



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ART. 1641, II VS. ART. 1725, CÓDIGO CIVIL: A (IN)ADEQUAÇÃO DO REGIME DE
SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS À UNIÃO ESTÁVEL

Beatriz Portilho Florentino

Rio de Janeiro
2017

BEATRIZ PORTILHO FLORENTINO

ART. 1641, II VS. ART. 1725, CÓDIGO CIVIL: A (IN)ADEQUAÇÃO DO REGIME DE
SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS À UNIÃO ESTÁVEL

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

ART. 1641, II VS. ART. 1725, CÓDIGO CIVIL: A (IN)ADEQUAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS À UNIÃO ESTÁVEL

Beatriz Portilho Florentino

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo – a união estável tem se tornado instituto cada vez mais usual e, em razão do art. 226, §3º da Constituição Federal, funciona como substituto do casamento para aqueles que não desejam casar-se. Os Tribunais gradativamente procedem à equiparação das figuras da união estável e do casamento, o que acarreta tratamento jurídico unificado. Tem-se como exemplo a ampliação do regime de separação obrigatória de bens, direcionado ao casamento no art. 1641, II do Código Civil, para a união estável. O objetivo do trabalho é abordar esse regime de bens, bem como sua aplicação à união estável, no afã de demonstrar qual a interpretação da lei que melhor condiz com o ordenamento jurídico e com as regras de hermenêutica.

Palavras-chave – Direito de Família. Regime de Separação Obrigatória de Bens. União Estável.

Sumário – Introdução. 1. Análise da (in)constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens. 2. A extensão do regime de separação legal do casamento à união estável: gradativa identidade entre os institutos. 3. Importância da hermenêutica jurídica a evitar injustiças. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica compreende tema relacionado ao regime de separação legal de bens do casamento e sua extensão à união estável. Pretende demonstrar, nesse sentido, a inadequação do entendimento jurisprudencial em vigor, de aplicação do regime de separação obrigatória à união estável.

A união estável tornou-se instituto corriqueiramente utilizado e, em razão do art. 226, §3º da Constituição Federal, funciona, na prática, como substituto do casamento para aqueles que não desejam casar-se. Embora sejam institutos afins, o casamento e a união estável apresentam diversas diferenças previstas em lei.

Os Tribunais, entretanto, têm, de forma recorrente, equiparado as duas figuras, de modo que muitos pontos relacionados ao tratamento jurídico desses institutos, antes divergentes, tenham sido unificados. Um desses casos refere-se à ampliação do regime de separação obrigatória de bens, direcionado de forma literal ao casamento no art. 1641, II do Código Civil, para a união estável.

O aludido dispositivo é criticado pela doutrina, porquanto perpetua discriminação contra o idoso, frustrando o princípio da dignidade da pessoa humana, vez que obriga os maiores de 70 anos a casarem-se com regime específico de bens, o da separação absoluta. Como há previsão expressa da aplicação de tal regime para o casamento, continua sendo usado pelo Poder Judiciário.

No entanto, faltam justificativas para empregá-lo à união estável, em verdadeira aplicação analógica de norma de direitos restritivos, vedada pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar as possíveis injustiças perpetradas pelos Tribunais, em razão desse entendimento, sobretudo, porque amplia, a situações não previstas originalmente pela lei, dispositivo legal altamente reprovado.

Nessa linha, procura o primeiro capítulo a demonstrar até que ponto o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1641, II, CC/02, se encontra ultrapassado no ordenamento jurídico, conquanto continue plenamente utilizado e, ainda, ampliado para a união estável.

Em complemento, intenta o segundo capítulo examinar os motivos pelos quais o STJ e parte da doutrina entendem que o regime da separação obrigatória de bens deve ser aplicado também à união estável e, por conseguinte, revelar que, diante desse entendimento, os institutos do casamento e da união estável têm perdido seus caracteres diferenciadores, sendo reduzida a facultatividade existente na escolha por um deles.

O terceiro capítulo destina-se a defender a impossibilidade de extensão do regime de separação legal de bens à união estável, porquanto, do contrário, além de realizar erroneamente interpretação analógica de norma restritiva de direitos, são cometidas evitáveis injustiças, a serem demonstradas pelo exame de julgados.

Para enfrentar as aludidas questões, a pesquisa será desenvolvida em conformidade com o método hipotético-dedutivo, porquanto, a partir das dificuldades trazidas pelo problema escopo do trabalho, o pesquisador elabora hipóteses e as utiliza para deduzir consequências, comprovando-as ou rejeitando-as argumentativamente.

O objeto do presente artigo também será abordado de forma qualitativa, visto que se pretende, por meio da qualificação dos dados sociais e jurídicos, amplos e complexos apresentados, interpretar o fenômeno a que se propõe expor, tendo como base a bibliografia doutrinária e legal, bem como as posições jurisprudenciais pertinentes ao tema.

Por derradeiro, a pesquisa usa o método descritivo e explicativo, a fim de descrever os fatos da realidade apresentada e os entendimentos em vigor sobre a temática, assim como

identificar os fatores que contribuem para a ocorrência desses fatos e entendimentos, aprofundando o conhecimento acerca dessa realidade.

1. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em regra, quando duas pessoas decidem se casar, a lei lhes oferece a possibilidade de optar por uma das espécies de regime de bens, seja por pacto antenupcial ou por contrato de convivência. Assim, diante de eventual partilha de bens, não será possível ao direito sucessório obrigar o casal a dividir o patrimônio de forma diversa da eleita naquele momento anterior¹.

Todavia, a exceção à escolha livre dos nubentes fica por conta do regime de separação obrigatória de bens, o qual consiste em verdadeira imposição legal aos noivos que preencherem determinadas características previstas no art. 1641² do Código Civil.

O presente artigo se aprofunda no estudo do inciso II do aludido dispositivo, de modo que pretende destacar a ausência de razoabilidade de sua permanência no ordenamento jurídico, bem como a ampliação de seus efeitos para a união estável.

Para tanto, a crítica inicial, objeto deste primeiro capítulo, cinge-se à inconstitucionalidade do artigo em questão, tendo em vista a discriminação à pessoa do idoso. Isso porque limita que os nubentes maiores de setenta anos de idade opinem acerca do regime de bens, importante ponto a ser decidido no momento do casamento, haja vista os diversos efeitos patrimoniais que acarreta em sede sucessória.

A Constituição Federal de 1988 vedou, em seu art. 3º, inciso IV³, qualquer forma de discriminação advinda de cor, sexo ou idade, em homenagem aos fundamentos do Estado democrático de Direito, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Igualmente, assegurou

¹ DIAS, Maria Berenice. *Casar ou não casar?* Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/artigos.php>. Acesso em: 09 out. 2016.

² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016. Art. 1641. 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.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

maior proteção às pessoas idosas, com destaque, no art. 230⁴, à garantia de sua dignidade e seu bem-estar.

Desse modo, à luz da Constituição Federal (CRFB/88), a idade meramente cronológica não deveria servir, isoladamente, como justificativa para impedir a liberdade e a autonomia da pessoa. Até porque o tempo por si só não tem potencial de retirar do indivíduo suas aptidões e sua capacidade intelectual⁵, o que deve ser ressaltado, sobretudo, em razão da cada vez mais elevada expectativa de vida do brasileiro.

O Código Civil, preocupado tão somente com os interesses patrimoniais dos herdeiros do nubente, ampara-se, nesse ponto, em uma visão estritamente patrimonialista e sem conferir importância aos aspectos existenciais que circundam o mesmo cenário⁶. Usa, portanto, a idade como pretexto para presumir a senilidade e a consequente incapacidade do septuagenário, conquanto o afastamento da capacidade de fato deva ocorrer, no ordenamento jurídico, após o devido processo de curatela.

O Código Civil, além de frustrar o princípio da igualdade e isonomia, haja vista a discriminação em razão da idade, incorre em verdadeira violação ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88⁷). Isso porque esse princípio, tão caro ao Estado democrático de Direito, entre outros significados, percebe as pessoas como seres capazes de se autodeterminar e “promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁸.

Tal perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana até pode ser relativizada, porém, somente quando, de fato, as faculdades mentais do idoso – ou de qualquer pessoa – merecerem a intervenção de outrem, a fim de garantir-lhe efetivamente proteção. A restrição que, nesse caso, se impõe ao eventual curatelado traduz-se como direta e objetiva, e não como limitação mascarada pela lei⁹, a exemplo do que ocorre no art. 1641, II¹⁰.

Ademais, é incongruente a posição tomada pelo legislador, uma vez que, embora determine estritamente o regime de bens do casamento àqueles que o contraíam quando maiores de setenta anos, não proíbe que um cônjuge doe bens para o outro, ainda que sejam regidos pelo

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 266.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁹ MADALENO, op. cit., p. 65.

¹⁰ Vide nota 02.

regime obrigatório da separação de bens¹¹. No entanto, tal proibição coube ao Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹².

O art. 1641 do Código Civil¹³ não impõe o regime de separação legal apenas na hipótese aqui tratada, também o faz para as pessoas que contraírem casamento sem observar as causas suspensivas de celebração (inciso I), assim como para as que dependerem de suprimento judicial para casar (inciso III).

Entretanto, esses incisos preveem casos eminentemente distintos da limitação aos idosos, uma vez que, neles, pode o juiz excluir a restrição legal. Na hipótese retratada pelo inciso III, basta a declaração afirmativa e permissiva do juiz para que se realize o casamento. Já, no tocante ao inciso I, o art. 1523, parágrafo único, do Código Civil¹⁴ permite que os nubentes provem certos requisitos no afã de serem liberados do regime de separação legal de bens.

O inciso II, contudo, objeto do presente ensaio, traduz imposição de incomunicabilidade absoluta, isto é, inexistente previsão que amenize o rigor da lei. Destarte, tal imperativo é tido por Maria Berenice Dias como uma falsa norma protetiva, que, com efeito, traduz verdadeira sanção, apenamento de ordem patrimonial¹⁵.

Em vista disso, inegável que a aplicação plena do art. 1641, II¹⁶ implica a ausência de leitura do dispositivo à luz da constitucionalização do Direito Civil. Por essa razão, os Tribunais, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, permaneceram usando a Súmula 377¹⁷ do Supremo Tribunal Federal (STF), elaborada em 1964, que houvera sido baseada nos princípios da solidariedade social e da vedação ao enriquecimento sem causa¹⁸.

O aludido enunciado do STF prevê, em regime de separação obrigatória de bens, a comunhão dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, desde que provado o esforço comum.

¹¹ MADALENO, op. cit., p. 64.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 402.697. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+402.697&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 out. 2016.

¹³ Vide nota 02.

¹⁴ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327-328.

¹⁶ Vide nota 02.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

¹⁸ TEPEDINO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

Desse modo, o regime de separação legal de bens, ao mesmo tempo em que se distancia da comunhão patrimonial, aproxima-se desta. Por um lado, os bens adquiridos onerosamente durante o casamento podem ser objeto de partilha pelo cônjuge se comprovado esforço comum de ambos para sua aquisição. De outro, enquanto se exige a prova do esforço comum no regime de separação legal, na comunhão parcial de bens, é suficiente a mera convivência dos cônjuges.

Diferentemente do que ocorre com a limitação ao casamento dos septuagenários, não há, no tocante à união estável, regra similar. Em contrapartida, a união estável possui previsão própria sobre seu regime de bens, que, na falta de contrato de convivência, deve ser o de comunhão parcial, consoante o disposto no art. 1725¹⁹ do Código Civil²⁰. Como a supracitada limitação não existe na união estável, não cabe interpretação analógica para restringir direitos.

Ainda assim, a jurisprudência firmou-se no sentido da aplicação do regime de separação obrigatória aos idosos que estabelecem união estável. Igualmente ao que ocorre ao casamento, o entendimento é temperado pela incidência da Súmula 377 do STF, de modo que, ainda que com regime de separação obrigatória, é possível haver direito à meação do companheiro, desde que provado o esforço comum.

Embora seja um temperamento ao regime de separação obrigatória de bens, a aplicação da súmula não pode ser vista como vantagem quando a circunstância fática retratar hipótese de união estável. Isso porque se a literalidade da lei houvesse sido seguida, a prova do esforço comum seria dispensada, já que o regime de comunhão parcial foi determinado pela lei especialmente à união estável.

2. A EXTENSÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DO CASAMENTO À UNIÃO ESTÁVEL: GRADATIVA IDENTIDADE ENTRE OS INSTITUTOS

Ainda que o art. 1725 do Código Civil²¹ expressamente determine o regime de comunhão parcial aos companheiros, sem restrições à idade, a jurisprudência defende a obrigatoriedade da separação quando sejam eles maiores de setenta anos. Alguns autores

¹⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017. 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.

²⁰ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

²¹ Vide nota 20.

também sustentam essa posição, embora sejam minoritários na doutrina. Incumbe, portanto, conhecer as razões sobre as quais está alicerçado o aludido entendimento e, conseqüentemente, elucidar por que devem ser refutadas.

Álvaro Villaça Azevedo²², por exemplo, alinha-se à visão patrimonialista do Código Civil e não vislumbra, nesse tema, diferença entre o casamento e a união estável. Para ele, em ambas uniões, após o implemento dos setenta anos, muitos direitos já se consolidaram na família dos cônjuges ou dos conviventes, devendo ser respeitados.

Como já destacado no presente trabalho, o STJ também se posiciona nesse sentido. No Recurso Especial 646.259²³, o relator, ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que devem ser aplicadas aos companheiros as mesmas limitações previstas para o casamento, sob pena de tornar mais favorável, diante do silêncio da legislação, contrair união estável do que casamento.

Para o ministro, não seria possível conceber que o arcabouço legislativo teria conferido mais direitos aos conviventes em união estável do que aos cônjuges, quando, na verdade, a união estável encontra-se em patamar inferior ao casamento. A Constituição Federal propõe que a união estável se convole em casamento, mas não há previsão sobre o inverso, ou seja, existiria uma hierarquia constitucionalmente sufragada, que estaria em risco se não houvesse ampliação da norma de separação obrigatória de bens aos companheiros.

O voto do ministro Luis Felipe Salomão menciona outro aresto, cujo *decisum* tinha mesmo objeto, o Recurso Especial 1.090.722²⁴. Neste, o relator, o ministro Massami Uyeda, considera a não-extensão do regime da separação obrigatória de bens à união estável desestímulo ao casamento. Entender dessa forma discreparia da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário.

O STJ, portanto, tende a considerar que se a norma que impõe a separação legal de bens aos septuagenários não se equiparasse à união estável, os conviventes, que nessas condições contraíssem união estável, estariam agindo em verdadeira burla ao casamento. Esquece-se o Tribunal, porém, do “significado que melhor contempla os princípios

²² AZEVEDO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 646.259. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+646.259&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.090.722. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1.090.722&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

constitucionais aplicáveis à família, notadamente o da igualdade das entidades e o da liberdade conferidas às pessoas para constituição de suas famílias”²⁵.

Consoante os ensinamentos de Paulo Lôbo²⁶, a norma constitucional que permite a conversão da união estável em casamento não consiste em um mero ritual de passagem de um instituto ao outro, mas em especificação do princípio da liberdade de constituição da família. Nessa linha, as pessoas são livres para optar por qual instituto familiar mais se adequa a sua necessidade ou desejo. Cuida-se de faculdade ou poder potestativo a opção entre manter a união estável ou convertê-la em casamento²⁷.

Deve-se ter em mente que, independentemente da família constituída, o tratamento será isonômico a qualquer entidade familiar. Por conseguinte, segundo a melhor interpretação constitucional, não se afigura correto colocar as entidades familiares em diferentes patamares hierárquicos. Os companheiros podem manter uma união estável até o fim de suas vidas, sem jamais a convolarem em casamento, o que corrobora a tese de que a união estável é independente, não se subordina hierarquicamente ao casamento, cabendo às pessoas a faculdade de decidir-se entre uma ou outra instituição.

Pode-se afirmar, portanto, que a posição tida como majoritária – da qual discorda este artigo – reconhece que, mesmo com a inequívoca ausência de previsão legal acerca do regime de separação legal de bens à união estável, equipara-se o tratamento desta àquele previsto especificamente para o casamento. Percebe-se, assim, um evidente movimento de uniformização dos dois institutos.

Ante as circunstâncias apresentadas, surge importante questão: por que existe ainda uma pretensa facultatividade na escolha entre tais entidades familiares?

Se as normas concernentes ao casamento são sempre aplicáveis à união estável, esses institutos tornam-se cada vez mais semelhantes, perdendo, na mesma proporção, seus caracteres diferenciadores. Embora ainda sejam diferentes no tocantes às formalidades para criação e extinção, se em todos os efeitos forem iguais, a união estável deixa de existir e cessa a liberdade dos indivíduos de escolherem entre um e outro.

Destaque-se que essa discussão se faz bastante importante, não apenas no que tange à opção pelo regime de bens, mas principalmente sobre a questão sucessória. Os direitos sucessórios previstos na lei muito se distinguem em relação ao casamento e à união estável,

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 182.

²⁶ *Ibid.*, p. 182-183.

²⁷ *Ibid.*, p. 67.

porém, o Supremo Tribunal Federal os tornou equiparados²⁸, dotando de inconstitucionalidade a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Todavia, não se mostra razoável tornar idênticos os institutos em tela, haja vista o zelo da Constituição Federal pelo princípio da liberdade de escolha, que se revela quando o constituinte oferece às pessoas tanto a opção pelo casamento quanto pela união estável. A própria Constituição Federal, como buscou tornar mais fácil a conversão da união estável em casamento, evidenciou o pressuposto de que existem diferenças entre eles.

Diante da norma constitucional, não há outra interpretação possível que aquela que privilegie a autonomia da vontade entre casar ou constituir união estável. Aquele que deseja casar submete-se às regras previstas para o casamento, que são as mais diversas, até porque consiste em instituto extremamente formalizado. Já quem quiser constituir união estável, sujeita-se às normas para ela previstas.

Aquele que se vê em uma união estável optou por ela justamente pela ausência de formalidades exigidas, bem como aceitou o regime de comunhão parcial do art. 1725²⁹. Logo, as normas restritivas do casamento, como a que impõe o regime de separação obrigatória aos septuagenários, devem ter aplicação limitada àqueles que intentam efetivamente a figura do casamento.

Intepretação diversa frustra não apenas o princípio da liberdade de constituição da família e a autonomia da vontade, mas, sobretudo, o princípio da igualdade e do respeito à diferença entre as instituições familiares. A isonomia entre as entidades familiares decorre do *caput* do art. 226 da Constituição Federal³⁰, que tutela qualquer tipo de família, sem restrições.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva³¹, para atingir-se a verdadeira igualdade, situações desiguais devem ser tratadas distintamente, na medida de suas desigualdades, de modo que o casamento e a união estável pedem tratamentos diferentes, que façam jus às suas peculiaridades.

De fato, não poderia ser outro o entendimento, visto que o idêntico tratamento conferido a ambos institutos leva à existência de figura única, tornando desnecessária a permanência da união estável no ordenamento jurídico.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

²⁹ Vide nota 20.

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mar. 2017.

³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *União estável e casamento: entidades familiares que devem ser totalmente equiparadas em efeitos sucessórios?* Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/uniao-estavel-e-casamento-entidades-familiares-que-devem-ser-totalmente-equiparadas-em-efeitos-sucessorios/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Nessa perspectiva, Maria Berenice Dias³² corrobora a posição supramencionada, já que aponta que a lei resolveu tratar de forma desigual situações de vida idênticas, o que culminou na possibilidade de escolher, lastreada na liberdade e na autonomia da vontade. Ora, se, às pessoas cabe a escolha, “mister que a vontade manifestada pelo par seja respeitada”³³.

Em suma, mostra-se importante perpetuar as diferenças entre os institutos do casamento e da união estável. Impede-se, assim, que seja extirpada do ordenamento jurídico a facultatividade entre eles, ao mesmo tempo em que se possibilita a manutenção do tão relevante direito de escolher.

3. IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA A EVITAR INJUSTIÇAS

Além de todos os fundamentos já expostos no presente artigo, a impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica sobre norma restritiva consiste no maior impedimento à extensão do regime de separação legal de bens aos conviventes maiores de setenta anos.

Tem-se que a norma que institui restrição ao casamento apresenta-se como exceção no ordenamento jurídico, já que o casamento consiste em faculdade natural reconhecida às pessoas. Por conseguinte, conforme as regras de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação ampliativa a norma restritiva. Da mesma forma, a norma restritiva não comporta o uso da analogia para abranger hipóteses não previstas originalmente pela lei.

Explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁴ que as limitações à escolha do regime de bens no casamento, como especificamente previstas a esse instituto, não se aplicam à união estável. Em se tratando “de norma restritiva de direitos, a interpretação da lei há de ser, necessariamente, restritiva”³⁵.

Portanto, se o art. 1641, II do Código Civil³⁶ já se encontra desatualizado para a própria finalidade pretendida, relativa ao casamento, com mais razão deve ser afastada sua ampliação à união estável.

³² Vide nota 01.

³³ Ibid.

³⁴ FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

³⁵ Ibid.

³⁶ Vide nota 02.

Não se deve perpetuar a aplicação de dispositivos discriminatórios e, por conseguinte, inconstitucionais. Tal constatação vale para qualquer ramo do Direito, mas é especialmente importante para o Direito de Família, que tende a fazer prevalecer o princípio da igualdade – entre filhos, entre pais, entre famílias etc. –, o que deveria se estender também ao tratamento dos maiores de setenta anos, ainda aptos a realizar escolhas.

Ainda, o afastamento do dispositivo se impõe, principalmente, diante do sacrifício hermenêutico necessário para que seja aplicado, visto que a hermenêutica jurídica exatamente se põe contra a extensão de normas restritivas de direitos.

Assim sendo, ausente providência do Poder Legislativo no sentido de revogar o art. 1641, II do Código Civil³⁷, caberia ao Poder Judiciário garantir a proteção dos vulneráveis, que são justamente os atingidos pela regra em questão. No entanto, não é o que se vê na prática, em que os Tribunais não apenas aplicam a aludida norma, mas também a estendem para casos entendidos como análogos.

Inevitáveis, portanto, as injustiças decorrentes da errônea interpretação da lei. Com mera finalidade exemplificativa, citam-se os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.171.820³⁸, que decidiram divergência de entendimento entre a Terceira e a Quarta Turmas no tocante à aplicação da Súmula 377 do STF.

No acórdão do Recurso Especial que originou os embargos, a Terceira Turma entendeu que o regime de separação legal de bens da união estável se equiparava a um regime de comunhão parcial, visto que os bens adquiridos onerosamente na constância da união se comunicariam, sendo presumido o esforço comum.

O embargante alegou a divergência, tendo em vista diversas decisões da Quarta Turma que, contrariamente, exigiam a prova do efetivo esforço comum. No julgamento, a Corte entendeu assistir-lhe razão, de forma que seria necessária a comprovação do esforço comum, para que, na partilha de união estável contraída por sexagenários (à época, vigorava o Código Civil de 1916), houvesse a comunicação dos bens. Desse modo, negou à companheira de doze anos meação nos bens do convivente falecido.

Com essa posição jurisprudencial, o STJ parece partir da regra de que toda união contraída após determinada idade tem como base o interesse econômico de um companheiro em relação ao outro. Contudo, não pode essa situação ser tida como a regra; tanto o casamento

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ERESP n. 1.171.820. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=ERESP+1.171.820&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

quanto a união estável estão sujeitos a acontecer com indivíduos na terceira idade e, ainda assim, nascem majoritariamente do afeto e do carinho.

No caso em tela, o casal passou doze anos convivendo juntos. O tempo por si só não seria demonstração inequívoca do esforço comum na aquisição de patrimônio? Muitas vezes, o companheiro ou o cônjuge não contribui financeiramente para a compra de um bem, sem que isso signifique ausência de esforço comum.

O próprio relator, ao mencionar Arnaldo Rizzardo em seu voto, corrobora a ideia de que a colaboração em adquirir patrimônio ultrapassa a contribuição meramente econômica. Nas suas exatas palavras, diz que “para caracterizar a sociedade na constituição do capital, importa a participação do cônjuge na atividade de qualquer tipo, mesmo na restrita às lides domésticas”.

Ora, se atividades domésticas constituem esforço comum, apto a fazer com que se comuniquem os bens em união contraída sob regime de separação obrigatória, apenas situações excepcionalíssimas impediriam a comunicação dos bens. A princípio, a própria convivência que constitui união estável pode fazer prova do esforço comum na formação do patrimônio de um dos cônjuges. É evidente que há, aqui, presunção relativa, logo, aos interessados caberia demonstrar a ausência desse esforço mútuo.

Embora essa seja a interpretação literal passível de extração do aludido *decisum*, tem-se que não será esse o fundamento das decisões dos tribunais pelo país. Tendo em vista que o esforço comum pode ser extremamente subjetivo – até porque as pessoas não procuram produzir provas, no momento em que estão realizando atividades cotidianas, que eventualmente serão úteis no futuro –, a sua valoração ficará a cargo dos magistrados, dando ensejo a decisões completamente diferentes.

Se a hipótese tratasse de partilha de bens decorrentes do casamento realizado sob regime de separação legal de bens, o entendimento exposto, apesar de ultrapassado, estaria em conformidade com a disposição da lei. Entretanto, silencia a lei sobre qualquer restrição à união estável em virtude da idade dos conviventes, logo, há interpretação extensiva sobre norma restritiva, que prejudica gravemente a companheira.

O STJ segue, porém, ampliando a aplicabilidade do art. 1641, II do Código Civil³⁹ e, assim, infringindo diretamente as regras da hermenêutica jurídica, que, contraditoriamente, deveriam servir para ditar o modo de interpretação e aplicação das leis. A Corte atua, ainda, em

³⁹ Vide nota 02.

dissonância com a doutrina majoritária⁴⁰, inclusive, em relação a autores especializados no Direito de Família.

CONCLUSÃO

O regime de separação obrigatória de bens consiste em imposição legal aos nubentes que se encontram nas circunstâncias do art. 1641 do Código Civil. O inciso II do aludido dispositivo se destaca pela ausência de razoabilidade que baseia a sua permanência no ordenamento jurídico. São diversas as vozes da doutrina que atentam para a inconstitucionalidade da norma, haja vista a discriminação à pessoa do idoso, a quem a Constituição Federal garante proteção à dignidade e ao bem-estar.

Dotou-se o mandamento contido no inciso II de tamanha rigidez que, enquanto os demais incisos podem ter a restrição legal do regime de bens excluída judicialmente, aos maiores de setenta anos não há situação fática que amenize a previsão legal. Dentre outras razões, daí se extrai a ideia de que o dispositivo tratado constitui verdadeira sanção patrimonial, ainda que mascarada de proteção aos que se casam com idade avançada.

Em que pese a doutrina majoritária criticar o teor do art. 1641, bem como seus fundamentos, ele não deixou de ser aplicado. Mais que isso, os tribunais adotam-no, em analogia, para a união estável contraída por pessoas maiores de setenta anos, muito embora o art. 1725 do Código Civil determine, ausente pacto de convivência, o regime de comunhão parcial de bens aos companheiros.

Nessa linha, diversas são as decisões do STJ no sentido de que se submetem os companheiros às mesmas limitações previstas para o casamento, sob pena de tornar mais favorável, diante do silêncio da legislação, contrair união estável do que casamento.

Entretanto, essa ordem de raciocínio parece ignorar que os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, além de genericamente aplicados ao Direito, são diretamente usados no Direito de Família. Em razão desses princípios, possibilita-se a existência de

⁴⁰ Podem ser citados doutrinadores como: DIAS, op. cit., p. 328; LÔBO, op. cit., p. 183; OLIVEIRA apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 479; CAHALI apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 479; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326, entre outros.

diferentes tipos de entidades familiares, assim como se permite optar por casar ou contrair união estável.

Uma vez que a Constituição Federal zela pela liberdade de escolha, na medida em que oferece ambos institutos, o casamento e a união estável, não se mostra coerente pensar que pretendeu tornar idênticas tais figuras. Afinal, a Carta Magna previu a união estável como entidade familiar autônoma e independente, sem subordinação hierárquica ao casamento, isto é, ainda que seja possível sua convalidação em casamento, os companheiros podem manter uma união estável até o fim de suas vidas, sem jamais a converterem.

Destarte, ante a autonomia da vontade entre casar ou constituir união estável, cabe às pessoas a faculdade de decidir entre uma ou outra instituição. Aquele que deseja casar submete-se às regras previstas para o casamento enquanto quem quiser constituir união estável, sujeita-se às normas para ela previstas. Por conseguinte, as normas restritivas do casamento, o que inclui o regime de separação obrigatória de bens, devem ter aplicação limitada àqueles que intentam efetivamente a figura do casamento.

Ademais, trata-se o art. 1641 de norma restritiva de direitos. Considerada exceção no ordenamento jurídico, já que o casamento consiste em faculdade natural reconhecida às pessoas, deve ser interpretada também restritivamente. Isso significa dizer que normas restritivas não comportam o uso da analogia para abranger hipóteses não previstas originalmente pela lei.

Desse modo, não há que usar o dispositivo supracitado para a união estável de septuagenários, a qual, segundo art. 1725, deve seguir o regime da comunhão parcial de bens. A extensão do art. 1641, relativo ao casamento, à união estável caracteriza verdadeiro sacrifício hermenêutico, realizado pelos tribunais no afã de justificar o patrimonialismo e a proteção dos herdeiros, fins visados pelo Código Civil.

Inevitáveis, portanto, as injustiças decorrentes da errônea interpretação da lei.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

AZEVEDO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 402.697. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+402.697&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 646.259. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+646.259&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP n. 1.090.722. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1.090.722&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ERESP n. 1.171.820. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=ERESP+1.171.820&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 377. No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4744004>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CAHALI apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Casar ou não casar?* Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/artigos.php>. Acesso em: 09 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito de Família*. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7^a ed. rev. ampl. e atual. V. 6. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *União estável e casamento: entidades familiares que devem ser totalmente equiparadas em efeitos sucessórios?* Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/uniao-estavel-e-casamento-entidades-familiares-que-devem-ser-totalmente-equiparadas-em-efeitos-sucessorios/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

TEPEDINO apud ALMEIDA, Felipe Cunha de. A polêmica imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 33, p. 227-259, set. 2015.