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Análise do projeto de lei estatuto das famílias*. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

separação (Código Canônico, cânones 1.141 e 1.153, parágrafo 1º). Caso não estivesse mantida a separação no ordenamento jurídico brasileiro, os que professam a religião católica, dentre outras religiões que não admitem o divórcio, optariam pelo divórcio em renúncia ao seu credo ou permaneceriam em situação de separados de fato para manter sua crença, o que importaria, em ambos os casos, em violação àqueles direitos fundamentais da liberdade religiosa e ao exercício de direitos, ou seja, do direito de regularizar seu estado civil. Em caso de pedidos contrapostos, inclusive pela via reconvenção, de separação e divórcio ou vice-versa, a resposta é só uma: o Juiz deverá decretar o divórcio, caso em que o cônjuge religioso não estaria, nessas circunstâncias, praticando violação ao Código Canônico, porque não pediu a dissolução do vínculo conjugal.

Somados aos argumentos acima, as Jornadas de Direito Civil, especialmente a V Jornada de Direito Civil²⁴⁷ vem em nosso socorro, no sentido da manutenção da separação (judicial/extrajudicial), como observamos a partir da leitura dos seguintes Enunciados:

Enunciado 514: Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial.

Enunciado 515: Art. 1.574, caput: Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.

Enunciado 516: Art. 1.574, parágrafo único: Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio.

Enunciado: 517 Art. 1.580: A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

O registro de Giselda Hironaka é revelador, acerca da idéia de família. Portanto, entendemos que deve haver prudência na análise de normas que se entendem

²⁴⁷ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>> Acesso em: 07 out. 2014.

como eventualmente revogadas, como as aqui trazidas, em decorrência do novo divórcio:²⁴⁸

De resto importa constatar, desde logo, e tudo indica, que há uma imortalização da idéia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história, só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este *locus* que se renova sempre “como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto pessoal.

Entendemos que o acima transcrito, pode restar não observado, caso realmente a supressão da separação judicial e extrajudicial venha a se confirmar. O projeto de uma família pode restar abalado, caso forçado o casal ao divórcio.

A história, como visto, não pode ser desprezada: durante mais de três décadas separação e divórcio conviveram harmoniosamente em nosso Direito, e cada um com características próprias. E, como se não bastasse, não se pode:²⁴⁹

[...] deixar de reconhecer, e *respeitar*, a existência de expressiva parcela de nossa população que – seja por formação, por tradição, seja até mesmo por motivo de formação religiosa (não há nisso nenhum desdouro) – não concebe a dissolução do vínculo matrimonial.

Outro fator relevante é a Resolução nº. 120, de 30 de setembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo o direito à separação judicial mediante escritura pública. Paulo Nader, ponderando que o referido Conselho não exerce a jurisdição, reúne nomes de destaque no meio jurídico, e que reconhecem a manutenção da separação.²⁵⁰

²⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista brasileira de direito de família*. Ano I, nº. 01, abr-mai-junho 1999. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 08.

²⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

²⁵⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 205.

3.1 Separação e o entendimento jurisprudencial

Nos termos em que ressaltado no tópico anterior e na introdução deste trabalho, vimos que a doutrina divide-se no debate quanto à manutenção, ou não, da separação judicial. Portanto, relevante, para a continuidade dos estudos, analisarmos a aplicação prática das posições aqui trazidas, sob a ótica da jurisprudência de nossos Tribunais. De tal sorte que, de início, trazemos decisões da Corte Gaúcha acerca do tema. Adiantamos que esse Tribunal já se posicionou quanto à manutenção do instituto da separação, mesmo com o advento da Emenda Constitucional de nº. 66/2010, através da Súmula de nº. 39 e nº. 37.

Como observamos do posicionamento refletido neste acórdão, o entendimento é o de que a referida Emenda apenas retirou o lapso temporal como requisito do divórcio.²⁵¹ Tal entendimento também foi acompanhado por outro Relator, conforme esta decisão, que entendeu não mais ser exigida a decretação da separação para, aí então, ser decretado o divórcio, haja vista que não se exige mais lapso temporal para tanto; todavia, a decisão foi pontual ao referir que o instituto da separação judicial não restou suprimido do ordenamento jurídico.²⁵²

²⁵¹ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO, APÓS A EC 66/2010 QUE RETIROU REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. O entendimento majoritário da Corte é no sentido da permanência do instituto da separação judicial, mesmo após a EC 66/2010, que retirou os requisitos temporais para concessão do divórcio. Súmula 39 do TJRS. Demonstrada verossimilhança da alegação de necessidade e o potencial risco de dano de difícil reparação à subsistência da agravante, deve ser deferido o pedido de alimentos provisórios em antecipação de tutela liminar. PARCIALMENTE PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70049258817. Rel: Rui Portanova, Julgado em: 01/06/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013.

²⁵² Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL QUE NÃO FOI SUPRIMIDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. REQUISITOS TEMPORAIS PARA SUA DECRETAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. Persistindo no ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, e não mais subsistindo com o advento da EC nº 66/2010 os requisitos temporais (separação de fato por mais de dois anos ou da separação judicial por mais de um ano) para a decretação do divórcio, não se afigura razoável, por conseguinte, exigir das partes para a decretação da separação judicial (cujas consequências jurídicas são mais brandas do que as do divórcio) o preenchimento dos requisitos estampados no CC, quais sejam, de um ano de separação de fato para a separação litigiosa (art. 1.572, §1º) e de um ano de casamento para a consensual (art. 1.574, caput). Entendimento pacificado no 4º Grupo Cível. APELAÇÃO PROVIDA, EM MONOCRÁTICA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70047937933. Rel: Min. Ricardo Moreira Lins Pastil. Julgado em: 28/05/2012. Disponível em:

Neste outro julgamento, também pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o entendimento é o mesmo acerca da manutenção do instituto da separação. Todavia, a questão é ainda mais abordada, quando menciona o Relator que sequer as disposições do Código Civil foram alteradas, para se falar na extinção de tal instituto.²⁵³

Das ementas ora selecionadas, a conclusão a que se chega é a de que tanto a separação judicial como o divórcio convivem harmoniosamente em nossa legislação. Apenas o que houve, assim como destacado de forma unânime pela doutrina, foi a abolição dos requisitos temporais acerca da possibilidade do pedido de divórcio.

Alguns feitos estão sendo extintos sem julgamento de mérito, quando postulada a separação judicial após o advento da EC nº. 66/2010. Ao ser determinada a emenda à inicial para a mudança pedido de separação para o pedido de divórcio, e não cumprida a determinação, ocorre a extinção do processo, conforme alguns entendimentos. Todavia, em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem determinado o prosseguimento do feito.²⁵⁴ Podemos observar que, em outro julgamento, foi conferida a

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%20e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%20de%20Justi%20C3%25A7a%20do%20RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jun. 2013).

²⁵³ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL DE PREVIA SEPARAÇÃO DE FATO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO PELO 4º GRUPO CÍVEL. SÚMULA 37 DO TJRS. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA PARA ASSEGURAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. 1. Malgrado a convicção deste Relator, no sentido de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não ensejou a automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, o que somente poderia ocorrer após as devidas alterações na disciplina contida no Código Civil, mas a fim de propiciar maior segurança jurídica e atento à necessidade de se empregar o máximo de efetividade às decisões judiciais, deve prevalecer o entendimento posto na Súmula 37 desta Corte (A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC) DADO PROVIMENTO À APELAÇÃO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70047986575. Rel: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/04/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%20e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%20de%20Justi%20C3%25A7a%20do%20RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

²⁵⁴ Ementa: INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. EMENDA À INICIAL PARA PEDIDO DE DIVÓRCIO. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. Não se cogita da subsistência de determinação judicial ordenando às partes a emenda da petição inicial para mudar o pedido de separação judicial para divórcio. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto

impossibilidade jurídica do pedido de separação em razão da mencionada Emenda Constitucional, mas afastada em sede de recurso, tendo o seu curso normalmente seguido.²⁵⁵

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também entende pela manutenção do instituto da separação judicial. Interessante são as razões de decidir que, além de ressaltar a existência mencionada, buscam, também, a preservação do princípio da proteção da família, eis que a reconciliação do casal pode vir a ocorrer.²⁵⁶ Por outro

do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais! 3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A renda do varão, servidor público estadual, bem como a da mulher, assistente administrativa, não alcança a quantia de dez salários mínimos, que representa o parâmetro que se tem adotado para ponderação do status de necessitado, na acepção legal do termo. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Agravo de Instrumento Nº 70047190533. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 13/04/2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+e+extin%E7%E3o+do+feito+e+EC+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

²⁵⁵ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DE SOCIEDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PELO ADVENTO DA EC 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE NÃO RETIRA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. 2. E mesmo que assim não fosse entendido, o certo é que, no caso, o casal separou-se judicialmente em data anterior à vigência da EC 66/10. Logo, a sua condição é de separados judicialmente, soando desarrazoado atribuir efeitos de divórcio à separação judicial ocorrida antes da EC 66/10, que, no caso, em última análise, é o que faz o ilustre sentenciante, ao negar ao casal a possibilidade de restabelecer a sociedade conjugal, único elo rompido pela separação judicial. DECLARAÇÃO DE VOTO DO DESEMBARGADOR VOGAL, QUE ACOMPANHA O RELATOR PELA CONCLUSÃO, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO, MAS DIVERGE DOS PRESSUPOSTOS DA FUNDAMENTAÇÃO. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70039827159. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 27/01/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+e+extin%E7%E3o+do+feito+e+EC+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

²⁵⁶ Ementa: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NOVA REDAÇÃO DO ART. 226, DA CF. EC 66/2010. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO PROVIDO. 1. A SUPRESSÃO DA CONDIÇÃO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO, PREVISTO NO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, NÃO AUTORIZA PENSAR QUE POR ISTO TENHA HAVIDO A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

lado, encontramos, na mesma Casa, julgados em sentido oposto, ou seja, com o entendimento que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 colocou fim à separação judicial,²⁵⁷ conforme podemos observar.²⁵⁸

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina apresenta decisão que entende pela manutenção da separação judicial, mesmo com o advento da EC nº. 66/2010. No presente feito, a Corte cassou decisão de primeiro grau que extinguiu o

2. A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DEVE-SE TAMBÉM AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PRESERVA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, ESTANDO A RECONCILIAÇÃO DO CASAL, PREVISTO NO ART. 1577, DO CÓDIGO CIVIL, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM REFERIDO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.
3. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Terceira Turma. Agravo de Instrumento nº. 2011 00 2 017591-2. Rel: Des. Mario-Zam Belmiro. Julgado em: 18/04/2012. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=580194>>. Acesso em: 01 set. 2014).

²⁵⁷ Ementa: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME.

1.A COMPETÊNCIA DA VARAS DE FAMÍLIA (ART. 27, DA LEI 11.697/08 (LOJDFT) NÃO CONTEMPLA A DEMANDA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SUPOSTAMENTE CAUSADO POR UM CÔNJUGE AO OUTRO, ESTANDO A MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS. PRECEDENTES TJDFT.

2. APÓS A EC 66/10 NÃO MAIS EXISTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO FOI DELEGADO AO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL PODERES PARA ESTABELECEER QUALQUER CONDIÇÃO QUE RESTRINJA O DIREITO À RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL.

3.É POSSÍVEL A ALTERAÇÃO, EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM AÇÃO DE DIVÓRCIO, QUANDO VERIFICADO QUE AS PARTES MANIFESTAM O SEU INTERESSE EM POR FIM AO CASAMENTO.

4. ESSA ALTERAÇÃO TAMBÉM É CABÍVEL QUANDO VERIFICADO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA ECONOMIA PROCESSUAL, EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E POR SE TRATAR DE DEMANDA QUE ENVOLVE DIREITO DE FAMÍLIA, O QUE, NATURALMENTE, ENSEJA DESGASTE EMOCIONAL E PSICOLÓGICO DAS PARTES ENVOLVIDAS, NÃO SENDO VIÁVEL A SIMPLES EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PARA QUE HAJA A SUA REPROPOSITURA.

5. OS BENS, CUJA EXISTÊNCIA E PROPRIEDADE FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, DEVEM SER PARTILHADOS NA RAZÃO DE 50 % (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA PARTE.

6. DEVE SER SUSPensa A EXIGIBILIDADE DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA SE A PARTE É BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

7. NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA E DECRETAR O DIVÓRCIO DO CASAL, COM A MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADA DA AUTORA E A PARTILHA DOS BENS NO PERCENTUAL DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA, NOS TERMOS CONTIDOS NO VOTO DO RELATOR. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Cível. Agravo de Instrumento nº. 2011 00 2 017591-2. Rel: Des. Sérgio Rocha. Julgado em: 21/03/2012. Disponível em: < <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=575942>>. Acesso em: 01 set. 2014).

²⁵⁸ TJDF, Agravo de Instrumento 2011 00 2 004667-7, Rel. Des. JOÃO MARIOSI, 3ª Turma Cível, j. 29/06/2011, DJe 05/07/2011.

feito nos seguintes termos: “ação de separação judicial litigiosa ajuizada contra J.S.S., decretou a extinção do feito sem resolução do mérito por falta de interesse da parte por não ter o autor promovido a adaptação de seu pedido nos termos da inovação constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº. 66, e 13.07.2010”. Em grau de recurso, o feito retomou o seu curso, ou seja, prosseguiu a análise do pedido de separação judicial: “Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para desconstituir a sentença e determinar a devolução dos autos à origem para prosseguimento da demanda de separação judicial.”²⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar pedido de dissolução de casamento, referiu que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 apenas dispensou o então requisito temporal para que a parte busque, diretamente, o divórcio, senão vejamos: “A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio²⁶⁰”. Silenciando, portanto, em relação ao eventual fim do instituto da separação.

²⁵⁹ Ementa: AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 13.07.2010. INTIMAÇÃO DO AUTOR PARA QUE PROVIDENCIASSE A ADAPTAÇÃO DO PEDIDO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. AUTOR QUE MANIFESTA O DESINTERESSE EM MODIFICAR O PEDIDO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA E DE INTERESSE PROCESSUAL, NOS TERMOS DO ART. 267, INC. VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. MERA FACULDADE. SUBSISTÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. PRECEDENTE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. SENTENÇA CASSADA. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2011.032186-7. Rel: Des. Nelson Schaefer Martins. Julgado em: 02/02/2012. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110321867>>. Acesso em: 01 set. 2014.

²⁶⁰ Ementa: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO. EC 66, DE 2010. DISPOSIÇÕES ACERCA DA GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL SITUADO NO BRASIL. DECISÃO PROLATADA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL.

1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública.

2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio.

3. afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda.

4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha.

Também buscamos suporte, para ressaltar a permanência da separação em nosso ordenamento jurídico, através da doutrina de Clóvis Beviláqua, trazida por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Adaptando-a e contextualizando-a à nossa defesa, a discussão envolvia a possibilidade, ou não, de condenação por danos materiais e imateriais em decorrência do mesmo fato, na elaboração da legislação civil revogada. Nossa intenção é trazer os ensinamentos para reforçar a manutenção da separação judicial.

Ao tratar do dano moral, os artigos de lei que Clóvis Beviláqua tinha intenção de que integrassem o então Código Civil de 1916, eram exatamente a possibilidade de condenação a título de danos imateriais, em conjunto com pedido de danos materiais. O próprio *caput* do então art. 159 referia que quem violasse direito de outrem, ou causasse prejuízo, tinha o dever de indenizar, ou seja, ficava obrigado a reparar o dano. E, segundo os comentários ao então Código pelo próprio Clóvis Beviláqua, a norma não fazia distinção entre danos materiais e imateriais, e não excluía um em relação ao outro. É que a violação de direito poderia se dar tanto na esfera patrimonial como na esfera extrapatrimonial, não havendo, portanto, discriminação sobre qual o direito se tratava, ou seja, se recaía sobre prejuízos econômicos ou sobre questões que compunham a humanidade da pessoa. E resumiu assim Clóvis Beviláqua: “Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo”.²⁶¹

As lições acima referidas caem como uma luva ao tópico aqui desenvolvido. Ora, o texto da Emenda sequer fala em separação, quando vem, por outro lado, a facilitar o divórcio, eis que não menciona qualquer prazo para o casamento se estender. Logo, se a norma não menciona a separação, entendemos que suprimi-la mostra-se sério equívoco de interpretação, que vão no sentido das sábias palavras de Beviláqua, pois restringe o que a lei não o faz.

Como se não bastasse, as lições de Arnaldo Wald são precisas para a melhor elucidação desta dissertação, no presente ponto, que defende a manutenção da separação judicial no Brasil. O autor, ao ensinar sobre o objeto de estudo do Direito Civil, dentre outras lições, assinala que, “a partir do Método filosófico (ou crítico), examina-se a

5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. SEC 5302/EX, Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 12/05/2011). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1060425&sReg=201000698659&sData=20110607&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

²⁶¹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 454-455.

melhor norma que convém a determinada sociedade manifestando-se *de lege ferenda* (posição crítica quanto ao futuro), de lei a ser criada”. Ainda, em relação ao método dogmático, as afirmações vão no sentido de que se deve “Pesquisar e evidenciar os princípios básicos que orientam e inspiram determinado sistema jurídico, definindo os conceitos, fixando a terminologia e, finalmente, construindo o sistema das normas jurídicas“. Por último, direcionando-se ao método histórico e comparativo, assevera que a “Investigação da norma em sua evolução, devido às modificações econômicas, social e política do meio. Sem a inclusão do elemento histórico, o direito tornar-se-ia estático, divorciando-se do ambiente ao qual deve ser aplicado. Tal método visa o futuro, como o dogmático ao presente e o histórico ao passado”.²⁶² Portanto, o contexto atual, reflexo do passado, deve ser considerado para se dar interpretação que mude, radicalmente, o futuro, bem como suas consequências para tanto. Aí também reside a defesa da manutenção da separação, eis que tal mudança é, em nosso entendimento, além de não prevista constitucionalmente, lesiva à sociedade como um todo, interferindo, diretamente, na autonomia privada dos interessados.

Por fim mas não menos importante ressaltamos aspecto desta falta de unanimidade em relação à manutenção, ou não, da separação judicial, quando reflete, diretamente, nas sentenças que extinguem os processos sem julgamento de mérito, em ações desta natureza, como pudemos analisar algumas decisões nesse sentido. É que não se mostra incomum a determinação de emenda à inicial no sentido de que o pedido seja modificado para o divórcio. Em decorrência da inércia da parte, o magistrado acaba extinguindo o processo sem julgamento de mérito, por não ver atendida sua requisição, em decorrência da controvérsia que o tema revela. Portanto, processualmente, podemos encontramos óbice ao direito de ver decretada a separação judicial.²⁶³

²⁶² WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

²⁶³ Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. AUTOR INTIMADO PARA MANIFESTAR-SE SOBRE A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. DISCORDÂNCIA. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO DO AUTOR VISANDO À ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CONVERSÃO. MERA FACULDADE. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA QUE A AÇÃO TENHA SEGUIMENTO NA ORIGEM.

A nova disposição constitucional (EC 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da separação (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº. 2011.052992-0. Rel. Des: Luiz Carlos

Por tal razão, as lições acerca do Processo Civil, trazidas por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco enriquecem, sem sombra de dúvidas este tópico e o seu fechamento, senão vejamos: “O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e deles concorrem decisivamente para dar-lhe a sua própria individualidade e distingui-lo do direito material”.²⁶⁴

Portanto, respeitando posição que determina e emenda à inicial, ou até a extinção do processo, nos termos aqui observados, entendemos que tal circunstância contrária, para estes casos, toda a essência do processo civil, deixando o jurisdicionado sem a devida prestação da tutela jurisdicional, eis que não há, ainda, palavra final sobre o real fim da separação judicial e extrajudicial.

3.2 Estado laico e respeito às crenças e religiões

Anteriormente pudemos conferir a importância da religião, especialmente o Direito Canônico, no Direito de Família brasileiro e, em relação a este, quanto ao casamento. Ora, se falamos do instituto do casamento e da sua proteção, eventualmente pode acontecer de os casais, por inúmeras circunstâncias, manifestarem o seu interesse em não mais continuar com a relação: e tal circunstância desembocará ou na separação ou no divórcio.

Este tópico justifica-se, também, no sentido de contribuir para o raciocínio da manutenção da separação, no sentido de privilegiar o aspecto religioso, presente, como se sabe, de forma notória na sociedade brasileira. Até porque, para os cristãos, como já vimos, o vínculo do matrimônio é indissolúvel. Assim, a discussão, quanto a este aspecto circunda a condição de estado laico do Brasil e, paralelamente, o direito

Freyesleben. Julgado em: 22/09/2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JE340000&nuSeqProcessoMv=nuIl&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3798609&pdf=true>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

²⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49.

fundamental às crenças e religiões.²⁶⁵ Todavia, frisamos que a nossa intenção não é desprestigiar outras religiões, ou então ir no sentido de nos agarrarmos à religião para o descumprimento da lei, do ordenamento; mas, por outro lado, reforçar o impacto fático que a eventual supressão da separação pode ocasionar de forma negativa à sociedade.

Entendemos que a obrigatoriedade da opção única pelo divórcio, caso realmente adotada pelo ordenamento pode, segundo as palavras de Alexandre de Moraes, ferir questões subjetivas da mais alta relevância, eis que “O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar a sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual”.²⁶⁶

Claudia Lima Marques, Maria Cláudia Cachapuz e Ana Paula da Silva Vitória, em referência à Erik Jayme, argumentam que o direito, “[...] como expressão cultural de um povo, sofre reflexos maiores ou menores das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e mesmo religiosas de seu tempo [...]”.²⁶⁷

A questão religiosa, como podemos perceber, é muito presente em nosso país. Inclusive, Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentar o tema sobre o ensino religioso, analisa o inciso I do art. 19 da Constituição Federal. A autora faz a seguinte indagação: “Haveria proibição de ensino religioso de caráter confessional?” A resposta vem no sentido de que, em especial às escolas públicas, o ensino religioso deve ser abordado, de forma exclusiva, “pelas disciplinas histórico-antropológicas, e o conteúdo das aulas deve ser do conhecimento dos pais, que têm direito de vetar o acesso dos filhos a aulas de ensino religioso e vê-las substituídas por outra atividade”. Já em relação às escolas particulares, Rosa Maria de Andrade Nery sustenta que aos pais deve ser alcançado o conteúdo da disciplina, no sentido de eles autorizarem, ou não, a frequência de seus filhos. Para o caso da não autorização, assim como nas escolas públicas, outras atividades devem ser oferecidas: “A liberdade religiosa implica o direito de professar

²⁶⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...],

²⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 46.

²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – Direito pós-moderno? In: *Revista dos Tribunais: ano 88: volume 764: junho de 1999*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 12.

qualquer religião ou nenhuma e, também, de ter direito de transmitir os valores religiosos que se quer, de forma como se quer, aos filhos”.²⁶⁸

Portanto, chegamos à conclusão de que, se por um lado o estado laico não obriga, por outro lado, o direito fundamental às crenças e religiões é de nítida importância na vida em sociedade.

4. IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Etapa seguinte à valorização da autonomia privada no Direito de Família guarda relação com a obrigatoriedade da adoção do regime obrigatório da separação de bens, para os maiores de setenta anos, de acordo com a legislação pátria mais abaixo apontada. Assim, para a continuação de nosso estudo, conforme já referido na introdução desta dissertação, importa analisar, a partir deste momento, o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, segundo o qual obriga aos maiores de setenta anos o regime da separação absoluta de bens²⁶⁹.

Antes de enfrentarmos o tema proposto neste subcapítulo, importante referir que a Lei nº. 12.344/2010 elevou a idade mínima para setenta anos quando, originariamente, o Código Civil de 2002 previa sessenta anos: “A mudança de idade teve em conta a evolução da medicina e da qualidade da saúde, que trouxe avanços na integridade física e mental do ser humano, apesar de atingir setenta anos ou mais”.²⁷⁰

Em relação à questão da idade acima referida, importante são as lições de Johannes Doll e Fred Karl acerca do envelhecimento. Seus ensinamentos são precisos e à temática a seguir abordada e enfrentada:²⁷¹

O envelhecimento populacional do século XX foi acompanhado, pelo menos nas últimas décadas, por uma luta contra as imagens negativas da velhice. Muitas pesquisas gerontológicas apontaram para o fato que envelhecer não significa automaticamente um declínio geral e

²⁶⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de direito de família*: 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 63-64.

²⁶⁹ 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;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

²⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 598.

²⁷¹ DOLL, Johannes; KARL, Fred. Demência e pedagogia social. Estudo Interdisciplinar e Envelhecimento, Porto Alegre, v. 10, p. 45-56, 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/RevEnvelhecer/article/viewFile/4795/2701>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

irreversível. O destaque das possibilidades e chances da terceira idade e o aumento do trabalho com pessoas idosas em grupos de convivência, nas universidades da terceira idade, nos jogos adaptados, etc. Fizeram surgir uma imagem da terceira idade agradável, produtiva, divertida.

Clóvis Beviláqua comentou sobre separação obrigatória então prevista no art. 258, inciso II, do Código Civil de 1916, que a previa, entre outros, para o homem maior de sessenta anos e para a mulher maior de cinquenta anos. O autor referia e justificava a imposição em razão de idade. Observemos as suas palavras: “Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso affectivo”. A lei, admitindo a hipótese que o casamento viesse a ser realizado através de interesses subalternos, especulações pouco escrupulosas, previu, então, “que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão”. A questão da doação *inter vivos*, entre o casal, também foi vedada, eis que, caso tal providência não fosse prevista, a lei, segundo o autor, seria facilmente burlada.²⁷²

Inclusive, Carvalho Santos explicava que “o Código não admite a comunhão em alguns casos como penalidade, em outros como medida acauteladora dos próprios interesses dos conjuges”, fazendo ainda o autor menção à justificativa acima trazida por Clóvis Beviláqua.²⁷³

O regime de bens relativo à separação pode ser por exigência da lei ou então por convenção. San Tiago Dantas, ao tratar do regime da separação de bens por idade, ponderava que:²⁷⁴

O natural não é que se contraia matrimônio por motivos de interesse econômico; o interesse econômico é subalterno e, por conseguinte, o regime de bens, a título de transmissão dos interesses entre os cônjuges, está atualmente submetido a uma defesa dos fins morais do casamento que a própria lei incumbe de promover.

Arnaldo Rizzardo leciona que, dentro do regime da separação de bens, existem hipóteses com previsão expressa acerca da separação, com o objetivo maior de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública; ou até

²⁷² BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 641-645.

²⁷³ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico: por: J. M. de Carvalho Santos: advogado: direito de família: (arts. 255-367): volume: V*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934, p. 52.

²⁷⁴ DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. CÂMARA, José Gomes Bezerra; BARROS, Jair (atual). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 257-258; 289.

como forma de punição por infringência a certos impedimentos não tão relevantes.²⁷⁵ Paulo Nader explica que este tipo de regime não permite a comunicação dos bens perante os cônjuges, sejam adquiridos antes ou na constância do casamento, não importando, também, se a título oneroso ou gratuito, portanto, não se forma um acervo ou massa patrimonial comum.²⁷⁶ Carlos Alberto Bittar alerta, ainda, que cada cônjuge tem o poder, em relação ao seu acervo, de livremente gravá-lo ou aliená-lo de forma livre, nos termos dos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil.²⁷⁷

Paulo Lôbo assevera que há circunstâncias que o regime de bens é imposto, eis que o Direito entende como relevantes certas situações. Portanto, não há livre escolha aos nubentes quando: a) ocorrer alguma causa suspensiva; b) um dos nubentes tiver idade igual ou superior a setenta anos; c) quando o nubente precisar de suprimento judicial para o casamento. Explica, também, que “o direito se vale de variadas consequências jurídicas para reprimir o comportamento indesejado”.²⁷⁸ Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias, ao explicarem sobre esse regime, lecionam que “[...] impõe a lei civil restrição de liberdade de escolha do regime de bens do casamento quando um dos nubentes tiver a idade mínima (atualmente, setenta anos).²⁷⁹

Carlos Roberto Gonçalves, ao estudar as hipóteses previstas no art. 1.641 do Código Civil diz que não há necessidade de pacto nupcial. É que se trata de imposição de lei para o regime da separação.²⁸⁰

Mas encontramos sérias restrições que a lei impõe aos maiores de setenta anos casarem-se sob o regime de separação absoluta de bens e, a partir deste momento, iremos enfrentar a questão, através da posição doutrinária e jurisprudencial, com o mesmo objetivo que fizemos anteriormente, quando da análise acerca da Emenda n.º 66/2010 e os seus reflexos na legislação brasileira. Tais restrições, como veremos, interferem diretamente na autonomia privada do casal.

Silvio Rodrigues, ao fazer um histórico do Direito de Família brasileiro, tratando da discriminação que havia entre filhos legítimos e ilegítimos, explicava que tal

²⁷⁵ RIZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 594.

²⁷⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 437.

²⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. FILHO, Carlos Alberto Bittar; BITTAR, Márcia Sguizzardi (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125.

²⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 293.

²⁷⁹ JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito de família: direito patrimonial: volume XV: arts. 1.639 a 1.783*. 1. ed. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 55.

²⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 6: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 464.

situação foi sendo, paulatinamente abandonada, dando lugar a uma legislação mais humana, menos conservadora.²⁸¹ Sabemos que o mestre referia-se à filiação, todavia, gostaríamos de aproveitar do seu raciocínio antes mencionado e aplicá-lo ao regime da separação de bens. Infelizmente, não poderemos fazer isso, eis que a questão econômica, patrimonial, parece ainda estar presente para o regime em questão.

Antônio Chaves comentou sobre a restrição imposta em decorrência idade. Em primeiro lugar, fez referência ao então art. 45 da Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio. O art. 45 da referida legislação determinava que:²⁸²

quando o casamento se seguir a uma comunhão vida entre os nubentes, existente antes de 28.6.1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, § único, nº. II, do Código Civil.²⁸³

“Por que será que o legislador lhes impõe, aos demais casos, um tanto vexatoriamente, o regime de discriminação de haveres?” Esta foi a indagação de Antônio Chaves a tal preceito, dizendo ser muito antigo, eis já previsto na Lei Papia Poppaea. Explicou o autor que, “preso a conceitos tão remotos, entendia Clóvis Beviláqua que as pessoas que tivessem alcançado essa quadra de vida, teriam, por si só, passado da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo”.²⁸⁴

Outra razão foi trazida para a imposição desse regime: a de ordem moral. Dirigindo-se especialmente à mulher, houve o entendimento de que:²⁸⁵

em decorrência de sua natureza frágil e suscetível de deduções, mais a elas está sujeita pela avançamento da idade. Não será difícil sugerir a quem, já sendo naturalmente fraca em razão do sexo, o é ainda mais pela idade.

²⁸¹ RODRIGUES, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP*, v. 88. São Paulo: 1993, p. 242.

²⁸² CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: volume 5: direito de família: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 485.

²⁸³ Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

²⁸⁴ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: volume 5: direito de família: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 485.

²⁸⁵ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: volume 5: direito de família: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 486.

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, ao se referirem sobre a Lei Papia Poppaea explicam que tal norma “proibia o casamento das pessoas que houvessem ultrapassado certo limite de idade”. Todavia, por representar sérios limites à liberdade dos cidadãos, Constantino e seus sucessores acabaram por revogá-la.²⁸⁶

Pela doutrina acima trazida, podemos perceber, através de raízes históricas, o tratamento discriminatório dado à mulher, à época. Inclusive, não é à toa que Carlos Alberto Bittar Filho aduz que “[...] a família brasileira apresentava um caráter nitidamente extenso, submetendo-se seus membros à autoridade soberana do pai, que constituía o centro de gravidade de seus domínios, e das pessoas que os habitavam”.²⁸⁷

Concordamos com Maria Berenice Dias, quando assevera a autora que a limitação imposta, ou seja, a limitação da vontade aos maiores de setenta anos é cristalina afronta ao Estatuto do Idoso. É que tal limitação está longe de se constituir em uma precaução através de norma protetiva, mas sim se afigura em uma verdadeira sanção. Além do que, claramente se configura uma presunção *jure et de jure* acerca da total incapacidade mental, bem como de forma aleatória e sem a busca do legislador de qualquer subsídio probatório, para haver qualquer possibilidade de limitação da capacidade de escolha, ou seja: resta nítida a subtração da liberdade de opção da escolha para o regime de bens quando do casamento.²⁸⁸ Complementamos, então, a total e descabida desvalorização da autonomia privada, e sem qualquer justificativa plausível atualmente.

A autora acima mencionada, dirigindo-se à Constituição Federal como “A Lei Maior, que se quer cidadã, democrática e igualitária, de modo expresse, veda a discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso”. Todavia, observa que os postulados descritos “não foram suficientemente enfáticos para excluir da nova codificação civil uma *capitis diminutio* contra a chamada terceira idade”.²⁸⁹

²⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291.

²⁸⁷ FILHO, Carlos Alberto Bittar. A democracia familiar no novo código civil. *Repertório de jurisprudência IOB: 2ª quinzena de abril: n.º. 08*. São Paulo: Thomson, 2003, p. 200.

²⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

²⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: *Questões controvertidas no código civil. Série Grandes Temas do Direito Privado: volume 2*. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (atual). São Paulo: Método, 2004, p. 269.

Arnoldo Wald destaca que a exigência de tal regime, assim como acontecia no então Código Civil de 1916, é “condenada por estabelecer a desigualdade entre homem e mulher [...]”, além de ser reputada como inconstitucional, eis que implica restrição à liberdade de escolha quanto ao regime de bens por pessoas plenamente capazes de exercer os seus atos para a vida civil.²⁹⁰

Além do mais, a restrição imposta aos maiores de setenta anos expressa claramente a restrição da autonomia entre os cônjuges ou companheiros. Rolf Madaleno, para sustentar tal argumento, ilustra com as brilhantes palavras de Pontes de Miranda, em relação a tal limitação: “o legislador não consulta vontades, dita a norma”.²⁹¹

Paulo Nader analisando o regime da separação por idade assevera que a doutrina belga o qualifica como um regime negativo, eis que mantém separado o patrimônio de cada cônjuge. Como se não bastasse, é caracterizado como um regime essencialmente egoísta.²⁹² Em relação à questão patrimonial colocada, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, ao comentarem sobre o então Projeto de Código Civil de 2002, entenderam que tal codificação nasceria na contramão da própria Constituição Federal.²⁹³

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, do Código Napoleônico, migrando para uma concepção que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação.

Nesse contexto, à luz do sistema constitucional, o aspecto patrimonial, que era o elemento de maior destaque, é deixado em segundo plano.

Carlos Roberto Gonçalves, em um primeiro momento, pondera que a imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos tem caráter eminentemente protetivo, ou seja: evitar a realização de casamento com interesse puramente econômico. Todavia, ressalta que a jurisprudência e a doutrina, esta de forma

²⁹⁰ WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

²⁹¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 733.

²⁹² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 437.

²⁹³ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC: ano 1: volume 4: outubro a dezembro de 2000*. São Cristóvão: Padma, 2000, p. 245.

quase unânime, entendem que a restrição comentada é incompatível para com a dignidade da pessoa humana, igualdade jurídica, intimidade e garantia do justo processo de lei.²⁹⁴

No mesmo sentido vem a irresignação de Paulo Lôbo. Basta apenas um dos pretendentes ao alcançar a idade mínima prevista, que a norma incide determinando o regime mencionado. Todavia, a posição do autor é de descontentamento. É que tal dispositivo atenta para a dignidade da pessoa humana, além de restringir a sua autonomia como pessoa e a sua liberdade de contrair matrimônio, imposição esta não prevista constitucionalmente.²⁹⁵

Francisco José Cahali atualizando a obra de Silvio Rodrigues também enfrenta a questão, observando que tal limitação “se mostra atentatória da liberdade individual”, ressaltando que a tutela do Estado em face das pessoas com a idade referida pela lei, capazes e maiores é, além de injustificável, descabida. E, como se não bastasse:²⁹⁶

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Milton Paulo de Carvalho Filho é direto em seus comentários: “O inciso II realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de 60 anos de uma união fugaz e extremamente interesseira”. Todavia, ressalta que o dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, complementando que não há qualquer justificativa plausível que ampare tal instituto. Além de tudo, restringe também a autonomia dos nubentes, ressaltando a plena capacidade daqueles para os atos da vida civil.²⁹⁷

Fábio Ulhoa Coelho também sustenta a inconstitucionalidade deste regime de bens. Alerta que, à época de sua inserção no ordenamento, a preocupação com possíveis fraudes era legítima. Todavia, entende que não há mais espaço para a norma: “Trata-se de velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com essa

²⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 6: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 465-466.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 295.

²⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família: volume 6*. 28. ed. CAHALI, Francisco José. (atual). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 144.

²⁹⁷ FILHO, Milton Paulo de Carvalho. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. PELUSO, Cesar (coord). Barueri: Manole, 2009, p. 1771.

idade [...]”. Tal inconstitucionalidade, segundo o mestre, vem lastreada na ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹⁸ Sílvio Venosa comenta que o atual Código manteve a restrição em razão da idade, assim como a legislação anterior, apenas ressaltando que “Há quem sustente a inconstitucionalidade do princípio com base na proteção à dignidade da pessoa”.²⁹⁹

A doutrina acima vai mais além no sentido de combater tal norma, com base na Lei do Divórcio, especificamente em seu art. 45 que chegou a flexibilizar esta regra. É que havia a possibilidade de se permitir aos nubentes, quando o casamento “seguisse uma comunhão de vida por mais de dez anos, ou da qual tivesse resultado filhos”. Todavia, tratava-se de disposição transitória, eis que estabelecia, exigia como requisito, que a convivência fosse anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº. 9/77.³⁰⁰

A crítica também recai sobre o Anteprojeto Orlando Gomes por, as vezes, ser tão liberal e, em contrapartida, injusto pela restrição que impõe em decorrência de idade mínima. A sugestão vem no sentido de que um regime denominado separação facultada seria o pertinente, considerando que as partes pudessem celebrar outra opção ou, então, ao menos, fosse dada a possibilidade de, mediante autorização judicial, convencionar o regime livremente.³⁰¹

Ainda, em relação à diferenciação imposta ao idoso maior de setenta anos, eis que àquele resta obrigatório o regime da separação de bens em decorrência da idade, entendemos, como estamos sustentando, que há desigualdade na lei. E tal desigualdade revela-se que a norma faz distinção, por idade, e de forma não razoável e também arbitrária, a tratamento específico a pessoas diversas. No caso em estudo, o tratamento diferenciado não se apresenta compatível com a Constituição Federal, pois entendemos não se apresentar a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim que se visa.³⁰²

Não há razão para a discriminação por idade em relação ao regime de bens, não entendemos uma justificativa objetiva e razoável para tanto. Afasta-se, portanto o legislador do princípio da igualdade, eis que a norma em comento cria diferenciações

²⁹⁸ ULHOA, Fábio Coelho. *Curso de direito civil: volume 5*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 86.

²⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil comentado*. 2. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1709.

³⁰⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família: volume 6*. 28. ed. CAHALI, Francisco José. (atual). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

³⁰¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família: volume 6*. 28. ed. CAHALI, Francisco José. (atual). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

³⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 37.

abusivas e arbitrárias, ainda sem qualquer finalidade lícita, circunstância esta que contraria a Constituição Federal.³⁰³

Segundo a doutrina, era vedado ao Poder Público intervir nas atividades jurídicas estabelecidas entre particulares e, como consequência, não era possível a violação da autonomia privada. A justificativa para tanto era a de que a livre expressão da vontade humana, como elemento criador do direito, não era passível de intervenção autoritária destinada a limitá-la, já que a referida intervenção era considerada como um atentado odioso a um atributo da vontade humana.³⁰⁴

De acordo com o princípio da autonomia privada, é dada a possibilidade de se praticar um ato jurídico com a determinação da forma e dos seus efeitos. Vimos anteriormente que o instituto passou a ser aceito como um princípio de direito contratual. Portanto, é o particular estipulando um pacto em um chamado ordenamento jurídico menor³⁰⁵. Entendemos que tal raciocínio pode ser aplicado, perfeitamente, à escolha de regime de bens para o maior de setenta anos. Observamos, contudo, que não é nosso objetivo questionar os regimes existentes, mas, sim, buscar a possibilidade, aos que atingem a idade mínima legal, de optar pelo regime, por exemplo, da comunhão parcial. Afinal, estas pessoas podem livremente pactuar diversos contratos que não sofrem limites, como por exemplo, uma compra e venda, que acontece sem restrição em razão de eventual idade mínima de setenta anos.

Outro aspecto importante em relação à autonomia privada é que esta surge como um elemento característico dos contratos bem como de outros atos jurídicos. A doutrina, ainda, enumera alguma de suas consequências: há liberdade entre os indivíduos, para a prática de negócios jurídicos, ou de não assumir determinado compromisso; existe a plena liberdade de discussão quanto às cláusulas, condições e conteúdo do contrato, relevada a ordem pública. Portanto, em considerada a vontade das partes com base em consenso entre os contratantes, está verificada a presença de elemento fundamental para o contrato.³⁰⁶

Para a existência do contrato, alguns elementos são fundamentais, ou seja: a vontade das partes que se faz por um acordo – o consenso – e a condição objetiva

³⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008, p. 37.

³⁰⁴ NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007, p. 131.

³⁰⁵ NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007, p. 132.

³⁰⁶ NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007, p. 132.

exigida pelo direito para o reconhecimento da eficácia jurídica à vontade: a causa. Orlando Gomes, ao ensinar sobre a autonomia da vontade, aduz que tal princípio é particular do direito contratual, pela liberdade de contratar. Significa, então, o poder dos indivíduos de suscitar, através de uma declaração de vontade, os efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Ainda, mister considerar que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto. Não basta a declaração de vontade, se não estiver de acordo com a lei vigente, eis que a liberdade de contratar sempre esbarra nos princípios da ordem pública.³⁰⁷ Com tal explicação, portanto, vemos que a autonomia da vontade em relação ao regime de bens para os maiores de setenta anos fica restrita, limitada, eis que o Código Civil não lhes dá outra opção.

Ao lado das normas jurídicas, existem diversas normas que podem regular a conduta dos homens, portanto, a ciência jurídica não é a única que domina, não é a única dirigida ao conhecimento e à descrição das normas sociais. A moral também é entendida como disciplina.³⁰⁸

Observamos que se coloca em dúvida, aliás e melhor dizendo, presume-se incapaz o maior de setenta anos, quando da imposição do regime da separação de bens. Ora, nas palavras de Arnoldo Wald, “Se todos os homens são capazes de direito, podendo ter direitos subjetivos e contrair obrigações, nem todos são aptos a praticar pessoalmente os atos da vida civil”. O autor segue o seu raciocínio fazendo uma distinção entre a capacidade de direito, esta no sentido de adquirir direitos e contrair obrigações, seja por si ou por terceiros, da capacidade de fato, ou seja, aquela que autoriza o indivíduo a praticar pessoalmente os atos da vida civil sem a necessidade de assistência ou representação.³⁰⁹

Vejamos, por outro lado, que para os menores de dezoito anos, o Código Civil apresenta um número de hipóteses que regulamentam a cessação da sua menoridade, ou seja, estamos tratando dos casos de emancipação.³¹⁰ E, interessante também é, para os

³⁰⁷ NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007, pp. 132-133.

³⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 68.

³⁰⁹ WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

³¹⁰ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

casos de casamento, cuja ocorrência da emancipação se verifica, que, na hipótese de dissolução de sociedade conjugal, ainda assim subsiste a emancipação. Inclusive para os casos de nulidade ou anulação do casamento, caso contraído de boa-fé.³¹¹

César Fiuza tece severas críticas à norma do inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Alerta o autor que a constitucionalidade de tal imposição é objeto de discussão, desde que entrou em vigor. Todavia, apenas alertamos que o mestre refere a idade de sessenta anos, eis que a sua obra data do ano de 2009, quando, por outro lado, a Lei nº. 12.344, de 2010, aumentou o limite mínimo inicial para setenta anos, como anteriormente apontado. Importante, para tanto, a transcrição de suas palavras: “De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de sessenta anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 60 anos ainda é jovem, pelo menos para efeito de casamento”.³¹²

Maria Helena Diniz, de modo mais tranquilo, também entende que o nubente sofre a *capitis diminutio*, em decorrência da imposição pelo Estado. A autora pondera que aquele “tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é plenamente capaz de exercer os atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do chamado “golpe do baú”.³¹³ A autora, ainda, utiliza-se da seguinte frase: “Embora os nubentes tenham liberdade na escolha do regime matrimonial de bens, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos, excepcionais, um regime obrigatório, que é o da separação de bens”.³¹⁴

A expressão acima trazida por Maria Helena Diniz, “golpe do baú”, também é utilizada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Os autores aduzem que “A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

³¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 1: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

³¹² FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009, p. 965.

³¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

³¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1169.

quem pretende aplicar o “golpe do baú” não convence”. E são firmes ainda quando referem que a hipótese do inciso II do art. 1.641 é “absurda e inconstitucional”.³¹⁵

Os autores acima referidos ponderam que não há como se extrair da norma em comentário uma interpretação conforme a constituição, eis que viola, “escancaradamente”, o princípio da isonomia”. Ressaltam que a lei resguarda “uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros”. Ponderam que a idade avançada, por si só, não é causa a justificar a incapacidade, sugerindo procedimento de interdição, se na condição de enfermo ou deficiente mental. Finalizam, ainda, ressaltando que o limite de idade imposto pela lei não impede a pessoa de ser Presidente da República, de integrar a Câmara dos Deputados.³¹⁶ Em relação à incapacidade mencionada, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que a limitação em relação à liberdade de escolha quanto ao regime de bens, nessa hipótese em decorrência de idade, faz com que “homens e mulheres sofram uma interdição parcial ao se verem com a liberdade limitada na escolha de seu regime de bens”.³¹⁷ Arnaldo Rizzardo também segue a linha de pensamento sobre a interdição: “No entanto, permanece a ofensa em a pessoa dispor de sua vida. É incontroverso que se impôs uma parcela de interdição às pessoas com tal idade”.³¹⁸

Paulo Lôbo em seus comentários ao art. 1.641, inciso II, elucida ainda mais a questão a respeito deste ponto, com base em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Apelação Cível nº. 007.512.4/2-00³¹⁹, entendeu

³¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

³¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 327.

³¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 138.

³¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 598.

³¹⁹ Ementa: 1. DOAÇÃO. Contrato celebrados entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art. 312, cc, art. 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita a o outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem com o com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 007.512.4/2-

que “o preceito equivalente no Código Civil de 1916 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I e X.”³²⁰. Como se não bastasse, o autor menciona que a hipótese da lei é inconstitucional eis que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, reduz a sua autonomia como pessoa, reduz sua liberdade. Como consequência, entende pela inconstitucionalidade da norma.³²¹

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Borboza e Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentarem as hipóteses do art. 1.641 do Código Civil, alertam que a vontade das partes não pode interferir na obrigatoriedade do regime da separação de bens, eis que a sua liberdade sofre restrições. Mencionam os autores, especificamente quando analisam o inciso II do art. 1.641, que o legislador tinha intenção de proteger os interesses da prole, de evitar que o outro nubente tivesse em mente apenas vantagens financeiras. Ressaltam uma visão “despreocupada com aspectos existenciais”, apenas uma visão patrimonialista.³²²

Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias têm entendimento idêntico no sentido de que a disposição aqui analisada fere o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”.³²³

Assim como a doutrina trazida até aqui, os autores também concordam que a limitação imposta é discriminatória em face da presunção da falta de capacidade aos maiores de setenta anos para melhor dispor sobre o regime de bens que lhes aproveitar. A afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana também foi ressaltada. Observam, também, que para a hipótese de o casal já viver em união estável antes de sobrevir o casamento após a idade estabelecida em lei, “o entendimento dos Tribunais, mesmo antes da elevação da idade, já era no sentido de não incidir a regra do art. 1.641,

00. Re. Des: ANTONIO CEZAR PELUSO. Julgado em: 28/08/1998. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&cdForo=0&v1Captcha=zynvn>>. Acesso em: 06 mar. 2015).

³²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 295.

³²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693: volume XVI*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). São Paulo: Atlas, 2003, p. 242-243.

³²² BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266-267.

³²³ JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito de família: direito patrimonial: volume XV: arts. 1.639 a 1.783*. 1. ed. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

II, do CC”.³²⁴ A fundamentação referida vem calcada julgamento de nº. 2005.001.20785, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.³²⁵

Cristiano Colombo bem coloca o debate, situando e contextualizando a norma do inciso II do art. 1.641 à atualidade, sugerindo a retirada do rol que determina o regime da separação de bens, em especial aos maiores de setenta anos de idade. A restrição à autonomia tolhe o seu direito de escolha. Inclusive, o autor sugere a opção do regime da comunhão universal, desde que previamente ajustada em pacto antenupcial, sem que este prejudique a herança de seus sucessores. Soma-se a isso que os casais estão sujeitos, assim como todos, às situações de invalidade e anulabilidade do casamento.³²⁶

Alexandre Quartiero também coloca em dúvida a constitucionalidade da norma em questão que restringe a escolha do regime de bem para os maiores de setenta anos. Segundo suas palavras: “[...] a restrição transcende princípios de ordem puramente civil, chegando a estar em testilha com direitos fundamentais constitucionais”.³²⁷

Mais uma vez buscamos alicerce em Arnaldo Wald, quando estuda o autor sobre o Direito Civil. Refere que, em relação à análise econômica do direito:³²⁸

Com a evolução tecnológica, especialmente a das comunicações, e a globalização, a realidade econômica foi se impondo cada vez mais aos juristas, obrigando o magistrado e ao advogado a reconhecer a transformação fática que estava ocorrendo, influenciando as decisões judiciais.

³²⁴ BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO; Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266-268.

³²⁵ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO.

É possível a alteração do regime de bens, conforme o art. §º do art. 1639, do CCB/02, mesmo que o matrimônio tenha sido realizado durante a vigência do Código Civil anterior. Precedentes do STJ e do TJRJ.

A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Provimento do recurso para anular a sentença, prosseguindo o feito (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2005.001.20785. Rel. Des: José Carlos Paes. Julgado em: 04/10/2005. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003938946EE68E33341B6F3BF52D00995DFB7E6C3250718>>. Acesso em: 06 mar. 2015.

³²⁶ COLOMBO, Cristiano. Uma perspectiva acerca do regime matrimonial obrigatório de separação de bens aos maiores de setenta anos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Rio Grande do Sul*. Vol. 30. Porto Alegre: Sulina, 2012, p. 157.

³²⁷ QUARTIERO, Alexandre da Silva. Regime da separação legal de bens e direitos fundamentais. In: ALVAREZ, Leandro Montiel; MATEUS, Cibele Gralha; PORTO, Éderson Garin; QUARTIERO, Alexandre da Silva. *Lições fundamentais de direito: ensaios de teoria e dogmática jurídica do curso de direito da Ulbra Torres*. Porto Alegre: Paixão Editores, 2012, p. 26.

³²⁸ WALD, Arnaldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

Mas a Jornada I de Direito Civil, STJ 125³²⁹, veio a brindar o nosso trabalho e esforço para a superação da questão da idade, que força aos maiores de setenta anos, a adotarem o regime da separação obrigatória, no sentido da revogação do dispositivo, senão vejamos:

Proposição sobre o art. 1.641, inc. II:

Redação atual

: “da pessoa maior de sessenta anos”.

Proposta

: Revogar o dispositivo.

Justificativa

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

Regina Beatriz Tavares da Silva explica que a manutenção do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil foi justificada pelo Senador Josaphat Marinho, não por haver suspeita de casamento por interesse, e nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.³³⁰

Ainda, a autora supra referida, em conjunto com Washington de Barros Monteiro, segue posição de entender pela aplicação da restrição imposta pelo regime da separação por idade. O fundamento vem de que, em que pese a Constituição Federal tutelar sobre o direito de liberdade, deve-se atentar para as seguintes lições:³³¹

[...] é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do

³²⁹ Jornadas de Direito Civil: I, III, IV e V: enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

³³⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coordenadora). *Código civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1641.

³³¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 292.

casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.

Com o maior respeito aos argumentos acima trazidos, entendemos como equivocados e, como se não bastasse, inconstitucionais e ilegais: quanto ao primeiro, por ferir o princípio da igualdade e da não-discriminação em razão da idade; quanto ao segundo, por presumir a má-fé daquele que se casa com o idoso. Em tópico próprio mais adiante vamos esmiuçar estes conceitos.

Como visto, a grande maioria concorda que a norma aqui analisada está em descompasso com o presente. Não é à toa que Caio Mário Pereira da Silva já criticava o anteprojeto de Código Civil, desde a Parte Geral até o Direito de Família e Sucessões. Eis suas palavras:³³²

A visão panorâmica do Direito de Família, no Anteprojeto, oferece aspectos desoladores. Desconhece ele os problemas jurídicos-sociais dos tempos presentes. Conserva soluções superadas.

Entretanto, há, na doutrina e na jurisprudência, entendimento que a imposição aqui verificada foi solucionada, ou parcialmente solucionada, através da Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal, como, no próximo subcapítulo, iremos demonstrar e analisar. Por outro lado, também veremos que existem severas críticas à normatividade do referido enunciado.

4.1 Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal

Como estudado até este momento, praticamente todo o entendimento doutrinário critica, severamente, a norma do inciso II do art.1.641 do Código Civil, pelos motivos e justificações que trouxemos.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1964, buscou corrigir as distorções, as situações de injustiça que observamos pelas críticas da doutrina, de modo que editou a Súmula nº. 377, cuja importância acabou na alteração do regime de bens então imposto pelo Código Civil. É que “Ao ser autorizada a comunhão dos bens

³³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de código civil*. In: Revista Forense: Abril: Maio: Junho de 1973: Ano 69: Fascículos 838-839-840. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 23.

adquiridos durante o casamento, acabou a jurisprudência por transmutar o regime da separação total dos bens para o regime da comunhão parcial”.³³³

Assim, importante para a continuidade deste estudo é sabermos a origem da mencionada Súmula bem como o seu contexto em nosso ordenamento jurídico. Silvio Rodrigues, em um primeiro momento, ensinou sobre a natureza das súmulas para, depois, posicionar-se sobre o enunciado do Supremo Tribunal Federal.³³⁴

Em rigor, a Súmula não tem natureza normativa, pois o juiz não fica adstrito a aplicá-la. Entretanto, na prática, ela funciona como norma, porque no mais das vezes, será inútil desprezá-la, pois as instâncias superiores – e quando não o Supremo – certamente modificarão o julgamento rebelde.

Em continuidade, o mestre acima referia que a Súmula apoiou-se, teve origem, em quatro julgamentos, nos anos de 1943, 1946, 1947 e, por último, em 1948, girando a controvérsia em torno do art. 259 do Código Civil³³⁵ à época vigente. A primeira decisão que entendeu pela comunhão dos aquestos derivou da idéia de que houve uma sociedade de fato entre os cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória, considerando a conjugação de esforços comum. A jurisprudência vinha observando situações injustas, especialmente quanto à casais estrangeiros, principalmente italianos. É que na época da emigração para o Brasil, o regime de bens vigente na Itália era o da separação. “Assim, como no Brasil se aplicava, então, o *jus sanguinis*, em caso de dissolução de casamento daqueles casais (em geral pela morte de um dos cônjuges)”, cujo matrimônio fora em terras italianas, aplicava-se a lei daquele país. A injustiça: os bens, fruto dos trabalhos de ambos os consortes estavam em nome do marido e, no caso de seu falecimento, nada cabia à viúva, eis que o acervo era passado à prole. A situação relatada, em sua maioria, acontecia no Estado de São Paulo.³³⁶

³³³ DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: Questões controvertidas no código civil. Série Grandes Temas do Direito Privado: volume 2. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (atual). São Paulo: Método, 2004, p. 271.

³³⁴ RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 175.

³³⁵ Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

³³⁶ RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 175.

Nádia de Araújo e Daniela Trejos Vargas também discorrem sobre a questão dos italianos, naquela época, em nosso país:³³⁷

Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era agora e de um país distante de sua realidade pessoal (ou seja, vieram já casados e obtiveram seu patrimônio no país adotado, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face da imutabilidade do regime). [...] Havia hipóteses em que a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Em razão desse contexto, os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em alguma hipótese, como a dos maiores de sessenta anos.

As autoras supra referidas concluem, então, com base no raciocínio acima, que o tema foi consolidado através da Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal.

O segundo julgamento tratou de invocar a norma do então art. 259, que previa a comunicação dos aquestos, independentemente do esforço comum. Houve controvérsia:³³⁸

Note-se que a viúva, nesse caso, ao propor ação reivindicatória da metade dos aquestos, alegou que eles tinham sido adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges; a contradita negou a existência da sociedade de fato entre os cônjuges, de modo que a controvérsia se fixou nesse ponto. A sentença de primeira instância acolheu o pedido, por reconhecer a existência daquela sociedade, e o Tribunal do Rio de Janeiro reformou tal decisão, por entender que não se lograva provar a sociedade de fato.

O julgamento do STF é curioso, pois o Min. Relator, entendendo que a decisão era de fato, eis que se cogitava da existência ou não de sociedade de fato, não conheceu do recurso. Entretanto, a maioria, inovando a controvérsia, decidiu contrariamente, proclamando que a tese era de direito, não de fato, pois se tratava saber da aplicação, ou não, à hipótese, do art. 259 do CC. Entendendo ser aplicável aquele dispositivo, o STF, por maioria de votos, deu provimento ao recurso.

O terceiro julgamento, a seu turno, foi em sentido contrário, eis que a maioria entendeu que o art. 259 do revogado Código Civil era somente aplicado aos casamentos

³³⁷ ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC: Ano 3: Vol: 11: julho a setembro de 2002*. Rio de Janeiro: Padma, 2002, p. 123.

³³⁸ RODRIGUES, Silvío. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 178.

realizados pelo regime convencional da separação, e não para a separação obrigatória. O voto vencedor foi no sentido da idéia de contrato que o dispositivo previa: na ausência de vontade das partes no sentido de comunicação dos aquestos, não existe contrato, pois ausente a vontade, como determinante.³³⁹

Já o derradeiro acórdão renovou o debate, com a sustentação da aplicação do art. 259 e por outro lado, de sua negativa. Contudo:³⁴⁰

[...] mas a ementa do acórdão volta a falar em “comunhão de aquestos, que se funda na cooperação de ambos os cônjuges”. E se completa: “Esta sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infligir lesão injusta aos cônjuges, que, pelos esforços e indústria comuns, obtiverem bens, que devem formar um caixa social [...]”.

Francisco Jose Cahali, analisando a Súmula nº. 377 e o art. 259 do Código Civil revogado, em artigo homenageando Silvio Rodrigues, traz as palavras do mestre acerca de tais disposições:³⁴¹

Este parágrafo, que se encontra nas 25 primeiras edições deste volume, teve sempre por escopo comentar o artigo 259 do Código Civil e a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal. O artigo 259 representava um aleijão em nossa legislação civil e a Súmula nº. 377, que ampliava injustamente o alcance daquele infeliz dispositivo aos casamentos realizados pelo regime legal da separação, também não merecia maiores encômios.

Gustavo Tepedino também alerta para a controvérsia relevante que a Súmula veio a trazer no meio jurídico. Afirma o autor, também, que tal preceito não foi reproduzido no Código Civil de 2002, situação esta que acarreta dúvidas quanto à aplicabilidade daquela, em que pese haver entendimentos no sentido de manter a Súmula, mas também em posição contrária. Todavia, ressalta o autor que o fundamento

³³⁹ RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 179.

³⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 180.

³⁴¹ CAHALI, Francisco José. A súmula nº. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Revista do Advogado: ano XXIV: Junho de 2004, nº. 76*. São Paulo: Revista do Advogado, 2004, p. 28.

do enunciado baseia-se nos princípios da solidariedade social e no enriquecimento sem causa.³⁴²

Portanto, da narrativa anterior, através da doutrina de Silvio Rodrigues, podemos observar o nascedouro da Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal, passando, neste momento, a sua análise em épocas atuais.

Milton Paulo de Carvalho Filho, em obra coordenada pelo Ministro Cesar Peluso, analisa, de forma breve, o entendimento relativo à Súmula nº. 377. Em que pese a Súmula dispor que os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se, o Superior Tribunal de Justiça passou a exigir prova do esforço comum do casal na aquisição dos bens, na constância do casamento, ou seja, “amenizou o entendimento sumulado”. Todavia, esclarece que o entendimento do Supremo permanece em vigor:³⁴³

Contudo, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade social, do enriquecimento sem causa e da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o entendimento sumulado permanece em vigor, devendo ser levado em consideração para os casos de separação obrigatória de bens, ou seja, aqueles previstos no artigo comentado. Enquanto se verificarem as causas estabelecidas pela lei para a aplicação do regime de separação total, aplica-se a Súmula nº. 377.

A crítica ao artigo 259 do então Código Civil vinha no sentido de que tal norma destoava do sistema. É que a previsão anterior era no sentido de que mesmo com o regime da separação, o silêncio das partes no pacto antenupcial em relação aos bens adquiridos na constância do casamento fazia com que houvesse a comunicação. O preceito em questão, segundo Francisco José Cahali não figura no projeto elaborado por Clóvis Beviláqua. Assim, o que destoava do sistema era a comunicação dos bens adquiridos, eis que desvirtuava a natureza do regime da separação. Vamos às palavras do autor ora referido:³⁴⁴

Ora, aplicando-se a regra do artigo 259 ocorre o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão casando

³⁴² TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões: Fev-Mar: 2008: Ano IX: nº. 2*. Belo Horizonte: Magister, 2008, p. 12-13.

³⁴³ FILHO, Milton Paulo de Carvalho. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. PELUSO, Cesar (coord). Barueri: Manole, 2009, p. 1771.

³⁴⁴ CAHALI, Francisco José. A súmula nº. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: *Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Revista do Advogado: ano XXIV: Junho de 2004, nº. 76*. São Paulo: Revista do Advogado, 2004, p. 28.

pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comunicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens; e que os bens aquestos *também* não se comunicam.

Portanto, a doutrina de Silvio Rodrigues trazida por José Francisco Cahali é clara no sentido da crítica aqui demonstrada. E, como se não bastasse, a Súmula nº. 377 do Supremo Tribunal Federal restaria revogada por não ter sido recebida pelo atual Código Civil. É que “não mais se admite a prevalência dos princípios da comunhão parcial quanto aos bens adquiridos na constância do casamento pelo regime da separação obrigatória”. Portanto, passa a ser a separação obrigatória o regime da efetiva separação e não mais um regime da comunhão simples, quando admitida a meação sobre os aquestos.³⁴⁵

Todavia a fundamentação acima exposta admite uma exceção: a comprovação do esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens. Nesse caso, está caracterizada uma sociedade de fato “sobre o patrimônio incrementado em nome de apenas um dos consortes, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento”.³⁴⁶

Rolf Madaleno é expresso ao referir e apontar a discriminação, por parte da lei: “Era esperado fosse modelo definitivamente extirpado do Direito Civil brasileiro, tanto quando faz incidir o regime legal da separação de bens sobre casamentos cobertos pela áurea suspensiva do art. 1.523 do Código Civil, quando aplica a mesma forma para discriminar pessoas que casam com mais de setenta anos [...]”. O referido autor menciona que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal³⁴⁷ já havia afastado de nosso ordenamento jurídico o regime obrigatório da separação de bens. Os efeitos de tal regime, segundo Rolf Madaleno, eram os de apenas “desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação formal e espiritual e para o crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar”.³⁴⁸

³⁴⁵ CAHALI, Francisco José. A súmula nº. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. *Revista do Advogado: ano XXIV: Junho de 2004*, nº. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004, 28-29.

³⁴⁶ CAHALI, Francisco José. A súmula nº. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. *Revista do Advogado: ano XXIV: Junho de 2004*, nº. 76. São Paulo: Revista do Advogado, 2004, p. 29.

³⁴⁷ “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

³⁴⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 733-734.

Maria Berenice Dias afina-se com o a posição acima trazida. Podemos observar que a Magistrada referiu, expressamente que, mesmo para os casos do regime da separação absoluta por idade, ao patrimônio adquirido através do esforço comum incidem os efeitos da Súmula n.º. 377³⁴⁹ do Supremo Tribunal Federal.³⁵⁰ Ainda, refere injustiça, ressaltando que edição da Súmula ora em estudo corrigiu distorções.³⁵¹

Theotônio Negrão José Roberto Gouvêa também fazem referência à Súmula n.º. 377 do Supremo Tribunal Federal, trazendo interpretações de que:³⁵²

a comunicação de bens para os casos de regime pela separação obrigatória restringem-se aos adquiridos “resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se aperfeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa.

Humberto Theodoro Júnior, atualizando a obra de Orlando Gomes, comenta sobre o regime da separação obrigatória por idade. Ressalta o autor que, mesmo na

³⁴⁹ NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

³⁵⁰ Ementa: APELAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. Não se conhece dos documentos juntados com o apelo em inobservância à previsão contida no art. 397 do diploma processual civil, mormente quando a análise de tal documentação implicaria supressão de um grau de jurisdição. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. Impositivo o reconhecimento da união estável quando a prova colacionada aponta para a existência de uma relação que atende aos requisitos legais. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Art. 1641, II, CC. DESCABIMENTO. SÚMULA 377 DO STF. De todo descabido aplicar à união estável a restrição imposta no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, seja em razão do atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, seja em razão da vedação do uso da analogia para o fim de se restringir direitos. Ao depois, ainda que considerada a prevalência do regime obrigatório, admite-se a partilha igualitária do patrimônio comum, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro, por força da Súmula 377 do STF. ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. Evidenciado que a consorte não tem condições de arcar com o seu sustento e que o varão possui meios suficientes de prestar alimentos, imperiosa se mostra a fixação da obrigação. Negado provimento ao recurso do varão e, por maioria, dado parcial provimento ao recurso da virago, vencida em parte a Relatora que provia em maior extensão. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N.º 70014925432. Rel. Des.: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/07/2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipos%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014925432%26num_processo%3D70014925432%26codEmenta%3D1497909+regime+de+bens+e+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+s%C3%BAmula+n%C2%BA.+377++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014925432&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=12/07/2006&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 09 mar. 2015).

³⁵¹ DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: *Questões controversas no novo código civil*. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord). Série Grandes Temas de Direito Privado: vol: 2. Método: São Paulo: 2004, p. 269.

³⁵² NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código civil e legislação em vigor*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 462.

existência de convenção antenupcial, ela é nula de pleno direito, caso não observe a idade mínima para casamento. O autor é claro: “[...] quanto aos nubentes se retira a liberdade de escolha”. De tal sorte que prevalecerá a lei, circunstância que não impede que o casal adquira bens em comum.³⁵³

Mas importante é a observação que faz o autor acima mencionado, acerca da prevalência dos princípios do regime da comunhão parcial à separação obrigatória por idade, haja vista o reconhecimento “à companheira participação nos bens adquiridos durante o concubinato”. Como se não bastasse, a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal vem em socorro à hipótese trazida.³⁵⁴ Inclusive, Carlos Alberto Bittar leciona que “em havendo omissão no pacto antenupcial, prospera o entendimento de que ocorre a comunhão de aquestos, pois se entende que adquiridos os bem por esforço comum”.³⁵⁵

O Superior Tribunal de Justiça analisou caso análogo. Todavia, restou consignado que, ante à ausência da prova do esforço comum para aquisição de determinado bem este ficou excluído da partilha.³⁵⁶

Importante referir também a questão que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam acerca da comunicação dos aquestos e da falência do casamento: não haverá qualquer comunicação referentes aos bens adquiridos na condição da separação de fato. Ou seja, fora da constância do casamento.³⁵⁷

³⁵³ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. JÚNIOR, Humberto Theodoro (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 176.

³⁵⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. JÚNIOR, Humberto Theodoro (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2000

³⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. FILHO, Carlos Alberto Bittar; BITTAR, Márcia Sguizzardi (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126.

³⁵⁶ Ementa: CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À DADA PELA LEI 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESTIGIAR A UNIÃO ESTÁVEL EM DETRIMENTO DO CASAMENTO. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA. BENFEITORIA EXCLUÍDA DA PARTILHA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.

2. De acordo com o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, com a redação anterior à dada pela Lei 12.344/2010 (que elevou essa idade para setenta anos, se homem), ao nubente ou companheiro sexagenário, é imposto o regime de separação obrigatória de bens.

3. Nesse caso, ausente a prova do esforço comum para a aquisição do bem, deve ele ser excluído da partilha.

4. Recurso especial desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1369860/PR. Rel. Min: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Julgado em: 19/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302102&num_registro=201300679867&data=20140904&formato=HTML>. Acesso em: 09 mar. 2015).

³⁵⁷ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1434.

Por último, Silvio Rodrigues destaca a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo em decorrência da Súmula ora analisada, eis que aquela “cria ou pode criar um Direito que se afasta do editado pelo legislador”.³⁵⁸

4.2 União estável iniciada e reconhecida cujo um dos companheiros tem idade mínima de setenta anos

Questão também de extrema importância em relação à separação obrigatória em decorrência da idade guarda relação direta com outro dispositivo do Código Civil: o artigo 1.725. Ao tratar do regime dos companheiros, silencia quanto à obrigatoriedade da separação, bem como não impõe idade, bem como, na ausência de contrato, adota o regime da comunhão parcial ao regime de bens.³⁵⁹

Mas em que pese o silêncio da lei referente às relações envolvendo os maiores de setenta anos, como na hipótese da referida norma do art. 1.725 do Código Civil, a jurisprudência tem interpretação no sentido de que, para pessoas acima do limite da lei (setenta anos), mesmo nas uniões estáveis, cuja regra, insistimos, cala quanto à idade, o regime a ser adotado deve ser o da separação obrigatória.

Álvaro Villaça Azevedo entende que deve ser aplicada a regra da separação absoluta de bens, em decorrência da idade, prevista para o casamento, também para os casos de união estável que também incorrem na idade de setenta anos, de forma análoga. A justificativa do autor vai no sentido de que “[...] na união matrimonial, após essa idade, muitos direitos já se consolidaram na família dos cônjuges ou conviventes, que merecer ser respeitados [...]”.³⁶⁰

Milton Paulo de Carvalho Filho, ao discutir a questão da obrigatoriedade do regime de bens imposta aos maiores de setenta anos (sessenta, quando discorreu sobre o tema, eis que antes da alteração legislativa que aumentou a idade para setenta anos), aduz que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil prevê a obrigatoriedade do regime, apenas para os cônjuges, bem como que a dicção do artigo 1.723 também do Diploma Civil não faz qualquer menção à idade dos companheiros, assim como qualquer outro

³⁵⁸ RODRIGUES, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 175.

³⁵⁹ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

³⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 296.

dispositivo do Código. Portanto, conclui que, nos casos de união estável, não restaria aplicada a obrigatoriedade do regime da separação de bens imposta ao casamento.³⁶¹

Entretanto, o referido autor cita os ensinamentos de Zeno Veloso, que possui entendimento em sentido contrário, ou seja, de que não cabe tratamento diferenciado à união estável à lei conferida ao casamento, tendo incidência àquela às prescrições contidas no artigo 1.641, inciso II, do Código. Tal argumento é reforçado, ainda, com o objetivo de se evitar tratamentos diferenciados para a imposição do regime da separação obrigatória de bens, seja no casamento seja na união estável. Busca-se evitar relações exclusivamente interesseiras.³⁶² Respeitado o posicionamento de Zeno Veloso, mas, relações interesseiras, termo este usado pelo autor, podem ocorrer em qualquer circunstância da vida, bem como em qualquer idade.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a decisão foi no sentido de que “Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta”,³⁶³ e, no mesmo sentido,

³⁶¹ FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO. Cezar (org). *Código Civil comentado*. 3. ed. Barueri: 2009, p. 1927.

³⁶² FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO. Cezar (org). *Código Civil comentado*. 3. ed. Barueri: 2009, p. 1927.

³⁶³ Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie.

o julgamento em questão.³⁶⁴ Na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça perfilha o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual também determinou a aplicação do regime da separação por idade, senão vejamos: “Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia)”.³⁶⁵ Este julgamento, também da Corte Gaúcha, registrou a obrigatoriedade da

7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha.

8. Recurso especial de G. T. N. não provido.

9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1171820/PR Rel: Min. Sidnei Beneti. Rel. para acórdão: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 07/12/2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1016979&sReg=200902413116&sData=20110427&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

³⁶⁴ Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.

2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 646259/RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014.

³⁶⁵ Ementa: AGRAVO RETIDO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BACEN. DESCABIMENTO, NO CASO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CONVIVENTE SEPTUAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA 377 DO STF. PARTILHA DE BENS E DE VALORES. 1. Por ser medida excepcional, a expedição de ofício ao Banco Central para obtenção de informações a respeito da existência de contas bancárias e de movimentações financeiras somente deve ser adotada quando esgotados outros meios para obtenção das informações patrimoniais, o que não se verificou na espécie. Agravo retido desprovido. 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 72 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum, que é presumido. Precedentes do STJ. 3. Ausente comprovação de que, com exceção dos R\$ 45.000,00, fruto da venda de um apartamento que o convivente possuía antes do início da relação estável, a aquisição dos demais bens imóveis que o substituíram ocorreu com a utilização de recursos exclusivamente seus, resta demonstrada a parcial sub-rogação, devendo ser mantida a sentença no ponto. 4. Não tendo sido demonstrada a ocorrência de sub-rogação, deve ser reconhecida a comunicabilidade da integralidade do box nº 5, em relação ao qual não foi demonstrada a ocorrência de sub-rogação. Sentença reformada, no ponto. 5. Idêntica solução deve ser dada em relação ao automóvel adquirido na constância da união, sendo comunicável, em razão da parcial sub-rogação comprovada, o percentual de 48,12% do bem. Sentença reformada, no ponto. 6. Devem ser partilhados os valores depositados em conta poupança em nome do companheiro, na medida em que não restou afastada a presunção de que representam economias do casal, não revelando as declarações de renda acostadas ao feito que são frutos de bens de titularidade exclusiva do varão, devendo, todavia, ser abatida do valor depositado ao tempo do óbito aquela quantia já existente ao tempo do início da relação. Sentença reformada, no ponto. 7. Inviável a inclusão na partilha do valor de R\$ 47.000,00, pois ausente comprovação de que, assim como declarado junto ao fisco no ano de 2010,

separação obrigatória de bens em relação à união estável, ressaltando, igualmente à anterior decisão trazida e comentada, o início do tempo da relação, cujo idos já contava com mais de oitenta anos de idade.³⁶⁶

Portanto, seja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aquela revela-se pacífica e maciça quanto a sua aplicação,³⁶⁷ não abrindo, deste modo, margem para maiores discussões³⁶⁸,

tal quantia estivesse efetivamente em seu poder na data do óbito, inexistindo, ademais, indícios de que a companheira tenha se apropriado de tal valor. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70051216505. Rel: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 28/02/2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051216505%26num_processo%3D70051216505%26codEmenta%3D5125442+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70051216505&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-02-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

³⁶⁶ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. CONVIVENTE OCTAGENÁRIO. APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. PARTILHA DE BENS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O VEÍCULO TENHA SIDO ADQUIRIDO EXCLUSIVAMENTE COM O PRODUTO DA VENDA DE BEM EXCLUSIVO DO CONVIVENTE. BENS MÓVEIS QUE GUARNECIAM A RESIDÊNCIA DO CASAL. PARTILHA DE UM FOGÃO À LENHA E DE UMA CAMA. 1. Não há falar em ausência de interesse processual no ajuizamento de ação declaratória de união estável post mortem, sob o argumento de que aplicável ao caso o regime da separação obrigatória de bens, uma vez que a declaração perseguida independe da questão patrimonial, que é apenas uma sua consequência lógica (meação/ herança). 2. Reconhecida judicialmente a união estável, incidem nesta relação, considerando que ao tempo do início o companheiro já contava com 80 anos de idade, as regras do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, II, do CC, em analogia), comunicando-se eventuais aquestos resultado do esforço comum. Precedentes do STJ. 3. Em que pese isso, não se desincumbiram os recorrentes (sucessores do convivente falecido) de comprovar a alegação de que para a aquisição do veículo, no curso da união, foram utilizados exclusivamente os recursos da venda de bem particular do falecido, razão por que corretamente reconhecido o direito de meação da recorrida sobre diferença investida por ambos nessa aquisição. 4. À exceção de um fogão à lenha e de uma cama, os demais bens móveis que guarneciam a residência do casal não integram o acervo partilhável, pois, consoante admitido pela própria convivente em seu depoimento pessoal, já pertenciam ao convivente antes do início da relação. Ponto parcialmente acolhido. PRELIMINAR REJEITADA, APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70047381082. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 14/06/2012. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047381082%26num_processo%3D70047381082%26codEmenta%3D4749360+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70047381082&comarca=Comarca+de+Taquari&dtJulg=14-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

³⁶⁷ Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

ou seja: é aplicado o regime da separação absoluta de bens por razão de idade, mesmo para as hipóteses envolvendo a união estável.

Maria Helena Diniz, ao comentar a respeito da Súmula aqui analisada, faz menção ao Enunciado n.º. 261 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.³⁶⁹ No mesmo sentido noticiou Milton Paulo de Carvalho.³⁷⁰

4. 3 Discriminação em razão da idade

A maior parte dos doutrinadores atuais busca identificar as bases da fundamentação da dignidade da pessoa humana, bem como a sua conceituação, nos pensamentos de Immanuel Kant, aduzindo este que a pessoa humana possui uma qualidade peculiar e insubstituível, que é a dignidade. Compara, para melhor elucidar, a determinada coisa e seu preço que, a tendo, pode ser substituída; não tendo preço, não se admite a substituição, e existindo a dignidade. Portanto, esse é o motivo pelo qual a dignidade está acima de qualquer preço, sendo atributo exclusivo da pessoa humana.³⁷¹

A base da teoria de Kant, portanto, merece referência por evidenciar que a dignidade da pessoa humana impossibilita o que chamou de coisificação e a instrumentalização dos seres humanos, já que são considerados fins, e não meios. Conclusão a que se chega é a de que a dignidade é uma qualidade congênita,

1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta.

2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n.º 646.259 – RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

³⁶⁸ STJ, REsp 918643/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 26/04/2011, DJe 13/05/2011; REsp REsp 1171820 / PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 07/12/2010, DJe DJe 27/04/2011; REsp AgRg no REsp 194325 / MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª Turma, j. 08/02/2011, DJe DJe 01/04/2011; REsp REsp 471958 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18/12/2008, DJe 18/02/2009.

³⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1169.

³⁷⁰ FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO. Cezar (org). *Código Civil Comentado*. 3. ed. Barueri: 2009, p. 1928.

³⁷¹ NARCISO, Leandro Xavier Baez, JANCZESKI, ARMANDO, Célio (Coord). *Constituição Federal Comentada*. Juruá: Curitiba, 2011, p. 20-21.

irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos. De tal sorte que a dignidade da pessoa humana não decorre do ordenamento jurídico, é anterior a ele, constituindo um bem inato e que não pode ser retirado ou concedido por pessoas.³⁷²

Entendida como a base da sociedade, a família tem especial proteção do Estado. Quanto aos idosos, vários dispositivos referem a velhice como objeto de direitos específicos, tais como o direito previdenciário,³⁷³ o direito assistencial.³⁷⁴ Todavia, dois dispositivos constitucionais merecem destaque, eis que o objeto de sua consideração é a pessoa na terceira idade.³⁷⁵

A Constituição Federal, em seu artigo 230,³⁷⁶ refere que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparo às pessoas idosas, e assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem estar, e garantindo o direito à vida. Como se não bastasse, a Lei de nº. 8.842/94, que dispõe sobre a política nacional do idoso, criando também o Conselho Nacional do Idoso, busca assegurar os seus direitos sociais, criar condições para a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.³⁷⁷ Por outro lado, a Carta tem como direito fundamental o princípio da igualdade³⁷⁸ e, como se não bastasse, veda discriminações, entre outros aspectos, em razão da idade, eis que tal disciplina é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.³⁷⁹

³⁷² NARCISO, Leandro Xavier Baez, JANCZESKI, ARMANDO, Célio (Coord). *Constituição Federal Comentada*. Juruá: Coritiba, 2011, p. 21.

³⁷³ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada

[...].

³⁷⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...]”.

³⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 851-852.

³⁷⁶ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

³⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 852.

³⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

³⁷⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Cristiano Heineck Schmitt, ao tratar do idoso, ensina que o Estatuto do Idoso, em seus arts. 8º e 9º, respectivamente, tratam do envelhecimento como direito personalíssimo, sendo a sua proteção direito social, bem como ser obrigação do Estado a garantia à pessoa idosa de proteção à saúde, à vida. A obra ora citada relaciona-se com a proteção do idoso no mercado de consumo, todavia, é de importância ímpar à presente dissertação, especialmente neste ponto do trabalho, senão vejamos: “Assim, se há discriminação com o idoso, esse não detém uma representatividade de seus interesses, o que lhe impõe um isolamento, uma exclusão social, estar-se-á diante de uma sociedade que não reflete suas necessidades nas leis que faz promulgar e cumprir”.³⁸⁰

Mas, além da proteção aos direitos dos idosos, é importante ressaltar, também, a limitação da capacidade que a lei impõe àqueles, explica-se.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho alertam que a questão inerente à personalidade jurídica é das mais importantes no tocante à Teoria Geral do Direito Civil.³⁸¹ A nossa intenção é associar o conceito à pessoa natural, em que pese salientarmos a importância da personalidade, no que se refere às pessoas jurídicas. Todavia, quanto a essas, especificamente, não são objeto deste estudo e, por razões de delimitação do tema, não serão abordadas.

Os autores supra referidos assim conceituam personalidade jurídica: “[...], é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos”,³⁸² de acordo com o Código Civil,³⁸³ passando a surgir após o nascimento com vida (teoria natalista)³⁸⁴, nos termos da legislação ora mencionada.³⁸⁵

Mas, ao se adquirir a personalidade jurídica, toda a pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações, ou melhor, como se observa da expressão capacidade jurídica, de Marcos Bernardes de Mello: “a aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas,

³⁸⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

³⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

³⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127.

³⁸³ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 131.

³⁸⁵ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica”.³⁸⁶

Para o caso da imposição ao regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, vejamos as seguintes lições acerca da aptidão das pessoas para a realização, para o exercício dos seus direitos: “Nem toda a pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos em razão de limitações orgânicas ou psicológicas”. Para os casos de as pessoas poderem atuar de forma pessoal, elas possuem o que se chama de capacidade de fato ou de exercício e, assim melhor: a capacidade civil plena.³⁸⁷

Será que as pessoas que se encontram em idade igual ou superior a setenta anos não gozam de sua aptidão para a prática dos atos da vida civil? Ora, tal imposição não nos parece, de longe, saudável, além de inconstitucional. O nosso ordenamento jurídico, em especial o Código Civil, trata dos absolutamente incapazes³⁸⁸ e dos relativamente incapazes³⁸⁹ ao exercício dos atos da vida civil.

Outro aspecto importantíssimo trazido, para reforçar e finalizar este tópico, já que estamos tratando de capacidade e da incapacidade, trata da cessação desta última. Carlos Roberto Gonçalves, ao lecionar sobre o tema, assim explica: “Cessa a incapacidade desaparecendo os motivos que a determinaram. Assim, no caso da loucura e da surdo-mudez, por exemplo, desaparece a incapacidade, cessando a enfermidade físico-psíquica que as determinou. Quando a causa é a menoridade, desaparece pela *maioridade* e pela *emancipação*”.³⁹⁰

Mas uma das causas de emancipação nos levanta curiosidade, ou seja, a emancipação voluntária, prevista pelo artigo 5º, § único, incisos I a V do Código

³⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

³⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138.

³⁸⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

³⁸⁹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

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

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

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

³⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro: volume 1: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

Civil.³⁹¹ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a emancipação é, independentemente de sua forma, irrevogável.³⁹²

Pode o menor ser emancipado, mas não pode o adulto experiente dispor do melhor regime que lhe aproveitar. Além de tudo, para este confronto específico entre incapacidade e capacidade, a contradição é transparente. Até porque, se a emancipação é concedida ao maior de dezesseis anos e, como consequência, a lei o antecipa a ter aptidão, como vimos, para os atos da vida civil, faticamente, a pessoa continua sendo menor, tendo uma mente ainda não adulta. Por outro lado, quanto mais experiente o idoso vai ficando, ao completar setenta anos, em que pese faticamente esteja mais experimentado, a lei lhe restringe tal capacidade.

4.4 Boa-fé objetiva e presunção

Como estamos sustentando, entendemos que a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória, se sob a perspectiva do idoso, induz a uma incapacidade presumida, também, pela ótica do companheiro (a) ou cônjuge daquele, induz à presunção de má-fé deste, como veremos a seguir, segundo nossa posição.

Já no período do Direito Romano:³⁹³

a atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentius*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius gentium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio *do iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.

³⁹¹ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

³⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto: *Direito civil brasileiro: volume 1: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

³⁹³ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 32.

Daniel Ustárróz completa asseverando que a tutela da boa-fé não é criação da modernidade ou da era contemporânea, pelo contrário: “[...] sua proteção está presente desde os usos e sistemas mais antigos”. Cita este autor, para melhor elucidar a aplicação de tal instituto, há muito na história, o Código de Hamurabi, elaborado em 1750 a. C.³⁹⁴

Ensina Carlos Roberto Gonçalves que o princípio da boa-fé divide-se em: a) boa-fé subjetiva; b) boa-fé objetiva, ou então também denominada de ética da boa-fé.³⁹⁵ Em relação à boa-fé subjetiva, o autor referido assinala que tal instituto esteve presente no Código Civil de 1916, “com a natureza de regra de interpretação do negócio jurídico”. A boa-fé subjetiva, por assim dizer, guarda relação com o conhecimento ou a ignorância da pessoa, sobre certos fatos, havendo a consideração do direito, para os fins específicos da situação a ser regulada. Melhor explicando, serve de tutela para aquele que “tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra realidade”. A boa-fé subjetiva” denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória.” Resumindo: a expressão “subjetiva” leva o intérprete, na sua aplicação, para o campo da interpretação em relação à intenção daquele que integra a relação jurídica, ou seja, o seu estado psicológico ou então a sua convicção íntima. Significa, por tanto e em um primeiro momento, a “noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante”.³⁹⁶

Sergio Cavalieri Filho, direcionando-se à boa-fé objetiva, a proteção da confiança nas relações contratuais, o abuso de direito, a onerosidade excessiva, entre outros temas, aduz que mereceram maior discussão, o que ocasionou e exigiu uma releitura profunda do conceito clássico do contrato. No Brasil, o marco dessa renovação teórico foi efetivada através do Código de Defesa do Consumido, eis que, além de trazer novos princípios, passou a exigir a intervenção estatal, sobretudo quanto a autonomia da vontade, com o objetivo de assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo³⁹⁷.

Anderson Schreiber, ao abordar o instituto em questão, sinaliza que o seu desenvolvimento deu-se, de forma ampla, pelo direito alemão, tanto pela doutrina

³⁹⁴ USTÁRROZ, Daniel. *Temais atuais de direito contratual: a boa-fé objetiva, a responsabilidade pré-contratual e o inadimplemento antecipado*. Sapucaia do Sul: Notadez/: 2010, p. 13.

³⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

³⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 55-56.

³⁹⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

quanto pela jurisprudência daquele país, a partir do ano de 1896. Ainda, menciona o autor referido o § 242 do BGB: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. Além disso, não se trata da boa-fé subjetiva do então Código revogado, mas sim como um padrão de conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivistas.³⁹⁸

Por outro lado, a boa-fé, esta que trouxe grande inovação ao atual Código Civil e que alterou sensivelmente o direito obrigacional clássico, diz respeito à boa-fé objetiva. E mais: constitui-se em norma jurídica fundada em princípio geral de direito, ou seja, “segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas.” É, também, regra de conduta, e fonte de direito e obrigações.³⁹⁹

Sendo a boa-fé objetiva regra de conduta e preceito geral de direito, noções mínimas do que sejam estes conceitos devem ser estudadas. Alimentamo-nos, para tanto, da doutrina de Miguel Reale acerca dos princípios gerais de direito.

Mas vamos, inicialmente, à previsão legislativa da disciplina. O Código Civil aborda a questão da cláusula feral da boa-fé em três dispositivos, a saber: artigos 422⁴⁰⁰, 113⁴⁰¹ e 187⁴⁰². Segundo as lições de Carlo Roberto Gonçalves, das três normas previstas, a de maior repercussão vem no art. 422. Tal dispositivo é norma legal aberta, acolhendo princípio ético, e fundada na lealdade, confiança e probidade.⁴⁰³

Tão importante as lições aqui trazidas no sentido de fundamentação de nossa dissertação. Carlos Roberto Gonçalves ainda ensina que, em relação ao papel do juiz, cabe ao magistrado “estabelecer a conduta que deveria ter sido adotada pelo contratante, naquelas circunstâncias, levando em conta ainda os usos e costumes. Estabelecido esse modelo criado pelo juiz para a situação, cabe confrontá-lo com o comportamento efetivamente realizado”. Portanto, os ensinamentos vão no sentido de que no caso de determinada conduta ser contrária ao estabelecido através do que se entende pelo

³⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 82-83.

³⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 6.

⁴⁰⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁰¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁴⁰² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 57.

modelo adotado, a conduta será considerada como ilícita, haja vista que violou cláusula da boa-fé.⁴⁰⁴

Como se não bastasse, mostra-se relevantíssimo, quando se cogita da boa-fé objetiva, invocar a sua característica quanto à presunção. Ou seja, “recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provocada por quem a alega”.⁴⁰⁵

O Ministro José Augusto Delgado ensina sobre a boa-fé objetiva. Aduz que a conduta do legislador atual, em relação ao Código Civil, foi a de fugir do formalismo exagerado da anterior codificação, pautando as condutas no sentido da inserção “de normas refletidoras da vinculação do homem na prática de suas relações privadas aos ditames dos valores constitutivos da boa-fé, da equidade, da justa causa e da dignidade”.⁴⁰⁶ Não é por menos que Clóvis do Couto e Silva sinaliza sobre a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos e, segundo as palavras do autor, “é algo que não se pode desconhecer ou desprezar”.⁴⁰⁷

Por fim, a nossa intenção em relação à valorização do princípio da boa-fé objetiva vem em dois aspectos: a) ser aplicada às relações entre pessoas que têm como imposição a inevitável adoção do regime da separação obrigatória em decorrência da idade mínima de setenta anos; e b) através do fundamento de que a boa-fé, como vimos, seja pela doutrina seja pela jurisprudência, deve ser privilegiada e, como decorrência, ainda presumida. De tal sorte que o Código Civil, quando impõe tal obrigatoriedade, leva-nos a crer por uma inversão do instituto, ou seja: pela presunção da má-fé, especialmente em face daquele (a) que não tem a idade mínima de setenta anos.

5. MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO E A NÃO OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS: ASPECTOS CONVERGENTES

Chegamos ao momento desta dissertação que, através dos próximos sub-capítulos, tentaremos unir forças, através de argumentos convergentes, para maior

⁴⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 57-58.

⁴⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2013, 54.

⁴⁰⁶ DELGADO, José Augusto. *A ética no novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/viewFile/314/299>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁴⁰⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 32.

sustentabilidade da manutenção do instituto da separação, em nosso ordenamento, bem como da não obrigatoriedade do regime de bens, para os maiores de setenta anos de idade.

Existem, assim entendemos, pontos que se convergem e se justificam, de igual modo, a valorização da autonomia privada bem como a igualdade de tratamento, no sentido até aqui colocado e defendido, ou seja, aspectos que se unem tanto para a defesa da separação como pela questão da não obrigatoriedade do regime de bens, que passaremos, a seguir, a explorar e melhor delinear. Inclusive, metodologicamente, entendemos mais adequado a explanação de aspectos que se unem às temáticas aqui trazidas, no sentido de evitar uma desnecessária repetição, caso tratadas individualmente para o caso da separação judicial e depois para a imposição ao regime da separação obrigatória pela circunstância da idade.

A valorização da autonomia aqui buscada não é por si só fruto de meros caprichos, mas sim de uma busca pela valorização do ente familiar, dos seus integrantes, tendo como norte, também, o próprio contexto histórico e a hermenêutica.

Apesar do reconhecimento ao imenso progresso ocasionado pelo Código Civil de 1916, pelos seus méritos, aquela legislação acabou por não resistir aos desgastes provocados pelas profundas mudanças sociais e tecnológicas. Todavia, a nova legislação veio a preservar valiosas contribuições da anterior codificação. O que foi substituído, na verdade, foram as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da atualidade. De tal sorte que foi necessária a passagem de um ordenamento individualista e formalista para um ordenamento de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência⁴⁰⁸.

Francisco dos Santos Amaral Neto ressalta que o Direito deve ser encarado como “um instrumento de prevenção ou de solução de conflitos e interesses”, não se podendo concebê-lo, puramente, sob a ótica instrumental, sem um norte, ética, que o oriente o seu caminho na busca pelas decisões jurídicas.⁴⁰⁹

José de Abreu destaca que a autonomia privada repousa de forma necessária em uma sincronização “entre a vontade individual e o ordenamento”. Tal raciocínio, segundo conclui o autor ora citado, vem no sentido de conferir outorga ao indivíduo,

⁴⁰⁸ REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil, Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 195.

⁴⁰⁹ NETO, Francisco dos Santos Amaral. Autonomia privada. In: *Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários; n.º. 1 (1997)*. Brasília: CJF, 1997, p. 26.

pelo ordenamento, permitindo-lhe criar normas com caráter vinculante, de conteúdo negocial, aptas a provocar efeitos jurídicos.⁴¹⁰

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, quando nos trazem a expressão sobre a igualdade “com alma e com calma”, ensinam que o direito privado atual, pós-moderno ou contemporâneo, somente pode ser o que é por atuação do direito público no assegurar um Estado de Direito, e pela iluminadora força da Constituição Federal. Uma revisitação dos ideais do direito moderno público e privado: de uma nova igualdade, de uma nova liberdade e de uma nova fraternidade.⁴¹¹

5. 1 Princípio da igualdade

Iniciamos o presente tópico, então, com o princípio constitucional da igualdade. Jörg Neuner, ao se referir a estudo publicado na Alemanha que tratava da proteção contra a discriminação contratual, assim se dirigiu àquele estudo:⁴¹²

[...] a Constituição brasileira é uma Constituição “dirigente”, cujos direitos fundamentais desenvolvem, ao menos, uma eficácia direta “*prima facie*”, e implicam, com isso, também uma correspondente proteção contra discriminação no direito privado. Respalhando isto, especialmente o art. 3º da Constituição brasileira contém um fundamento abrangente de legitimação para medidas legislativas e judiciais contra discriminação.

José Afonso da Silva afirma que o direito de igualdade não tem merecido tantos debates como o direito de liberdade. Em relação ao primeiro, assevera que “constitui o signo fundamental da democracia”.⁴¹³

O mestre supra citado vai mais além. Assinala que o conceito de igualdade foi alvo de posicionamentos extremos, e explica. Há quem diga que a desigualdade é característica do universo, de tal sorte que, “ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram

⁴¹⁰ ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia provada. *Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência: ano 1: volume: 1. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1961*, p. 25.

⁴¹¹ MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 178.

⁴¹² NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: nº. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 78-79.

⁴¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 211.

desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples *nome*, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos desta corrente são denominados *nominalistas*. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um *igualitarismo* absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”.⁴¹⁴

Também há a chamada posição realista, cuja sustentação tem como base o raciocínio de que a desigualdade presente entre os homens é verificada sob diversos ângulos. Todavia, tal posição “também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir”. Prossegue José Afonso da Silva aduzindo que não há como não se reconhecer, na essência, a igualdade entre os homens, até porque, se não fosse desta maneira, não seriam seres da mesma espécie.⁴¹⁵

Alexandre de Moraes, ao ensinar sobre o princípio da igualdade, aduz que “A Constituição Federal adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo *a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”.⁴¹⁶ As lições do autor em referência vão no sentido que de vedar, proibir, discriminações, diferenciações arbitrárias, absurdas, eis que o tratamento desigual para os casos desiguais, “na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que se realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]”.⁴¹⁷

Novamente bebemos na fonte dos ensinamentos do autor supra referido acerca do princípio da igualdade. Desta vez, os argumentos são no sentido de que:⁴¹⁸

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda a situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrou compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 212.

⁴¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 212-213.

⁴¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36.

⁴¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 36

⁴¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

Tal raciocínio, em relação à entrada em vigor Emenda Constitucional de nº. 66/2010 pode ser aplicado a esta dissertação, mas no sentido de que, em que pese a Carta Política vir recheada de princípios protetivos da família, como já colocamos e contextualizamos, a própria norma constitucional referida é que marcha em sentido contrário aos seus próprios preceitos, quando se admite a possibilidade da supressão da separação judicial e extrajudicial.

Rosa Maria de Andrade Nery é precisa em suas lições quando aborda a questão da cultura e da liberdade humana. Os seus ensinamentos são certo a este trabalho. A autora supra referida revela que:⁴¹⁹

A cultura do povo brasileiro revela-se na Carta Magna, fundada sobre o respeito da dignidade humana, na proibição de toda a forma de coerção e violência dentro e fora da família; na tutela da dignidade do homem, da mulher e da criança, durante todo o tempo de vida em família; na liberdade religiosa, individual e coletiva; na liberdade matrimonial; na experiência do casamento monogâmico (como fruto da cultura ocidental de igualdade e de liberdade); no experimento da sexualidade no contexto da ordem espiritual, ética e religiosa; na proibição de coerção para o casamento; na proibição do casamento de crianças; na dignidade da mulher, todos esses elementos culturais, éticos e religiosos gravados na consciência da humanidade e condicionantes das razões que motivam a disciplina do Direito de Família, que cuida dos direitos, das obrigações e dos deveres que derivam do convívio familiar, como é próprio da alteridade do direito.

Somando-se aos ensinamentos acima trazidos e ainda tratando da liberdade, esta é o fundamento ou pressuposto da autonomia privada, e como também valor jurídico dos interesses e relações privadas, “[...] fundado no princípio da igualdade dos homens perante a lei [...]”.⁴²⁰

Outra circunstância que pode ferir o princípio da igualdade, em relação à eventual acatamento de que a separação teria sido suprimida pelo ordenamento jurídico atual guarda relação com os casos das pessoas que já se encontram separadas. Entendemos que, especificamente à separação, são diversos os motivos que levam para tanto, todavia, haverá duas situações distintas e uma solução idêntica, ou seja: parte da

⁴¹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

⁴²⁰ NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: *Revista de Informação Legislativa: a. 26: n.º. 102: abril/junho 1989*. Brasília: Senado Federal – Serviço de Informação Legislativa, 1989, p. 211.

população que já se encontra separada e, portanto, optou entre a separação ou o divórcio, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 66/2010; e parte da população atual que, não teria a escolha anterior, devendo, obrigatoriamente, optar pelo divórcio.

Já em relação à discussão referente à obrigatoriedade da separação em decorrência da idade mínima de setenta anos, o fundamento de Alexandre de Moraes também reforça o nosso sentimento de inconstitucionalidade do dispositivo integrante do Código Civil. Para tanto, as lições do mestre que nos valem são as de que “Para que as diferenciações normativas possa ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve se aplicar em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os meios e garantias constitucionalmente garantidos”. E sentencia o mestre de acordo com a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.⁴²¹

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez e na esteira do Supremo Tribunal Federal, ao analisar pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, aplicou o princípio da igualdade, fundamentando, para tanto, no sentido de que “Há possibilidade jurídica de reconhecimento de união estável homoafetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro por realizar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, aplicando-se, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar”. Esta mesma Casa, mas em discussão de pedido de guarda unilateral, também por casais do mesmo sexo, aplicou o princípio da igualdade. O fundamento, para tanto, foi no sentido de que “Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem,

⁴²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37.

de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.⁴²²

Por fim a este tópico, é importante registrar e consignar o seguinte raciocínio: Mas fato que nos causa estranheza não são as hipóteses de impedimento ou de suspensão do casamento: mesmo o inciso I do art. 1.521, que proíbe o casamento entre ascendentes e descendentes, seja o parentesco natural ou civil, não veda a união entre essas pessoas, por mais que as razões de ordem moral, ética e eugênica, ou seja, quanto a esta

⁴²² Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VIII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1281093/SP. Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 18/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1203140&sReg=201102016852&sData=20130204&formato=HTML>. Acesso em: 25 abr. 2014).

última, que tem por objeto a defesa da etnia, eis que busca evitar moléstias hereditárias.⁴²³ Tal circunstância leva-nos à conclusão de que aí não reside qualquer restrição à autonomia da vontade, enquanto que, para a escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos, bem como pela escolha da separação, a restrição é cristalina.

5.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Assim como anteriormente demonstramos a importância e relevância do princípio da igualdade para o ordenamento jurídico e as relações entre os indivíduos, o princípio da dignidade humana deve ser trazido à presente dissertação, eis que, como estamos percebendo, as restrições aqui estudadas e impostas, como o fim da separação e a imposição do regime de bens aos maiores de setenta anos, afronta o referido princípio.

A Constituição Federal, ao elencar diversos princípios, elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, em razão da sua relevância e importância. E, segundo a doutrina de Alexandre Moraes, tamanha é a magnitude do princípio da dignidade humana, que tem caráter espiritual e moral inerente à pessoa. E se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito de todos, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar. De modo que, somente de forma excepcional, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas nunca menosprezando a necessária estima que são merecedoras todas as pessoas enquanto seres humanos.⁴²⁴

Mostra-se tarefa complexa a explicação do significado do princípio da pessoa humana. Segundo Narciso Leandro Xavier, ao comentar o artigo 1º da Constituição Federal, não há consenso acerca deste significado bem como sobre a extensão do seu conteúdo.⁴²⁵

Ainda, outro fator que pode causar dificuldades na compreensão do estudado princípio é a confusão que se estabelece entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da dignidade humana. Veja-se: não são sinônimos, e explica-se. O primeiro, princípio da dignidade da pessoa humana, é atributo de uma pessoa, sendo considerada

⁴²³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

⁴²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, p. 21-22.

⁴²⁵ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; JANCZESKI, Célio Armando (Coord). In: *Constituição Federal comentada*. Juruá: Curitiba, 2011, p. 20.

de forma individual; por sua vez, a dignidade humana representa, de forma abstrata, atributo reconhecido à humanidade como um todo.⁴²⁶

Paulo Lôbo leciona que “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano”. Desta forma impõe-se um dever geral de respeito, proteção de intocabilidade.⁴²⁷

Maria Berenice Dias, ao comentar sobre o princípio em questão, caracteriza-o como princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito: é valor nuclear da ordem constitucional. Ainda, aduz a autora que a sua essência é difícil de ser capturada em palavras, todavia, incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente podem ser elencadas de antemão. Mas aponta como possivelmente identificado o princípio em questão como sendo a manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de valores e emoções. Como todos os outros princípios, é sentido e experimentado no plano dos afetos.⁴²⁸ Em relação ao afeto mencionado por Maria Berenice Dias, importante é o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no ponto, que abordou tema referente às uniões estáveis paralelas, eis que relevado o princípio da dignidade da pessoa humana. O Relator considerou que “Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade”.⁴²⁹

⁴²⁶ BAEZ, Narciso Leandro Xavier, JANCZESKI, Célio Armando (Coord). In: *Constituição Federal comentada*. Juruá: Curitiba, 2011, p. 20.

⁴²⁷ Lôbo, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

⁴²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

⁴²⁹ Ementa: Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades.

- Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

- A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros.

- A despeito do reconhecimento na dicção do acórdão recorrido da união estável entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado entre os ex-cônjuges a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do

É o princípio da dignidade da pessoa humana o mais universal de todos os outros princípios. Trata-se de um macrop princípio, eis que dele irradiam-se todos os demais, tais como a liberdade, a autonomia privada, a cidadania, a igualdade e a solidariedade. O Direito de Família, então, tem íntima ligação com os direitos humanos, estes, por sua vez, têm a sua base centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, e significam igual dignidade para todas as entidades familiares. Portanto, é indigno, por exemplo, dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou de constituição de família⁴³⁰.

Importante também é esclarecer e mencionar o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva quando analisa o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo os seus ensinamentos, a orientação deve vir com fundamento no ordenamento máximo, balizando o entendimento quanto à questão importantíssima da família e da preservação

art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente art. 1.724 do CC/02, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros.

- O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas:

união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010).

- Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade que integra o conceito de lealdade para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

- As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses.

- Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

- Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente.

Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1157273/RN. Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 18/05/2010)". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=973541&sReg=200901892230&sData=20100607&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014).

⁴³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 62.

dos seus valores.⁴³¹ Portanto, sem qualquer margem de dúvidas, concordamos com a doutrina mencionada, merecedora dos mais belos elogios, quando aponta que a interpretação infraconstitucional não pode afastar-se dos princípios oriundos de nossa Constituição.

5.3 Inconstitucionalidade da supressão da separação e da imposição ao regime de bens em razão da idade

Chegamos ao momento acerca do enfrentamento da inconstitucionalidade da imposição do regime de bens para os maiores de setenta anos, bem como da interpretação do fim da separação judicial.

José Afonso da Silva, ao ensinar sobre a supremacia da Constituição Federal, ensina que “[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.⁴³² E este raciocínio também é base para a nossa interpretação de que a supressão da separação judicial e da obrigatoriedade do regime de bens em decorrência da idade são dotadas de inconstitucionalidade, eis que de tais normas, assim entendemos, são contrárias à nossa Constituição Federal.

Levantamos, como visto, a hipótese de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 66/2010 bem como do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Tal circunstância nos remete ao denominado Controle de Constitucionalidade, que merece análise no presente tópico.

Mais uma vez nos valem da doutrina de José Afonso da Silva para elucidar a questão. O princípio da supremacia da Constituição não se satisfaz tão somente com a atuação positiva de acordo com as normas constitucionais: “[...]. omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional”. Portanto, o mestre aponta para duas formas de

⁴³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70-71.

⁴³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 46.

inconstitucionalidade: a por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão⁴³³, previstas em nossa Constituição Federal, em seus artigos 102⁴³⁴ e 103.⁴³⁵

Verifica-se a inconstitucionalidade por ação quando são produzidos atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. Justifica-se, fundamenta-se essa inconstitucionalidade pelo fato de que decorre, do princípio da supremacia da Constituição o princípio da compatibilidade vertical das normas jurídicas de determinado país. Melhor explicando: as normas de grau inferior apenas terão validade quando compatíveis com as normas de grau superior, ou seja, com as normas da Constituição. Por outro lado, as normas que com a Carta não forem compatíveis são inválidas, eis que a referida compatibilidade vertical “resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.⁴³⁶

A doutrina acima trazida reforça que a incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis e decretos, por exemplo) com a Constituição é o que e técnica denomina de inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, podendo manifestar-se sobre dois aspectos: “a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis contraria preceito ou princípio da constituição”. José Afonso da Silva explica que a incompatibilidade das normas, com a Constituição Federal, não se pode sustentar, pois se contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, “entendido, por

⁴³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 46.

⁴³⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

⁴³⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁴³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 47.

isso mesmo, como a reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária.”⁴³⁷ Aqui, completamos, reside, também, a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, eis que contraria o princípio da igualdade, sem qualquer justificativa ou contexto para tanto.

Alexandre de Moraes e sua doutrina dão azo à nossa pretensão de reforçar a inconstitucionalidade das normas relativas à separação obrigatória e da Emenda Constitucional nº. 66/2010, conforme analisado a seguir.

Ensina o autor supra referido que “O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc), que podem vir a envolver-se numa relação de conflito ou colisão.” O mestre explica, então, que, para a solução dos mencionados conflitos, no sentido de compatibilização das normas da Constituição, devemos nos valer das regras de hermenêutica constitucional, esta que “tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e de processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das norma jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que lhes subordinam”.⁴³⁸

O presente tópico desta dissertação trata de questão referente à interpretação, e esta que deve ser no sentido dos ditames da Constituição Federal. Analisando o sentido da expressão intérprete, esta tem origem latina (*interpres*), “que designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva a palavra *interpretar* com o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras da lei, deixando implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado, portanto, em sua própria essência”.⁴³⁹

Em termos de interpretação da Carta Política, deve-se conjugar a letra do texto com características históricas, políticas, ideológicas do momento. Para aí sim se

⁴³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiro, 2007, p. 47.

⁴³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14-15.

⁴³⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 15.

encontrar o melhor sentido da norma jurídica, através de um confronto com a realidade sócio-político-econômica e objetivando a sua eficácia. Ainda, Canotilho nos apresenta a vários princípios e regras interpretativas relativas às normas constitucionais, a saber: a) da unidade da constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradição em suas normas; b) do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política; c) da máxima da efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda; d) da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverte, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário; e) da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; f) da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.⁴⁴⁰

Mas em relação à interpretação conforme a Constituição, propriamente dita e seguindo as linhas de ensino e pensamento de Alexandre de Moraes, leciona o mestre que “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação possível que apresente *conformidade* com as normas *constitucionais*, evitando a sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”.⁴⁴¹

O Supremo Tribunal Federal possui entendimentos que declaram a inconstitucionalidade quanto à interpretação determinadas leis. Nesse caso, a inconstitucionalidade foi com relação à interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, em que caso que discutiu interrupção de gravidez de feto

⁴⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

⁴⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

anencéfalo. A Corte decidiu que se afigura inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez, para esses casos, como se aborto fosse.⁴⁴²

A declaração de inconstitucionalidade da estudada Emenda, sem a redução de texto, parece-nos ser medida efetiva e justa, no sentido de sustentar a manutenção da separação jurídica, caso a interpretação acerca do fim da separação judicial e extrajudicial venha a vencer, seja na doutrina seja na jurisprudência. Como vimos, doutrina de prestígio leva a crer a supressão de tal instituto, de nosso ordenamento jurídico. Entendemos que a hipótese de declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, será a adequada: assim, a interpretação da norma estará em afinação com a Constituição Federal, preservando a separação e privilegiando o trabalho legislativo que, quanto à integralidade do texto constitucional restará intacta.⁴⁴³

Pensamos que é plenamente possível sustentar a interpretação conforme a Constituição Federal, da referida Emenda, eis que, segundo a doutrina de Canotilho trazida por Alexandre de Moraes, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação aberto a várias propostas interpretativas, uma em desconformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em conformidade com ela”.⁴⁴⁴

Importante trazermos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de melhor expressar e reforçar a nossa idéia, quando a Corte enfrentou questão referente à contratação de professores por tempo determinado, e à interpretação e efeito das expressões “necessidade temporária” e “excepcional interesse público”. A discussão travada nos autos, objetivamente e segundo as razões do autor, vão no sentido de o autor alegar, em essência, que as “atividades classificadas como ordinárias, usuais ou de caráter permanente prestadas pelo Poder Público não pode [riam] ser executadas por servidores contratados [por tempo determinado]” (fl. 3), sob pena de desrespeito ao princípio do concurso público”. A interpretação, conforme a Constituição, assim restou no voto proferido: “Há de se compreender, portanto, que a natureza permanente de

⁴⁴² Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 54/DF. Rel: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 21 ago. 2014).

⁴⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

⁴⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

certas atividades públicas – como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir uma demanda eventual ou passageira. É essa necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente que autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República”. A questão da interpretação desarrazoada chama a atenção: “Eventual inconstitucionalidade, se existisse, decorreria de interpretação desarrazoada que levaria ao desvirtuamento da norma, aplicando-a a casos desprovidos de excepcionalidade e que representassem necessidade de contratação duradoura. Isso subverteria a regra geral do concurso público como forma de acesso ao cargo público, tornando-a exceção.”⁴⁴⁵

A interpretação da Emenda Constitucional nº. 66/2010, para o caso de vingar a posição pela supressão da separação judicial, mostra-se, ao nosso sentir, desarrazoada e, ainda, inconstitucional, conforme justificado. Todavia, reside a dificuldade, no tocante a este ponto, através da seguinte questão: é possível cogitar-se da inconstitucionalidade de normas constitucionais? Buscamos resposta no próprio Supremo Tribunal Federal, através da doutrina de Gilmar Mendes, cujas lições assim iniciam-se: “O controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado”.⁴⁴⁶

O Ministro em referência ensina sobre diversas cláusulas contidas em várias Constituições, que são de nominadas de cláusulas pétreas ou de garantia de eternidade, que impõem limites materiais expressos à eventual reforma da Carta; e segue: “Assim, a

⁴⁴⁵ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. VII, DA LEI 6.915/1997 DO ESTADO DO MARANHÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES POR TEMPO DETERMINADO. INTERPRETAÇÃO E EFEITO DAS EXPRESSÕES “NECESSIDADE TEMPORÁRIA” E “EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO”. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR ATIVIDADES PÚBLICAS DE NATUREZA PERMANENTE. TRANSITORIEDADE CARACTERIZADA. PARCIAL PROVIMENTO DA AÇÃO. 1. A natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira. Necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. 2. A contratação destinada a atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, ao reconhecimento da alegada inconstitucionalidade. Necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3247/ MA. Tribunal Pleno. Rel: Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 26/03/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527404>>. Acesso em: 02 out. 2014.

⁴⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1031.

constituição de 1891 vedava projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90 § 4º). A Constituição de 1934 consagrava a imutabilidade do regime republicano (art. 178, § 5º), e a Carta Magna de 1946 reproduziu a cláusula pétrea adotada pelo Constituinte de 1948 (art. 217, § 6º).⁴⁴⁷

Gilmar Mendes, ao lecionar sobre o acima colocado, explica que as cláusulas pétreas surgem através de um esforço do constituinte para a continuidade da ordem jurídica fundamental, “na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade”. Portanto, fala-se da inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em afronta ao processo de reforma da Constituição, ou então por afrontar as referidas cláusulas pétreas. E, indo o Ministro mais além, refere que, na experiência de nosso ordenamento jurídico após a Constituição de 1988, registraram-se vários casos de declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais, dentre as quais o mestre refere a ADI nº. 3.367/DF, de relatoria do Ministro Cezar Peluzo.⁴⁴⁸

Portanto, podemos concluir que podem existir disposições constitucionais que contrariem a Constituição e, por isso, serem declaradas inconstitucionais, para os casos de Emendas. Portanto, a EC nº. 66/2010, em nosso sentir e com base nas lições trazidas, é passível de declaração de inconstitucionalidade. Registramos, ainda, que não é possível, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o controle de normas originárias.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1031-1032.

⁴⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1032.

⁴⁴⁹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa

Já em relação ao art. 1.641, inciso II, a interpretação conforme a Constituição não se mostra possível, eis que a norma impugnada não admite, “[...] dentre as várias interpretações possíveis, uma que compatibilize com a Carta Magna”. De tal sorte cabe, tão somente, a declaração de inconstitucionalidade da norma do referido inciso II.⁴⁵⁰

Flávio Tartuce, com toda a razão e pertinência e, como já em tópico anterior abordado, ensina que o Direito Civil Constitucional vem, através de uma nova forma metodológica, analisar os institutos do Direito Privado, tendo como ponto de origem, como base, a Constituição Federal. E mais: “Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos nas Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice-versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos arts. 1.º a 6.ª do Texto Maior.”⁴⁵¹

Importantíssimas são as lições do autor acima referido. Todavia, entendemos que devem ser aplicadas tanto para defender a manutenção do instituto da separação jurídica, como pela inconstitucionalidade da imposição da separação obrigatória aos maiores de setenta anos.

O que gostaríamos de frisar, tanto em relação à manutenção da separação judicial quanto à problemática da imposição ao regime de bens aos maiores de setenta anos, agora com base na doutrina de Miguel Reale, é que o Direito não pode ser interpretado através de uma visão unitária. O mestre referido pondera que existe uma

derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 466 MC/DF. Tribunal Pleno. Rel: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 03/04/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁴⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 17.

⁴⁵¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil, volume 5: direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 04-05.

complementaridade que o une à diversas áreas: “As diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova”.⁴⁵²

As lições de Miguel Reale vão ainda mais além. Existe o que denomina o autor de unidade fim, quando se trata de ciências humanas, eis que, embora recheada de vários aspectos, circunstâncias que formam um todo, tais partes não funcionam, não se desenvolvem, *de per si*, haja vista que se busca um objetivo final, ou seja, “A Ciência Jurídica [...] não é o físico ou o orgânico, mas sim o *finalístico ou o teleológico*”. Quando nos referimos ao Direito, ao invés de usarmos a expressão “unidade orgânica”, devemos entender tal expressão como unidade de fins.”⁴⁵³

Igualmente importante é a contribuição de Karl Larenz para o estudo do Direito, e que se encaixa perfeitamente em nosso tema, merecendo, assim, o destaque dos seus ensinamentos:⁴⁵⁴

O homem é um ser histórico, quer dizer: ao seu passado – o seu passado pessoal, o da comunidade social a que pertence, o da cultura que participa – é uma parte integrante do seu ser actual; em como tal tem um poder multimodo sobre o homem e, quando este dele se desliga, tal acontece em conflito com esse mesmo passado.”⁴⁵⁵ E, refletindo sobre o passado, continua o mestre: “O passado não é simplesmente algo que já passou, e assim um evento pretérito. O mundo histórico que o homem cria à sua volta e no qual vive a sua própria vida é tão contínuo como variável; mantém-se atrás do decurso dos tempos, da sucessão de gerações e apresenta-se continuamente como algo novo.

Em relação à manutenção da separação, buscamos suporte na doutrina de Karl Larenz acima trazida. Todavia, em que pese não vir especificamente ao encontro do Direito de Família, entendemos que a supressão do instituto desconsidera um passado cujas partes sempre puderam optar pela separação. E vamos adiante, seguindo os passos do mestre em referência:⁴⁵⁶

⁴⁵² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 06.

⁴⁵³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 07.

⁴⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 263.

⁴⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 262-263.

⁴⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 263.

Também o direito apresenta a estrutura temporal da historicidade; mantém-se durante mais ou menos tempo e encontra-se num processo contínuo de adaptação às variações do tempo histórico, quer dizer, do tempo que tem a marca do homem.

E, aqui reside o ponto fundamental do pensamento de Larenz: “Quem quiser compreender o direito do presente no seu estágio actual tem também que ter em vista o seu devir histórico, bem como sua abertura face ao futuro”.⁴⁵⁷

Entendemos que a interpretação pela supressão da separação judicial, de nosso ordenamento e a separação obrigatória por idade, além de serem inconstitucionais, ferem aspectos morais, subjetivos, de quem vê-se obrigado a cumprir com tal norma. Miguel Reale, ao analisar o tema da moral, citando, inclusive, Kant, é preciso em suas lições. Explica Reale que, quando se analisam os fatos em geral que acontecem na sociedade, que cercam o nosso cotidiano, verifica-se que determinadas regras sociais são cumpridas de forma espontânea, e outras cumpridas de forma obrigatória, forçada. A pergunta, então, elaborada pelo mestre ora referenciado é: “A qual dessas categorias pertence a Moral?”⁴⁵⁸ Immanuel Kant considera que a lei é dotada de mandamentos objetivos, devendo ser cumprida, mesmo contra a vontade das pessoas.⁴⁵⁹

Bem, em continuidade, só se pode cogitar da moral autêntica, “quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Ninguém pode ser bom pela violência”. Resumindo, deve haver a adesão dos obrigados, e de forma consciente; nesta hipótese, fala-se, então, de moralidade.⁴⁶⁰

Mas onde queremos chegar através do raciocínio de Miguel Reale? Na problemática da moral e do Direito, quando esta influencia aqueles que se sentem, por razões pessoais, atingidos pela obrigatoriedade de se curvarem à determinada norma. E o exemplo que o jurista nos aponta, exemplifica adequadamente o nosso fundamento para a defesa de nossa dissertação. Pois bem. Reale conta que foi procurado por um casal de idosos, e que estes estavam passando por dificuldades financeiras. Todavia, o referido casal tinha um filho, industrial, de respeitável posição econômica. Foi então explicado aos pais daquele indivíduo que, ante o princípio da solidariedade, haveria o dever de assistência devida aos pais, aos avós, dever esse imposto também pelo próprio

⁴⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 263.

⁴⁵⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

⁴⁵⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 199.

⁴⁶⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

Código Civil. Trata-se de preceito jurídico, mas também moral e, como consequência, por uma ação de alimentos, estes seriam fatalmente devidos ao casal, pelo filho, mesmo que este restasse revoltado, “vencido, mas não convencido”.⁴⁶¹ O cumprimento forçado, obrigatório, de uma sentença, por exemplo, em que pese satisfazer o mundo jurídico, ainda continua alheio ao campo próprio da moral e, na conceituação de Miguel Reale: “a Moral é incoercível e o Direito é coercível”.⁴⁶²

Estes ensinamentos trazidos acima, relacionando o Direito e a moral são fundamentais para reforçarmos o convencimento da prejudicialidade que a imposição do regime de bens aos maiores de setenta anos e à obrigatoriedade de tão somente o divórcio, podem ocasionar ao jurisdicionado. Os males são inversamente proporcionais aos benefícios; e mais: sem justificativa que os sustentem, em que pese, como já referido anteriormente mas importante reiterar, o nosso maior respeito pelos entendimentos em contrário, sejam em sede de doutrina sejam em sede jurisprudencial.

Observamos um extremo esforço em sustentadas as normas aqui combatidas, uma “volta” muito grande em torno delas mas, sem qualquer finalidade prática, que beneficie os destinatários das ditas normas. E, em relação aos destinatários, por questões técnicas, valemo-nos das lições de Ingo Wolfgang Sarlet, cuja diferenciação para com os titulares de determinado direito, vai nesse sentido:⁴⁶³

Em que pese a existência, no Brasil, de considerável doutrina utilizando o termo *destinatário*, (no sentido de destinatário da proteção ou tutela do direito) como *sinônima* de direitos fundamentais, é preciso enfatizar que a terminologia mais adequada e que, em termos gerais, corresponde à tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo, é a de titular de direitos fundamentais. Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.

Nos dias atuais fala-se muito em se evitar discriminações, seja em decorrência de sexo, cor, raça. Contudo, na prática, o próprio ordenamento jurídico (art. 1.641, inciso II do Código Civil e a EC nº. 66/2010, esta, no sentido da interpretação em favor da supressão da separação judicial) seja o maior causador da discriminação aqui

⁴⁶¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45-46.

⁴⁶² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 215.

referida, e tal circunstância, como estamos defendendo, não pode avançar, não pode ser chancelada. Por tal razão, mesmo que de forma modesta, simples, entendemos que a defesa desta dissertação nos termos aqui apresentados é oportunidade para trazeremos o lado da irresignação, o lado de preservar a autonomia privada e a liberdade dos cidadãos, em sintonia com os ditames de nossa Constituição Federal.

Quando tratamos do item referente à necessidade de interpretação da normas conforme a Constituição Federal, fazemos uma pergunta, mas neste tópico: que bem jurídico pretendem ver tutelado aqueles que entendem pela supressão da separação judicial e extrajudicial, bem como o legislador, que mantém a discriminação em razão da obrigatoriedade da separação, em razão da idade? Pois bem, a resposta que ajuda nesta difícil tarefa é trazida por Alexandre de Moraes, quando cita Vital Moreira. Este autor aponta para a necessidade de delimitação do âmbito normativo de cada norma constitucional, com o objetivo de vislumbrarmos a sua existência, finalidade, extensão, a partir dos seguintes critérios: a) a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios; b) deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade; c) os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de se colher o seu real significado.⁴⁶⁴

E mais: “A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando maior aplicabilidade de direitos, garantias e liberdades públicas”.⁴⁶⁵

O parágrafo acima, em conjunto com a citação anterior a Vital Moreira é revelador: ora, tanto a interpretação da Emenda nº. 66/2010 quanto ao inciso II do art. 1.641 do Código Civil não têm qualquer aplicabilidade de direitos e garantias, muito pelo contrário. Por tal razão, para aqueles que, sempre reiterando o máximo respeito, entendem pelo fim da separação e pela aplicabilidade do Código Civil em relação ao regime obrigatório de bens, perguntamos novamente: qual o bem jurídico que se busca proteger, tutelar, a partir daquela interpretação? Sinceramente, não enxergamos qualquer resposta satisfatória.

⁴⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

⁴⁶⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

Michel Sandel, em referência a Aristóteles, aduz que a justiça distributiva “significa dar às pessoas o que elas merecem. E para determinar quem merece o quê, devemos estabelecer quais as virtudes são dignas de honra e recompensa. Aristóteles sustentava que não podemos imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida mais desejável. Para ele, a lei não pode ser neutra no que tange à qualidade de vida.” Já a moderna filosofia (Immanuel Kant a John Rawls) sustenta que os princípios de justiça apontam no sentido de que os direitos não devem ter, como base, nenhuma concepção particular de virtude ou então da melhor forma de vida: Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção de que seja uma vida boa⁴⁶⁶.

5. 4 Constitucionalização do Direito Civil: buscando o ideal de proteção em nível de direitos fundamentais nas relações privadas

Da mais alta importância são os estudos acerca da denominada constitucionalização do Direito Civil. Estamos em um período sobre o qual existe o importantíssimo posicionamento, como abaixo discorreremos, sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para as relações privadas. Ora, se entre os próprios particulares tal circunstância ímpar é considerada e relevada, do que dirá então, para a dita eficácia, em relação à elaboração de normas (constitucionais e infraconstitucionais), no sentido da proteção e consideração particular, quando possível, do cidadão, do jurisdicionado.

Anderson Schreiber explica que o direito civil-constitucional tem amparo na denominada eficácia normativa das Constituições. Tal circunstância, continua o autor referido, vem em sentido contrário à orientação mais tradicional da doutrina civilista brasileira, que ainda enxerga a Constituição como carta política, ou como norma de conteúdo meramente programático, direcionada somente ao legislador. Esse raciocínio implica na consequência de que a Constituição fica refém, sempre, de determinada lei ordinária, utilizada como degrau necessário para descer ao mundo dos fatos. O Código Civil, por sua vez, seria a representação, a concretização definitiva da vontade do constituinte, de tal sorte que, após a sua edição, não restaria qualquer espaço para a incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas. Anderson Schreiber

⁴⁶⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 17.

aduz que, até mesmo nos casos de lacuna do Código Civil, a aplicação direta da norma constitucional somente seria viável como último recurso, através dos princípios gerais de direito, referido pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁶⁷.

O mestre supra mencionado, com base na lição de Gustavo Tepedino, apresenta-nos dura crítica ao raciocínio ora comentado, através da expressão “verdadeira subversão hermenêutica”, eis que acaba relegar para a norma constitucional, esta na posição de vértice de todo o sistema, como elemento de integração subsidiário, que seria aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica, e mesmo depois de restarem frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e da regra consuetudinária⁴⁶⁸.

Pietro Perlingieri, ao ensinar sobre o Direito Civil Constitucional, é preciso em suas colocações. Assevera que não há como existir uma autonomia da ciência jurídica em relação à realidade social, econômica ou política. E, em decorrência disso, tece crítica, inclusive ao ensino do direito, mais especificamente à teoria geral do direito, haja vista a criação de uma cultura formalista, desprovida de qualquer infiltração de caráter político, econômico, sociológico. Ou seja, como se o direito fosse imutável, eterno, insensível a qualquer ideologia⁴⁶⁹. Entendemos que tal linha de raciocínio aplica-se como uma luva ao nosso trabalho, como estamos sustentando, a influência da religião, da moral, aliadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade, são cristalinas. Esse contexto é que revela, baliza e sustenta o nosso objetivo, qual seja, a defesa da manutenção do instituto da separação judicial e extrajudicial e a irrisignação quanto à obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos.

O jurista é aquele que interpreta e aplica as leis. Todavia, no momento em que não as aplica, exerce atividade, as vezes até louvável, segundo Pietro Perlingieri, mesmo que tal atividade seja diversa de sua atividade. E exemplifica o autor a não sujeição de alguns juízes ao Poder Legislativo, quando não há o atendimento ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana⁴⁷⁰. Pedimos *venia* ao autor para beber na fonte deste raciocínio, mas de certa forma invertê-lo, ou seja, dizer que ao magistrado também cabe a intervenção no sentido de fazer valer o ordenamento jurídico ao qual pertence, no

⁴⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁴⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

⁴⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2.

⁴⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito Civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3.

sentido de evitar ou desfazer injustiça, romper desequilíbrios e trazer tão almejada pacificação social, para afirmar pela manutenção da separação e, com base no princípio da igualdade, tratar os maiores de setenta anos como pessoas plenamente capazes, até que os interessados provem o contrário.

Flávio Tartuce faz referência a Roma e a Ulpiano, que, em seu *Digesto*, no *Corpus Juris Civilis*, dividiu o direito em *jus publicum* e em *jus privatum*. Os critérios baseavam-se na utilidade da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular; seria uma lei de Direito Privado. Tal critério foi contestado. E chegou-se a conclusão de que o melhor critério era o com base na utilidade preponderante da lei, eis que público e privado acabam se entrelaçando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência sobre a outra⁴⁷¹.

Como referido na introdução desta dissertação e na verificação através de uma linha de evolução, o Direito vem acompanhando transformações sociais, absorvendo novos conceitos e disciplinando as relações atuais, com objetivo de perseguição e consecução da justiça. Portanto, assim se dá com a elevação a nível constitucional de matérias antes tratadas somente no âmbito privado, surgindo, desta forma, o que se convencionou chamar de Direito Civil-Constitucional. Esta circunstância fez com que valores anteriormente previstos na legislação civil passassem a figurar na Constituição Federal de 1988⁴⁷².

E como se torna possível o Direito Civil Constitucional? Através da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. São as normas da Constituição Federal garantindo e reconhecendo aplicação de direitos que protegem as pessoas em particular, e vem justificada no § 1º do art. 5º da Carta⁴⁷³. Inclusive o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou sobre o tema, como podemos observar da transcrição das razões de decidir, da Ministra Ellen Gracie, no ponto: “Entendeu que os princípios fundamentais têm aplicação no âmbito das relações privadas e que, na espécie, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório deveriam ter sido observados na

⁴⁷¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil. volume único*. 3. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 53.

⁴⁷² D’AZEVEDO, Ana Rispoli. *Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor*; MARQUES, Cláudia Lima (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 285-286.

⁴⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[...].

exclusão de sócio, tendo em conta a natureza peculiar da associação em causa, a qual possui caráter quase público. Por fim, asseverou que a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas há de ser aferida caso a caso, para não se suprimir a autonomia privada⁴⁷⁴. A proteção da dignidade da pessoa humana surge como limitação, haja vista que impõe seu respeito, mesmo que contrarie a vontade do declarante⁴⁷⁵.

5.5 Diálogo das Fontes

A nossa dissertação, neste ponto quase final do desenvolvimento, busca, com a Teoria do Diálogo das Fontes, reforçar a defesa de nosso trabalho, aplicada e direcionada ao Direito de Família. A Teoria foi trazida ao final justamente para dar um toque de harmonia na legislação ora estudada, no sentido de fazer conviver a Código Civil em sintonia com a Constituição Federal bem como todos os princípios analisados.

Em se tratando do tema em questão, observamos até aqui uma gama normativa no sentido de uma dupla interpretação quanto à manutenção, ou não, da separação judicial, e interpretação praticamente única no sentido de aversão ao inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Diversos micro-sistemas podem servir de base, de fundamento, para a melhor defesa dos direitos e interesses, bem como para buscar a efetiva reparação integral, por isso entendemos, já desde início, trazer a Teoria do Diálogo das Fontes,

⁴⁷⁴ Ementa: A Turma retomou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativos 351 e 370. O Min. Joaquim Barbosa, em voto-vista, acompanhando o Min. Gilmar Mendes, negou provimento ao recurso. Entendeu que os princípios fundamentais têm aplicação no âmbito das relações privadas e que, na espécie, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório deveriam ter sido observados na exclusão de sócio, tendo em conta a natureza peculiar da associação em causa, a qual possui caráter quase público. Por fim, asseverou que a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas há de ser aferida caso a caso, para não se suprimir a autonomia privada. Por outro lado, o Min. Carlos Velloso dissentiu e, seguindo o voto da Min. Ellen Gracie, relatora, deu provimento ao recurso. Considerou que a questão cinge-se ao âmbito infraconstitucional, haja vista tratar-se de alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, cuja lei, no caso, seria o estatuto da associação a qual o recorrido aderira. Ressaltou, ainda, que, aplicado o Novo Código Civil, o tema seria de legalidade e que, incidente o antigo, de matéria regimental. Após, pediu vista o Min. Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 26.4.2005. \(RE-201819\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm)? Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm>>. Acesso em 11 nov. 2013).

⁴⁷⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O negócio jurídico e as suas modalidades*. 3. ed. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Renovar, 2007, p. 229.

para melhor contribuir para o presente estudo. Até porque essa Teoria buscará harmonizar o Código Civil, a Emenda nº. 66/2010 com a própria Constituição Federal.

Vamos à Teoria: Erik Jayme, mestre de Heidelberg, através de brilhante exposição, ensina que, em razão de atualmente existir o denominado pluralismo pós-moderno, consubstanciado em um direito com fontes legislativas plúrimas, importante e necessária faz-se a coordenação entre as leis de um mesmo ordenamento jurídico, com o objetivo de um sistema eficiente e justo. Cada vez mais, segundo a doutrina referida, legisla-se, seja nacional seja internacionalmente, sobre temas convergentes, de tal sorte que a doutrina atualizada vem procurando harmonizar e coordenar a existência entre as normas de determinado sistema jurídico, do que pura e simplesmente excluir alguma delas (ab-rogação, derrogação, revogação). Busca-se, além de uma eficiência hierárquica, mas também funcional, o objetivo de se evitar a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência⁴⁷⁶.

Entendemos que os ensinamentos acima, no tocante à Emenda Constitucional nº. 66/2010, aplicam-se integralmente. Insistimos que tal norma não suprimiu do ordenamento jurídico a separação judicial ou extrajudicial: apenas veio a facilitar o divórcio, como exaustivamente sustentado até aqui. De tal sorte que tanto o divórcio como a separação devem, sim, coexistir.

Continuando, Claudia Lima Marques, apresentando e ensinando a mencionada Teoria, e em referência a Erik Jayme, aduz que a solução sistemática pós-moderna precisa ser mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza das distinções. A pluralidade e a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “direito a ser diferente e a ser tratado diferentemente, sem a necessidade mais de ser igual aos outros” não permite mais a mono solução. Por isso a superação de paradigmas é substituída pela convivência de paradigmas. De modo que a convivência de leis em diversos campos, as vezes convergentes e, em geral diferentes, mas em um mesmo sistema jurídico, parecendo um sistema fluído, mutável e complexo, circunstância esta que leva, que se propõe, por uma coordenação das fontes envolvidas, mostra-se relevante e aplicável⁴⁷⁷.

Na aplicação coordenada de duas leis, uma pode complementar a aplicação da outra dependendo do campo de aplicação no caso concreto, denominando de diálogo

⁴⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-31.

⁴⁷⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais, que indicam a aplicação complementar tanto das normas quanto dos princípios, no que couber, no que for necessário, ou de maneira subsidiária⁴⁷⁸.

Bruno Miragem, ao ensinar sobre a teoria em questão, explica que “O diálogo das fontes é um método de interpretação e aplicação das leis que se associa a esforços de superação de uma crise de confiança no direito como instrumento de pacificação e solução de conflitos”.⁴⁷⁹

Bebendo na fonte de tais ensinamentos é que procuramos resolver a questão da EC nº. 66/2010, que brinda este trabalho, mantendo a separação jurídica, e valoriza, por outro lado, o trabalho do legislador quanto à mencionada Emenda, no sentido de exaltá-la, mas tão somente quanto à facilitação do divórcio. Do mesmo modo aplicada a fundamentação para dar opção ao maior de setenta nos, no sentido de escolher o regime de bens que melhor lhe aproveitar.

Jacob Dolinger, ao tratar sobre o Direito Internacional e a sua aplicação pelo Direito brasileiro, é extremamente preciso quando refere que “a legislação de cada estado deve constituir o reflexo exato das necessidades especiais de cada povo, de acordo com o estado atual de sua cultura e nível de civilização⁴⁸⁰”.

6. CONCLUSÃO

A nossa jornada, o nosso desafio, percorreu no sentido de contextualizarmos a pessoa como centro de nosso ordenamento jurídico, tendo como parâmetros a observância e o respeito à dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade, atrelados à valorização da autonomia privada.

Entendemos pela plena valorização da autonomia privada quanto aos institutos aqui trabalhados, bem como pela observância do contexto normativo constitucional, nos termos em que já analisados. A temática envolve a interpretação da Constituição e, a

⁴⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

⁴⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. MARQUES, Claudia Lima (coord). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 86.

⁴⁸⁰ DOLINGER, Jacob. O direito internacional e a sua aplicação pelo direito brasileiro: atualidades e perspectivas – perspectivas do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 873.

partir da Carta, os reflexos na legislação infraconstitucional, considerando todo um período histórico em nosso ordenamento.

Com base nos estudos trazidos, posicionamentos e reflexões, entendemos que a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010 veio, tão somente, a desburocratizar a dissolução do casamento, convivendo em perfeito equilíbrio com o instituto da separação judicial e extrajudicial, em nossa ordem jurídica, em plena sintonia de acordo com os princípios da autonomia privada, da liberdade e da dignidade da pessoa humana e também da crença religiosa e em simultânea observância à laicidade do Estado brasileiro, tal e qual prevê a Constituição Federal. A restrição de direitos só é possível através de lei, bem como que a separação e o divórcio são institutos autônomos.

O instituto do divórcio, em nosso país, defendemos nesse sentido, continua com os efeitos de romper com o vínculo conjugal, mas agora de forma mais ágil, eis que suprimidos os lapsos temporais de um ano de casamento, ou de dois anos de separação de fato.⁴⁸¹

Em relação à obrigatoria aos maiores de setenta anos, a autonomia privada também é desconsiderada. É que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil fere, também, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, conforme amplamente debatido.⁴⁸²

Os maiores de setenta anos são plenamente capazes para o exercício de todos os atos da vida civil e, como consequência, livres para a disposição de seus bens e escolha do melhor regime que lhes aproveitar.⁴⁸³ Claro que, para os casos de impedimento quanto ao casamento, já referimos, aí sim a restrição encontra guarida, eis que o casamento entre ascendentes e descendentes foge à normalidade (ética, moral, etc.).

Nos casos de união estável, a possibilidade de escolha do melhor regime também deve ser concedida. Na falta de estipulação, como própria dicção do artigo 1.723 do Código Civil, a adoção é a da comunhão parcial. Embora a união estável se equipare ao casamento, não possui os requisitos formais daquele, portanto, a autonomia privada em relação à escolha de bens também deve ser sustentada. Portanto, a

⁴⁸¹ SILVA, Beatriz Regina Tavares da. *A Emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

⁴⁸² FILHO, Milton Paulo de Carvalho; Silva, PELUSO. Cezar (Coordenador). *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009, p.1927.

⁴⁸³ FILHO, Milton Paulo de Carvalho; Silva, PELUSO. Cezar (Coordenador). *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Manole 2009, p.1927.

autonomia privada, em relação à opção pela manutenção da separação e a opção do regime de bens aos maiores de setenta anos, deve ser observada e ressaltada.

A positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade, sendo essa consagração jurídico-positiva dos direitos do homem uma garantia de que é reconhecida, pela Constituição Federal, entre o administrado, o Estado e suas autoridades. De modo que os meios, instrumentos, procedimentos e instituições que são destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais que se encontram previstos no artigo 5º da Carta Magna⁴⁸⁴.

Ainda, mesmo que se admita, afinal, formalmente e materialmente a obrigatoriedade do regime da separação já referido, bem como pela supressão do instituto da separação, há claro confronto entre os institutos da legalidade e da legitimidade. José Afonso da Silva define bem a questão, quando leciona: “Legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta”. E vais mais adiante o referido autor, quando pondera que deve haver uma recuperação do liame entre a legalidade e a legitimidade, com o abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-se, portanto, como: “a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana”, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, haja vista que para o princípio da legalidade não se exige tão somente que as regras e decisões integrantes do sistema sejam formalmente corretas. Mas sim exige que sejam em conformidades com certos valores, estes necessários a à existência de uma sociedade livre, tarefa esta que é exigida do Estado brasileiro,⁴⁸⁵ e também em conformidade com a Carta Magna.⁴⁸⁶

Miguel Reale, em referência à Jhering e Hans Kelsen explica que o Direito, resumidamente, é definido como a organização da força, como a ordenação coercitiva da conduta humana.⁴⁸⁷ Portanto, entendemos que a norma, a interpretação, por aqueles que entendem que a EC nº. 66/2010 suprimiu a separação judicial de nosso ordenamento jurídico, bem como a obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos, é forma de coação a aceitar este raciocínio. Quando entendemos que a

⁴⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 419.

⁴⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 424.

⁴⁸⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...].

⁴⁸⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

coação, a espada da lei, deve, sim, agir coativamente, mas em desfavor da injustiça, e não em favor dela.

Como se não bastasse, observamos que tanto o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, bem como a EC nº. 66/2010, preenchem os três requisitos de validade, quais sejam: a) a legitimidade do órgão; b) a competência em razão da matéria; e c) a legitimidade do procedimento.⁴⁸⁸ Todavia, será que os afetados por tais normas a legitimam, ou então reconhecem a sua legitimidade, esta voltada para seus legítimos fins? Miguel Reale, com sua maestria ímpar, ressalta que “Ocorre todavia, que os legisladores podem promulgar leis que violentem a consciência coletiva, provocando reações por parte da sociedade. Há leis que entram em choque com a tradição de um povo e que não correspondem aos seus valores primordiais. Isto, não obstante, *valem*, isto é, vigem.” Portanto, o autor refere que há casos em que “normas legais” só logram êxito quando cumpridas de maneira obrigatória, compulsória, dotadas, portanto, de validade apenas formal. E, todavia, desprovidas da eficácia espontânea, na comunidade que está inserida.⁴⁸⁹

Rosa Maria de Andrade Nery contribui no sentido de abrir os olhos do leitor para todas as consequências negativas que tanto a eventual supressão do instituto da separação judicial, através da Emenda Constitucional nº. 66/2010, bem como a imposição do regime de bens em decorrência da idade, somados a todos os argumentos já sustentados e fundamentos, podem ocasionar, ou seja, o homem e a mulher, a família que formam, no vértice da proteção máxima de nossa Carta Política:⁴⁹⁰

os valores fundamentais, encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, como já se disse, refletem-se em princípios gerais de direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jusfilosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jusfilosófica do conhecimento científico do direito. É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da *responsabilidade que cada homem tem pelo outro*. [...] e a marca

⁴⁸⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110

⁴⁸⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112.

⁴⁹⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-42

desse valor fundamental de justiça é o homem, princípio e razão de todo o Direito”.

Não é por menos que, segundo Rosa Maria de Andrade Nery, tal princípio é tido como um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.⁴⁹¹

Somam-se a tudo os ensinamentos de Alberto G. Spota, ao tratar da lei e da atuação do juiz. Este autor pondera que o princípio da sujeição do juiz à lei, não significa submissão às palavras da lei, à literalidade, mas sim ao sentido e o fim dela. O direito deve ser progressivo. Devemos valorar e ponderar as exigências sociais, econômicas, morais. Importante, também, é ressaltar que não se trata de uma análise subjetiva do magistrado a determinada norma, comando, mas sim a conduta que considera o objeto, o fim do preceito, harmonizado com todo o sistema normativo. Através da lei, concluiu o autor, ocorre a aproximação com o direito.⁴⁹²

Devemos considerar a doutrina de Pontes de Miranda, com o brilhantismo peculiar e habitual afirmava que:⁴⁹³

“para medir, é preciso o estalão, o processo comparativo e o assinar de marcos, de graus, de estágios. Não é possível julgar, com independência e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo com o que se assentou em Sociologia jurídica, com o que se sabe sobre a evolução do direito⁴⁹⁴”. E foi mais longe o mestre acima referido quando afirmava: “o nosso direito não vem da semente, mas sim de um galho que fora plantado”.

Portanto, talvez negar a história de nosso próprio Direito seja negar o próprio Direito.

E com base nas lições que trouxemos e analisamos, que invocam a Constituição Federal e a utilizam como ponto de partida é que também, no título desta apresentação, o denominamos de “Valorização da Autonomia Privada Face à Emenda Constitucional nº. 66/2010 e o Regime da Separação Obrigatória por Idade”. Portanto, que possamos plantar mais algumas sementes para que a sociedade veja e tenha

⁴⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-42

⁴⁹² SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. 2. ed. TRINDADE, Jorge (trad). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 22-23.

⁴⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 28.

⁴⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

valorizada a autonomia privada, nos termos aqui defendidos. Ao fim e ao cabo é também importante registrar que nossa intenção não é a de esgotar temas tão relevantes como os abordados, mas, sim, de contribuir cientificamente para com o ordenamento jurídico, e para uma sociedade justa e livre.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, José. Aspectos polêmicos do direito civil: o divórcio e a autonomia privada. *Bahia Forense: legislação, doutrina e jurisprudência: ano 1: volume: 1*. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 1961.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMARAL, Francisco. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Casamento: efeitos patrimoniais e pessoais no direito internacional privado brasileiro, de acordo com o novo código civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC: Ano 3: Vol: 11: julho a setembro de 2002*. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; Janczeski, Célio Armando (coordenador). *Constituição federal comentada*. Curitiba: Juruá, 2011.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: O direito de família e a constituição de 1988. BITTAR, Carlos Alberto (coord). São Paulo: Saraiva, 1989.

_____, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. FILHO, Carlos Alberto Bittar; BITTAR, Márcia Sguizzardi (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. In: *Direito e democracia: revista do centro de ciência jurídicas: ULBRA: volume I: número 1: 1º semestre de 2000*. Canoas: Ulbra, 2000.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei n. 3.071, de 01 de Janeiro de 1916*. DF, 01 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071impressao.htm>.

_____. *Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. DF, 01 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

_____. *Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 377: No Regime de Separação Legal de Bens, Comunicam-se os Adquiridos na Constância do Casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 643001/CE. Rel: Min. Og Fernandes. Julgado em: 15/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255331&sReg=200400301231&sData=20130830&formato=HTML>. Acesso em: 29 mar. 2014).

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70052886066. Rel: Des. Rui Portanova. Julgado em: 27/01/2014. Disponível em:

<http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_p_rocesso.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70052886066%26num_processo%3D70052886066%26codEmenta%3D5629540+DIV%3%93RCIO+DIRETO+e+EMENDA+CONSTITUCIONAL+66%2F2010+e+entendimento+e+pac%3%ADfico+no+sentido+de+que+o+div%3%B3rcio+pode+ser+requerido+pela+parte+interessada&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70052886066&comarca=Comarca+de+Barra+do+Ribeiro&dtJulg=27-01-2014&relator=Rui+Portanova>. Acesso em: 01 set. 2014).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70048252712. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/06/2012. Disponível em:

<http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_p

[rocesso.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048252712%26num_processo%3D70048252712%26codEmenta%3D477995+emenda+constitucional+n%C2%BA,+66%2F2010+e+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70048252712&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70048252712%26num_processo%3D70048252712%26codEmenta%3D477995+emenda+constitucional+n%C2%BA,+66%2F2010+e+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70048252712&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl)>. Acesso em: 01 set. 2014).

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível N° 70061453502. Rel. Des: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado: em 11/12/2014 Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70061453502%26num_processo%3D70061453502%26codEmenta%3D6083011+fam%C3%ADlia+e+autonomia+privada++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70061453502&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=11/12/2014&relator=Ricardo%20Moreira%20Lins%20Pastl&aba=juris>. Acesso em: 22 mar. 2015).

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n°. 1.0518.11.014378-2/001. Rel: Des. Oliveira Firmo. Julgado em: 22/10/2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=EMEND A%20CONSTITUCIONAL%2066%20/2010%20e%20norma%20auto-execut%20Elvel&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 01 set. 2014).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento N° 70049258817. Rel: Rui Portanova, Julgado em: 01/06/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível N° 70047937933. Rel: Min. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 28/05/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%E7%E3o+e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jun. 2013).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70047986575. Rel: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 18/04/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%20E3o+e+emenda+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Agravo de Instrumento Nº 70047190533. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 13/04/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%20E3o+e+extin%20E3o+do+feito+e+EC+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70039827159. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 27/01/2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=separa%20E3o+e+extin%20E3o+do+feito+e+EC+66%2F2010&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 26 jul. 2013).

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Terceira Turma. Agravo de Instrumento nº. 2011 00 2 017591-2. Rel: Des. Mario-Zam Belmiro. Julgado em: 18/04/2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=580194>>. Acesso em: 01 set. 2014).

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Segunda Turma Cível. Agravo de Instrumento nº. 2011 00 2 017591-2. Rel: Des. Sérgio Rocha. Julgado em: 21/03/2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=575942>>. Acesso em: 01 set. 2014).

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2011.032186-7. Rel: Des. Nelson Schaefer Martins. Julgado em: 02/02/2012. Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110321867>>. Acesso em: 01 set. 2014).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. SEC 5302/EX, Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 12/05/2011). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1060425&sReg=20100698659&sData=20110607&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº. 2011.052992-0. Rel. Des: Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em: 22/09/2011. Disponível em: <
<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000JE340000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=3798609&pdf=true>>. Acesso em: 06 mar. 2015).

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº. 007.512.4/2-00. Re. Des: ANTONIO CEZAR PELUSO. Julgado em: 28/08/1998. Disponível em: <
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1224658&cdForo=0&v1Captcha=zynvn>>. Acesso em: 06 mar. 2015).

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2005.001.20785. Rel. Des: José Carlos Paes. Julgado em: 04/10/2005. Disponível em: <
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003938946EE68E33341B6F3BF52D00995DFB7E6C3250718>>. Acesso em: 06 mar. 2015).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1171820/PR Rel: Min. Sidnei Beneti. Rel. para acórdão: Min. Nancy Andrichi. Julgado em 07/12/2010. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1016979&sReg=200902413116&sData=20110427&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 646259/RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70051216505. Rel: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 28/02/2013. Disponível em: <
http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051216505%26num_processo%3D70051216505%26codEmenta%3D5125442+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70051216505&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-02-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl>. Acesso em: 24 abr. 2014).

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70047381082. Rel: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em: 14/06/2012. Disponível em: <
http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70047381082%26num_processo%3D70047381082%26codEmenta%3D4749>

[360+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+e+idade&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70047381082&comarca=Comarca+de+Taquari&dtJulg=14-06-2012&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML)>. Acesso em: 24 abr. 2014).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 646.259 – RS. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 22/06/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=976417&sReg=200400321539&sData=20100824&formato=HTML>. Acesso em: 24 abr. 2014).

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70014925432. Rel. Des: Maria Berenice Dias. Julgado em: 12/07/2006. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014925432%26num_processo%3D70014925432%26codEmenta%3D1497909+regime+de+bens+e+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+s%C3%BAmula+n%C2%BA.+377++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014925432&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=12/07/2006&relator=Maria%20Berenice%20Dias&aba=juris>. Acesso em: 09 mar. 2015).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1369860/PR. Rel. Min: João Otávio de Noronha. Julgado em: 19/08/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1302102&num_registro=201300679867&data=20140904&formato=HTML>. Acesso em: 09 mar. 2015).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1157273/RN. Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 18/05/2010). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=973541&sReg=200901892230&sData=20100607&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014).

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1401719/MG. Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 08/10/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1271960&sReg=201200220351&sData=20131015&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 54/DF. Rel: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 21 ago. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3247/ MA. Tribunal Pleno. Rel: Min. Carmen Lúcia. Julgado em: 26/03/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527404>>. Acesso em: 02 out. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 466 MC/DF. Trinunal Pleno. Rel: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em: 03/04/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em: 10 nov. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. [RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 26.4.2005. \(RE-201819\)](#)”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm>>. Acesso em 11 nov. 2013).

CAHALI, Francisco José. A súmula nº. 377 e o novo código civil e a mutabilidade do regime de bens. In: Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. *Revista do Advogado: ano XXIV: Junho de 2004, nº. 76*. São Paulo: Revista do Advogado, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico: por: J. M. de Carvalho Santos: advogado: direito de família: (arts. 255-367): volume: V*. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

CATALAN, Marcos Jorge. Autonomia privada: o poder jurígeno dos sujeitos de direito. In: *Scientia Iuris: Volume: 5/6: 2001-2002: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2001-2002.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: volume 5: direito de família: tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COLOMBO, Cristiano. Uma perspectiva acerca do regime matrimonial obrigatório de separação de bens aos maiores de setenta anos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Rio Grande do Sul. Vol. 30*. Porto Alegre: Sulina, 2012.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil. v. II*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

D´AZEVEDO, Ana Rispoli. *Os novos deveres dos contratantes na perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor*; MARQUES, Claudia Lima (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. CÂMARA, José Gomes Bezerra; BARROS, Jair (atual). Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, José Augusto. *A ética no novo código civil*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/314/299> >. Acesso em 18 ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: *Questões controvertidas no código civil. Série Grandes Temas do Direito Privado: volume 2*. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord). São Paulo: Método, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada: de acordo com a lei n.º 12.376 de 30 de dezembro de 2010*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLL, Johannes; KARL, Fred. Demência e pedagogia social. Estudo Interdisciplinar e Envelhecimento, Porto Alegre, v. 10, p. 45-56, 2006. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/RevEnvelhecer/article/viewFile/4795/2701>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

DOLINGER, Jacob. O direito internacional e a sua aplicação pelo direito brasileiro: atualidades e perspectivas – perspectivas do direito internacional privado. In: MENEZES, Wagner (Org). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, BookSeller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de código civil na contramão da constituição. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC: ano 1: volume 4: outubro a dezembro de 2000*. São Cristóvão: Padma, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; JÚNIOR, Fredie Didier. *Comentários ao código civil brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Revistya de Derecho Privado, 1969.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. A democracia familiar no novo código civil. *Repertório de jurisprudência IOB: 2ª quinzena de abril: n.º 08*. São Paulo: Thomson, 2003.

_____, Carlos Alberto Bittar. Separação e divórcio no novo código civil. In: *Repertório de Jurisprudência IOB: civil: processual: penal e comercial: volume: III: n.º 2/2004: 2ª janeiro*. São Paulo: IOB, 2004.

FILHO, Milton Paulo de Carvalho; PELUSO, Cezar (org). *Código civil comentado*. 3. ed. Barueri: 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: volume 1: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. JÚNIOR, Humberto Theodoro (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 9, ano IV, Porto Alegre.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 6: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista brasileira de direito de família*. Ano I, nº. 01, abr-mai-junho 1999. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides. 4. ed. Do direito de família. In: *Direito de família e o novo código civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JÚNIOR, Fredie Didier; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito de família: direito patrimonial: volume XV: arts. 1.639 a 1.783*. 1. ed. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre o parentesco e a obrigação alimentar do padrasto nas famílias reconstituídas. In: *Revista dos Tribunais: ano 103: vol: 948: Outubro/2015*: São Paulo, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: volume 5: direito de família e sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693: volume XVI*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord). São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Paulo. *Direito civil: famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____, Rolf. *A Separação de Corpos e o Direito de Estar Só*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=319>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____, Rolf. *A União (ins) Estável (relações paralelas)*. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=320>. Acesso em: 03 jun. 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – Direito pós-moderno? In: *Revista dos Tribunais: ano 88: volume 764: junho de 1999*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. MARQUES, Claudia Lima (coord). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O negócio jurídico e as suas modalidades*. 3. ed. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e a proteção constitucional da família: estudo sobre as repercussões do superendividamento sobre as relações familiares. *Revista de direito do Consumidor: ano 23: vol: 91: jan-fev/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil: volume 2: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. Atlas: São Paulo, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: volume 5: direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NARCISO, Leandro Xavier Baez, JANCZESKI, ARMANDO, Célio (Coord). *Constituição federal comentada*. Juruá: Curitiba, 2011.

NEHME, Jorge Elias. Autonomia da vontade e seus limites à luz do novo código civil. Cuiabá: *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 1, nº. 1, jul/dez 2007.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código civil e legislação em vigor*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord); JUNIOR, Nelson Nery (coord). *Manual de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. Autonomia privada. In: *Revista CEJ: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários; nº. 1 (1997)*. Brasília: CJF, 1997.

_____, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: *Revista de Informação Legislativa: a. 26: nº. 102: abril/junho 1989*. Brasília: Senado Federal – Serviço de Informação Legislativa, 1989.

NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística para a ordem jurídica estatal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 30, p. 54-83, 2012.

_____, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça*, v. 20, ano XXI, 1999.

_____, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça*, v. 20, ano XXI, 1999. NORONHA, Carlos Silveira (Org.); DIAS, A. B. (Org.); BOEIRA, C. A. (Org.) ; AMARO, C. M. (Org.) ; Colombo,

Cristiano (Org.) ; ALMEIDA, F. C. (Org.) ; FOSSATI, F. (Org.) ; RIBEIRO, R. L. (Org.) ; GRAEFF, F. R. (Org.) ; BORGES, G. S. (Org.) ; SOUZA, Monaliza C. (Org.) ; LUIZ, Ramon Perez (Org.) ; Oliveira, Sandro B. (Org.) ; CUNHA, T. C. N. (Org.) . As novas posturas jurídicas em prol da família, a partir da codificação civil de 2002. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013. v. 1. 398p.

_____, Carlos Silveira. O Instituto esposais na história, no direito comparado e no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 31, p. 52-78, 2013.

NEUNER, Jörg. O princípio da igualdade de tratamento no direito alemão. In: *Direitos fundamentais e justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS: ano 2: n.º. 2: jan/março de 2008*. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

OLIVEIRA, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 2: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de código civil*. In: *Revista Forense: Abril: Maio: Junho de 1973: Ano 69: Fascículos 838-839-840*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: volume V: direito de família*. 21. ed. PEREIRA, Tânia da Silva (atual). Forense: Rio de Janeiro: 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 1. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento: sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía. A Família no direito civil e no direito canônico. Porto Alegre: Editora Acadêmica, *Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*. Vol. 16. 1993/1994.

PELUSO, Cezar (Coordenador). *Código civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume I: direito matrimonial*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001.

_____, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: volume II: direito matrimonial (continuação)*. ALVES, Vilson Rodrigues (atual). São Paulo: Bookseller, 2001.

QUARTIERO, Alexandre da Silva. Regime da separação legal de bens e direitos fundamentais. In: ALVAREZ, Lejandro Montiel; MATEUS, Cibele Gralha; PORTO, Éderson Garin; QUARTIERO, Alexandre da Silva. *Lições fundamentais de direito: ensaios de teoria e dogmática jurídica do curso de direito da Ulbra Torres*. Porto Alegre: Paixão Editores, 2012.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. SANDOVAL; Ovídio Rocha Barros (Atual). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. História do Novo Código Civil. Biblioteca de Direito Civil, Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

_____, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 6º.

_____, Silvio. *Direito civil: vol. 6: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Silvio. Breve Histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da faculdade de direito, USP*, v. 88. São Paulo: 1993.

_____, Silvio. Súmula 377 do supremo tribunal federal: necessidade de sua revogação. In: *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Helly Lopes Meirelles*. WALD, Arnaldo (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Luis Felipe Brasil. *Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens*. Disponível em: < <http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-autonomia-de-vontade-e-os.html> >. Acesso em 21 out. 2012.

_____, Luis Felipe Brasil. Emenda Constitucional 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Família contemporânea: uma visão interdisciplinar*. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho. Porto Alegre:IBDFAM: Letra&Vida, 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Doutrina: Anotações aos enunciados do Cjf. sobre direito de família*. Disponível em: <http://Direitodefamiliares.Blogspot.Com.Br/2011/06/Doutrina-Anotacoes-Sobre-Os-Enunciados.Html>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence,1947.

SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema do direito romano atual: volume VIII*; trad. Ciro Mioransa. Ijuí: Unijui:2004.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____, Clóvis do Couto e. Direito patrimonial de família no projeto de código civil brasileiro e no direito português. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Ano 68, fevereiro de 1979, volume 520, 1979.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Regina Beatriz Tavares da (Coord). *Código civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. 2. ed. TRINDADE, Jorge (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, volume 5: *direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

_____, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões: Fev-Mar: 2008: Ano IX: nº. 2*. Belo Horizonte: Magister, 2008.

ULHOA, Fábio Coelho. *Curso de direito civil: volume 5*. São Paulo: Saraiva.

USTÁRROZ, Daniel. *Temas atuais de direito contratual: a boa-fé objetiva, a responsabilidade pré-contratual e o inadimplemento antecipado*. Sapucaia do Sul: Notadez/: 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família: volume 5*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.