

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Iara Pereira Ribeiro; Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos; Mônica Martinez de Campos – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-942-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O VII Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, contou com um grupo de trabalho sobre DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES.

A coordenação deste grupo ficou a cargo dos Professores César Augusto de Castro Fiuza (UFMG), Iara Pereira Ribeiro (FDRP - USP), Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos (FDF) e Mónica Martinez de Campos (Universidade Portucalense/Instituto Jurídico Portucalense – Portugal).

Deu-se início aos trabalhos no dia 24 de Junho, pelas 13h30, com a apresentação individual de cada um dos Coordenadores e a indicação das regras a respeitar pelos autores dos artigos que integram a temática do Direito de Família e das Sucessões. A sequência da apresentação dos artigos foi organizada por subtemas, divididos em blocos, com comentários e debates ao final de cada bloco.

No primeiro bloco foram apresentados cinco artigos que versaram sobre o papel da (1) Inteligência Artificial nas relações familiares e sucessórias, foram apresentados efeitos positivos e negativos na proteção e efetivação desses direitos. As várias insuficiências e incoerências descritas nos trabalhos reclamam a intervenção do poder legislativo e judiciário e uma sensibilização dos atores privados e públicos. Ora vejamos:

O primeiro artigo, intitulado “ADOÇÃO E APLICATIVOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”, de Raissa Arantes Tobbin, Valéria Silva Galdino Cardin, aborda o uso da inteligência artificial no âmbito do Direito de Família, suas potencialidades e vulnerabilidades, examinando também a experiência nacional e internacional com aplicativos no processo de adoção de crianças e adolescentes. Os autores verificaram que a utilização de inteligência artificial pode contribuir como uma alternativa para fins de fomento à adoção, já que permite maior aproximação entre os habilitados e as crianças disponíveis para adoção, mas é necessário observar durante todo o processo os direitos da personalidade dos envolvidos e garantir que a utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) não seja conduzida com base em estereótipos e vieses preconceituosos.

Raissa Arantes Tobbin e Valéria Silva Galdino Cardin, agora também com Tereza Rodrigues Vieira, voltam a tratar de inteligência artificial, mas numa perspectiva jurisdicional, com o artigo intitulado “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA: APOIO, SUBSTITUIÇÃO E DISRUPÇÃO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”. Neste trabalho as autoras verificaram a indispensabilidade da análise e do elemento humano atinente às causas de família, sobretudo porque a seara do Direito de Família envolve decisões complexas diante do seu conteúdo marcado por conflitos relacionais e a alta carga de subjetividade, em descompasso com sistemas de IA puramente baseados em padronização, previsibilidade e busca pela celeridade. Contudo, consideram que é possível utilizar a IA para fins de propagação de informações legislativas, fomentar o acesso à justiça, por meio de serviços e apps e atendimento online simultâneo ao presencial, que, em muitos casos, ainda cumpre com sua função diante da desigualdade de acesso à tecnologia.

Nadieje de Mari Pepler, no seu artigo “MAPEAMENTO DIGITAL DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA PARA O BRASIL”, defende a criação do Sistema Nacional Familiar e Sucessório, um eficaz mapeamento digital da vocação hereditária, dados esses fidedignos, a exemplo do SISBAJUD (CNJ), do RENAJUD (Denatran) e do SNIPER (Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos), a mais nova ferramenta articulada pelo CNJ, exatamente, porque a vida humana não é menos importante do que o capital.

Segue-se um artigo sobre “DESAFIOS JURÍDICOS NA SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL PÓS-PANDEMIA: UMA ANÁLISE DA INOVAÇÃO JUDICIÁRIA” de Nathalia Cristina Barbosa De Melo Oliveira e Rayza Ribeiro Oliveira. Ao considerar o contexto pós-pandêmico de evolução de bens digitais no cenário brasileiro, o presente estudo propõe-se a avaliar como as soluções encontradas pelo Poder Judiciário, no enfrentamento de problemas sociojurídicos decorrentes da ausência de previsão legislativa sobre a sucessão de bens digitais no Brasil, inovam o Direito. A partir de uma abordagem qualitativa de pesquisa, este estudo, de cunho procedimental bibliográfico e documental, apresenta três seções: a primeira destinada à incursão ao tema do patrimônio digital e os aportes necessários do Direito; a segunda é estruturada no cenário pós-pandêmico de evolução dos bens digitais e as implicações relativas ao direito sucessório destes; para, ao final, a terceira destacar a inovação que desponta no Poder Judiciário no enfrentamento do tema. Por fim, o estudo posiciona-se no sentido de inovação do Direito pela ação legislativa em casos que envolvem direito sucessório relativo a bens digitais.

Por fim, no artigo com o título “TESTAMENTO E HERANÇA DIGITAL: PREVENÇÃO DOS CONFLITOS EMERGENTES ATRAVÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL DE

TESTAR” de Pedro Henrique Antunes Motta Gomes e Julio Cesar Franceschet, é feita uma análise da relevância do testamento como exercício de direito fundamental na prevenção de conflitos sucessórios emergentes no contexto digital. Os autores consideram que o testamento desempenha papel crucial na prevenção de conflitos sucessórios digitais, resguardando a vontade do testador e assegurando a transmissão ordenada e a preservação da dignidade digital após a morte. Sugerem a inclusão de disposições claras sobre ativos digitais, a designação de um executor digital e a consideração da privacidade e direitos de terceiros. Discutem também a adequação da legislação vigente, com destaque para projetos de lei em tramitação no Brasil e concluem pela necessidade de maior clareza legislativa e conscientização sobre o planejamento sucessório digital, bem como pela harmonização das normas sucessórias com as dinâmicas digitais emergentes.

O segundo bloco tratou do (2) Papel da liberdade e da autonomia da vontade nas relações familiares em que se observou o descompasso do Direito com a evolução e às necessidades das famílias. Os autores enfrentaram o tema para proporem o equilíbrio entre a intervenção do Estado e a autonomia privada, nos seguintes trabalhos:

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Izabella Affonso Costa e Mariana Alves Siqueira, no artigo “ETERNIZAÇÃO DOS LAÇOS DE AFINIDADE EM LINHA RETA: LIMITES À LIBERDADE DOS NUBENTES” levaram a cabo uma análise acerca da liberdade matrimonial e do papel do Estado ao restringir a celebração de negócios jurídicos familiares entre parentes afins em linha reta. O estudo aborda a proteção constitucional ao direito de família e a liberdade de escolha dos nubentes, com foco no artigo 1.595, § 2º do Código Civil e levando em conta as mudanças de valores de uma sociedade dinâmica.

Seguiu-se então o artigo de João Antonio Sartori Júnior, Daniela Braga Paiano e Matheus Filipe De Queiroz, intitulado “O HERDEIRO ESPERADO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS E BIOJURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS”. Para os autores, o Direito atual mostra-se, cada vez mais, sensível às considerações que dignificam a pessoa humana, com o objetivo de preservar a autonomia privada dos cidadãos nos negócios jurídicos. Na contemporaneidade, no que se refere ao prazo para concepção do herdeiro esperado, o parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil, estabelece um prazo de dois anos da abertura da sucessão para o herdeiro esperado ser concebido. Diante disso, o questionamento que se apresenta, consiste na possibilidade de o testador fixar prazo diverso, inclusive mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e se deveriam ser respeitadas as disposições de última vontade do testador? Para responder a esta questão os autores defendem a contratualização das relações sucessórias, possibilitando às partes pactuarem cláusulas relacionadas ao herdeiro esperado em observância aos princípios da autonomia privada, da dignidade da

pessoa humana, da não intervenção estatal, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

Os mesmos autores, Matheus Filipe De Queiroz, João Antonio Sartori Júnior, Daniela Braga Paiano, apresentaram um outro trabalho sobre “CLÁUSULAS ESSENCIAIS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES - UMA ANÁLISE DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARA ALÉM DA PATRIMONIALIDADE”. Neste artigo elegeram o contrato de convivência de união como negócio jurídico principal para análise, de acordo com os estudos de Francisco José Cahali, e debruçaram-se sobre as cláusulas que Cahali julgava pertinente constar num contrato de convivência de união estável até as cláusulas que o direito contemporâneo permite que sejam inseridas em tal instrumento, com o objetivo de uma maior ampliação dos pactos nas relações familiares de forma de enaltecer a autonomia privada das partes na execução do conteúdo disposto nesses pactos.

No artigo intitulado “ANÁLISE DA RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGITIMÁRIO PELOS CÔNJUGES NO DIREITO PORTUGUÊS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE NO DIREITO BRASILEIRO, Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches e Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli analisam em que medida o instituto da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário pelos cônjuges em convenção antenupcial introduzido no direito português (Lei 48/2018) pode contribuir para o debate acerca do tema no direito brasileiro, em especial como forma de concretização da autonomia privada. Tal possibilidade aumenta a autonomia dos cônjuges, contudo, considerando os requisitos exigidos, parece que, ainda assim, haveria restrição à autodeterminação. A possibilidade de renúncia à condição de herdeiro legitimário estabelecida na legislação portuguesa pode servir de parâmetro para a discussão acerca do tema no direito brasileiro, todavia as limitações impostas pela legislação portuguesa restringem a autonomia dos cônjuges, não precisando ser necessariamente adotadas pelo modelo brasileiro.

A temática do terceiro bloco se debruçou sobre (3) As relações contratuais em Direito de Família e das Sucessões em três artigos:

No primeiro artigo, A (IN) EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UM ESTUDO A PARTIR DA TEORIA DO FATO JURÍDICO, Mariana Ferreira de Souza e Tereza Cristina Monteiro Mafra procuram verificar a possibilidade de existência da união estável putativa, sob o prisma da teoria do

fato jurídico, analisando se a união estável possui natureza jurídica de ato-fato ou de negócio jurídico. O referencial teórico foi a teoria do fato jurídico desenvolvida na obra de Pontes de Miranda.

No segundo artigo, “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE, de Luiz Gustavo do Amaral, Rosane Stedile Pombo Meyer e Lucas Leonardi Priori, é apresentada uma análise acerca da celebração de negócio jurídico processual tendo por objeto a nomeação de inventariante ou, até mesmo, de inventariantes, em sede de nomeação plural. Os autos de inventário, por vezes, esbarram em entraves que contribuem no prolongamento do feito, a exemplo das longas discussões processuais acerca da nomeação ou remoção de inventariante. O emprego do negócio jurídico processual como instrumento para nomeação do inventariante, ainda que por consenso apenas da maioria dos sucessores ou com a nomeação plúrima de inventariantes, abre o espaço para obtenção de melhor gestão da herança e condução mais eficiente do inventário. Este estudo aponta a relevância e importância da atuação do inventariante, a fim de se obter uma tramitação eficiente e célere para o inventariante, de modo a evitar prejuízos aos herdeiros e ao próprio Estado, diante de eventual delonga processual. Trata da autonomia privada, no campo do Direito Processual Civil, dentro dos limites legais.

O “ABANDONO DO PROJETO PARENTAL PELA GESTANTE POR SUBSTITUIÇÃO: UMA HIPÓTESE DE DANO RESSARCÍVEL?”, da autoria de Grace Correa Pereira, trata da gestação por substituição heteróloga em Portugal (Lei n.º 90/2021) que definiu serem pais do bebê a ser gestado o(s) comitentes(s) e não a gestante, embora a ela se reconheça o direito de se arrepender até o momento do registro da criança. Assim, o estudo é limitado às hipóteses em que os comitentes são também os dadores do material genético necessário à formação do embrião a ser gestado, e é analisado o arrependimento da gestante. A autora considera que qualquer forma de abandono do projeto parental originário não pode ficar sem indenização, ainda que a gestante se atribua a titularidade da maternidade, com exclusão da parentalidade dos comitentes.

O quarto bloco trouxe a discussão sobre (4) Gênero e violência doméstica nas decisões judiciais sobre a guarda de filhos.

Daniela Cunha Pereira, no trabalho de investigação sobre “DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NOS PROCESSOS DE GUARDA: UMA ANÁLISE DA COMARCA DE BELO HORIZONTE/MG”, avalia o tratamento dado às mulheres que litigam em processos de guarda que tramitam em uma das varas de família de Belo Horizonte/MG, analisando como questões de gênero são tratadas pelo sistema de justiça. O fundamento do estudo relaciona-se

à necessidade, reconhecida tanto pelo ordenamento jurídico nacional quanto internacional, de se resguardar os direitos humanos das mulheres, garantindo uma efetiva aplicação da justiça, inclusive nas varas de família. A hipótese a partir da qual o trabalho foi realizado e ao final confirmada foi no sentido de que, no juízo investigado, os litígios não são analisados com lentes de gênero, mas sim a partir de um paradigma de suposta neutralidade, ignorando-se o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça. O estudo tem como referencial teórico os estudos de gênero da historiadora Joan Scott e os aportes da teoria crítica desenvolvida por Alda Facio Montejo, elaborada a partir da perspectiva de gênero e de uma prática feminista.

Ainda sobre a guarda, embora numa perspectiva distinta da anterior, Tainá Fagundes Lente, Kelly Cristina Canela e Marina Bonissato Frattari, no artigo sobre “A APLICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PELA LEI Nº 14.713/2023”, focam-se na referida Lei que alterou o art. 1.584, §2º do Código Civil e acrescentou o art. 699-A ao Código de Processo Civil, estabelecendo a aplicação da guarda unilateral (exercida por somente um dos pais) nos casos de violência doméstica e familiar. Procuram responder a dúvidas decorrentes da nova lei: a qual vítima de violência se refere? A audiência de conciliação ou mediação é o momento adequado para alegação? E qual conjunto probatório ela exige? Concluíram os autores que a norma se aplica nos casos de violência contra o filho e/ou algum de seus genitores. Ainda, a audiência de conciliação e mediação não aparenta ser o momento mais eficiente para alegação, pois situações de violência doméstica, majoritariamente, não admitem autocomposição. Finalmente, recomendam prudência quanto às provas exigidas para comprovação da violência, sendo de importância um conjunto de provas interdisciplinares, a exemplo dos estudos psicológicos e sociais.

Em seguida, o tema foi (5) Os conflitos e a proteção da família e da criança e do adolescente, em que se tratou dos vários instrumentos de resolução de conflitos nas dinâmicas das famílias, tendo havido uma tendência para pesquisar sobre os meios de proteção dos menores. Efetivamente, “A Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar” (Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959) sendo necessário a reflexão sobre o afeto e os direitos e deveres.

No artigo “MEDIÇÃO: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS INDIVÍDUOS EM CONFLITO FAMILIAR”, Andréa Carla de Moraes Pereira Lago e Ariana de Souza Pinheiro propõem averiguar se a mediação se constitui num instrumento adequado e eficaz para a solução dos conflitos de natureza familiar, e em consequência, promovem a efetivação dos

direitos da personalidade, como a integridade psíquica e moral, dos indivíduos que se encontram em meio à essas contendas. Depois do estudo que realizaram, as autoras chegaram à conclusão de que a mediação é um mecanismo adequado à resolução dos conflitos de natureza familiar, pois possibilita que os indivíduos se responsabilizem por suas ações, restabelece o diálogo entre as partes, identifica os interesses semelhantes entre os conflitantes para que se alcance a real necessidade de cada um e promove a cultura de paz.

Tereza Cristina Monteiro Mafra e Rafael Baeta Mendonça, procuraram responder à questão “ALIMENTOS PROVISÓRIOS: A PARTIR DE QUANDO SÃO DEVIDOS?”, se desde a fixação ou a partir da citação, seja nas ações sob o rito especial, seja nos processos sob o rito ordinário das ações de família. O interregno temporal entre a decisão inicial e a formação completa da relação processual nas ações em que se discutem alimentos pode ser considerável, razão pela qual a discussão sobre o tema não é rara no judiciário. Não obstante, a análise da doutrina e da jurisprudência demonstra uma considerável divergência sobre o tema, que ainda não foi pacificado pelos Tribunais Superiores, o que demonstra a relevância do presente estudo, que pretende analisar o posicionamento dos vinte e sete tribunais que funcionam em segundo grau de jurisdição no Brasil e do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, abordam os argumentos de ambas as correntes, com o escopo de se apresentar a melhor solução para o problema.

Depois, foi apresentado um artigo cujo instrumento repressivo, ou mesmo preventivo de conflitos, é a responsabilidade civil: “RESPONSABILIDADE CIVIL E AS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DO ABANDONO AFETIVO” da autoria de Adrissa Alves Ayoroa e Kelly Cristine Baião Sampaio. Trata-se de assunto relevante, sendo atualmente debatido e apresentado pela doutrina e jurisprudência, devido às novas facetas da sociedade contemporânea. O objetivo deste trabalho foi o de analisar a possibilidade de se responsabilizar civilmente o genitor que descumpre seus deveres legais em relação ao filho menor, abandonando-o em seus deveres parentais, a partir dos estudos hábeis a serem considerados pelos operadores do Direito. Para tal análise, foi realizada uma pesquisa qualitativa baseada no método de análise bibliográfica dos estudos acadêmicos publicados, dentro do recorte temporal selecionado, do ano 2002 até o ano de 2023. Como resultado, pode-se delimitar que as obras encontradas são tendenciosas à responsabilização civil e aplicação do dano moral nas hipóteses em que o genitor deixa de cumprir com seus deveres legais e fundamentais ao poder familiar, abandonando afetivamente seu filho menor.

Ainda sobre a importância da relação paterno-filial, seguiu-se a apresentação de um artigo de Karyta Muniz de Paiva Lessa e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão intitulado “CONSTRUINDO VÍNCULOS PARA O FUTURO: O PAPEL DOS PAIS NA

PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MEIO DA AFETIVIDADE”. Através de uma análise interdisciplinar, foi abordada a importância da parentalidade ativa e consciente na promoção do desenvolvimento integral dos filhos, especialmente em contextos desafiadores. Destacaram os autores a necessidade de uma abordagem que valorize não apenas a transmissão de valores morais, mas também o cultivo do afeto e do respeito mútuo no ambiente familiar. O estudo explora a influência do ambiente familiar no desenvolvimento moral das crianças e adolescentes, ressaltando a responsabilidade dos pais não apenas na transmissão verbal de valores, mas também através de exemplos diários. Além disso, discutiram o impacto do descumprimento dessa responsabilidade, tanto em termos legais quanto no bem-estar emocional dos filhos. A análise também aborda a evolução dos institutos familiares ocidentais, destacando a emergência do afeto como um princípio fundamental na constituição familiar, correlacionado à dignidade da pessoa humana. Por fim, enfatizaram a importância da preservação e promoção da afetividade familiar para o fortalecimento da sociedade como um todo.

Karyta Muniz de Paiva Lessa, em coautoria com Marcus Geandré Nakano Ramiro, volta a tratar da proteção dos menores: “A PROTEÇÃO À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA INFANTO ADOLESCENTE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE NA ERA DO ESGOTAMENTO”. De acordo com os autores, a sociedade ocidental atual tem se fundamentado em preceitos cada vez mais distantes da ética e da moral, e isto pode ser visto por meio dos vínculos familiares cada vez mais fragmentados, pessoas das mais variadas idades com problemas psicológicos e isto também tem afetado as crianças e adolescentes, enquanto vulneráveis e em desenvolvimento. Por este motivo, neste estudo, os autores analisaram como a integridade psicológica infanto adolescente é negligenciada nas relações familiares em detrimento a uma cultura pós-moderna neoliberal. O intuito foi responder às seguintes perguntas: as legislações nacionais são capazes de solucionar a crise existente em decorrência ao declínio moral e ético nas relações familiares? Como a era do esgotamento pode atingir crianças e adolescentes? Para os autores, enquanto não houver uma busca por novos padrões éticos e morais que visem tutelar a dignidade da criança e do adolescente, não haverá legislação suficiente que supra tal necessidade.

O penúltimo tema da sessão versou sobre (6) Legislação e interpretação normativa em dois artigos de Luíza Souto Nogueira “O PROJETO DE LEI Nº 5167/2009 VERSUS O ANTEPROJETO DE LEI PARA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA” e “A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS E O TEMA 1236 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF”.

No primeiro a autora parte da análise do Projeto de Lei nº 5167/2009 e do anteprojeto de lei para atualização do Código Civil e avalia qual é a solução que deve se esperar para a união homoafetiva na realidade jurídica brasileira. Para tanto, abordada a questão do casamento e da união estável como formas de constituir uma família, faz uma análise sobre a decisão do STF que garantiu o reconhecimento da união homoafetiva como válida dentro da realidade brasileira, para terminar com o Projeto de Lei nº 5167/2009 e o anteprojeto de lei para atualização do Código Civil.

No segundo, a autora, a partir da análise do regime da separação obrigatória de bens e do julgamento proferido pelo STF no ARE 1.309.642, procura entender qual foi a solução dada pelo Tema 1236 da Repercussão Geral do STF, apresenta algumas críticas a esse julgamento e, de forma breve, analisa a questão sob a ótica da reforma e atualização do Código Civil atualmente em andamento.

O tema derradeiro da sessão de trabalhos tratou de (7) Alienação parental, assunto difícil e complexo, da maior relevância jurídica e social.

O estudo sobre “A NOVA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOJURÍDICAS PERANTE O VIGENTE CONTEXTO FAMILIAR BRASILEIRO”, da autoria de Ariolino Neres Sousa Junior e Jaqueline de Oliveira Dias, teve como objetivo analisar a nova lei da alienação parental e suas implicações sociojurídicas, ao mesmo tempo verificar os dispositivos legais que permaneceram ou foram revogados da lei anterior Lei 12.318/10 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), após o advento da nova legislação 14.340/22. Como bem referem os autores, atualmente no Brasil, o fenômeno da alienação parental é um dos temas mais polêmicos discutidos pelo direito de família, pois leva em consideração os efeitos psicológicos e emocionais negativos que pode provocar nas relações entre genitores e seus filhos. Por esse motivo, discutir o atual funcionamento da legislação da alienação parental é importante, já que há possibilidade de envolver profissionais do ramo jurídico e áreas afins que se interessem pela temática. Como resultado da presente pesquisa, os autores concluiriam que a nova Lei federal nº 14.340/2022 veio dar maior garantia de proteção jurídica em prol da criança e adolescente vítima de atos de alienação parental mediante a realização do depoimento das mesmas, além de ter possibilitado procedimentos adicionais para suspensão do poder familiar, em respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Artenira da Silva e Silva, Renata Moura Memoria e Whaverthon Louzeiro De Oliveira, no trabalho cujo título é “IMPACTOS DE LAUDO DE ALIENAÇÃO PARENTAL SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI”, analisam a lei de alienação parental, seus conceitos, origem,

características, inovações e consequências, que apesar de reconhecida juridicamente na legislação brasileira não é embasada cientificamente. Na seara do Direito de Família, a síndrome de alienação parental (SAP), também chamada de abuso do poder parental, segundo Richard Gardner, é consequência da alienação parental, ou seja, da prática de atos cometidos pela figura de parentalidade dita alienadora, que, em tese, utilizaria a/o filha/o criança ou adolescente para satisfazer interesse próprio de vingança contra a figura parental dita alienada. A discussão, neste estudo, desdobra-se sobre a forma de como um laudo psicológico, prova técnica utilizada sob o manto da ampla defesa e do contraditório, pode influenciar o veredito em um Tribunal do Júri.

Continuou a discussão sobre a alienação parental com o artigo “O PAPEL DA LEI 12.318 /2010 NO FOMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO”, de Bruno Aloisio Cândido, Plínio Antônio Britto Gentil e Julio Cesar Franceschet. Os autores analisam o papel da Lei 12.318/2010 como impulsionadora das políticas públicas no tratamento desse problema social, que impacta não apenas as famílias, mas principalmente a proteção integral de crianças e adolescentes. A importância do tema revela-se pelos danos causados na vida desse grupo impactado pela conduta inadequada de seus genitores, quando em processo de separação, implicando em transformações significativas na estrutura psicossocial da prole, alterando padrões de comportamento responsáveis pelo desenvolvimento humano e afetivo. Assim, os autores buscam demonstrar os elementos que caracterizam essa anomalia social, sendo eles jurídicos ou psíquicos.

A sessão foi encerrada pelos Coordenadores pelas 17h30. Os Coordenadores agradeceram a todos e todas que apresentaram as suas pesquisas, que participaram submetendo artigos, enaltecendo a riqueza e diversidade dos temas apresentados, e elogiaram a organização (CONPEDI) por fomentar a investigação na área do Direito.

Os Coordenadores

César Augusto de Castro Fiuza (Universidade Federal de Minas Gerais)

Iara Pereira Ribeiro (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP)

Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos (Faculdade de Direito de Franca)

Mónica Martinez de Campos (Universidade Portucalense /Instituto Jurídico Portucalense)

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA
DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS E O TEMA 1236 DA
REPERCUSSÃO GERAL DO STF**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE MANDATORY PROPERTY
SEPARATION REGIME FOR INDIVIDUALS OVER SEVENTY YEARS OLD AND
THEME 1236 OF THE STF'S GENERAL REPERCUSSION**

Luíza Souto Nogueira ¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é, a partir da análise do regime da separação obrigatória de bens e do julgamento proferido pelo STF no ARE 1.309.642, entender qual foi a solução dada pelo Tema 1236 da Repercussão Geral do STF e apresentar algumas críticas a esse julgamento. Para tanto, primeiro foi analisada a questão do regime de bens, com maior aprofundamento no regime da separação obrigatória. Em seguida foi analisado o tema posto à julgamento no ARE 1.309.642 e os argumentos expostos pelos amicus curiae. Depois foram apontadas algumas críticas ao julgamento do STF e, de forma breve, analisada a questão sob a ótica da reforma e atualização do Código Civil atualmente em andamento. Por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca da temática dos regimes de bens e, especialmente, da separação legal de bens, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões. E com o uso do método indutivo, por meio da abordagem dos argumentos apontados pelos amicus curiae admitidos no julgamento do ARE nº 1.309.642, buscou-se entender os motivos apontados para defender a inconstitucionalidade e a constitucionalidade do dispositivo legal e, mediante uma análise crítica, apontar alguns dos problemas que decorreram da solução dada ao caso.

Palavras-chave: Casamento, União estável, Regime de bens, Separação obrigatória, Repercussão geral

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this present work is, through the analysis of the mandatory property separation regime and the judgment rendered by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in Extraordinary Appeal (ARE) 1.309.642, to understand the solution provided by Theme 1236 of the STF's General Repercussion and to present some criticisms to such judgment. To this end, the property regime issue was first analyzed, with a deeper focus on the mandatory separation regime. Next, the topic under trial in ARE 1.309.642 and the arguments presented by the amicus curiae were examined. Subsequently, some criticisms to the STF's judgment were pointed out, and, briefly, the matter was analyzed from the perspective of the ongoing

¹ Doutora em Direito Civil pela USP. Mestre e bacharel em Direito pela PUC/SP. Professora de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). luizasnogueira@yahoo.com.br

reform and update of the Civil Code. Through the hypothetical-deductive method, bibliographic research was conducted, with a systematic review of the doctrine on property regime issues, especially mandatory property separation, aiming to synthesize their results and conclusions. Additionally, using the inductive method, by addressing the arguments presented by the admitted amicus curiae in the trial of ARE No. 1.309.642, the reasons for defending the unconstitutionality and constitutionality of the legal provision were sought to be understood, and, through a critical analysis, some of the problems arising from the solution provided to the case were pointed out.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Stable union, Property regime, Mandatory separation, General repercussion

Introdução

O Direito Civil brasileiro foi elaborado com uma ótica patrimonialista. Desde o início – que trata das pessoas – até a parte do Direito das Sucessões, vê-se em toda a norma privada uma intensa preocupação com o patrimônio particular.

Não poderia ser diferente no âmbito das relações familiares. Estas, embora se iniciem, em regra, em relações de afeto, também geram consequências patrimoniais. Por isso é que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em tratar sobre os regimes de bens, formas possíveis de serem escolhidas pelos casais para regulamentar o patrimônio comum não só durante a vigência da união, mas também para após o seu fim, que pode ocorrer ou pela morte ou pela vontade das partes (divórcio e dissolução da união estável).

Embora pautada, em regra, a escolha do regime de bens pela autonomia privada – poder de autodeterminação sobre os seus próprios interesses – há norma no Código Civil que a retira quando se trata do tema do regime de bens. O art. 1.641 trata sobre a chamada separação obrigatória e impõe, para aqueles que se casarem em inobservância a condição suspensiva, aqueles que tiverem idade igual ou superior a setenta anos, e aqueles que se casarem por suprimimento judicial, o regime da separação legal de bens.

A limitação de escolha nas três situações é passível de crítica. Esse trabalho, entretanto, optou por analisar a questão sob a ótica dos septuagenários. Isso porque no início de 2024 o STF, no julgamento do ARE nº 1.309.642, proferiu tese de repercussão geral sobre a possibilidade de afastamento desse regime por aqueles que o desejarem. Trouxe de volta, portanto, de uma forma um tanto quanto enviesada, a autonomia privada retirada pela norma posta.

É esse o objeto de estudo no presente trabalho, que tem por objetivo específico analisar o que significa a imposição de regime de separação de bens às pessoas com idade igual ou superior a setenta anos, analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 1.309.642, e apontar algumas críticas possíveis à tese de repercussão geral.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca da temática dos regimes de bens e, especialmente, da separação legal de bens, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões. E com o uso do método indutivo, por meio da abordagem dos argumentos apontados

pelos *amicus curiae* admitidos no julgamento do ARE nº 1.309.642, buscou-se entender os motivos apontados para defender a inconstitucionalidade e a constitucionalidade do dispositivo legal e, mediante uma análise crítica, apontar alguns dos problemas que decorreram da solução dada ao caso.

1. Sobre os regimes de bens: o problema da separação obrigatória

O casamento e a união estável, formas de constituição de família, implicam, para além do início da formação de um novo núcleo familiar e de uma relação afetiva, o início de uma sociedade conjugal, na qual há administração de patrimônio, eventual aquisição ou alienação de bens e surgimento de expectativas em relação a eventual riqueza a ser transmitida seja em decorrência do fim da união, seja em razão do falecimento de um dos cônjuges ou companheiros.

Justamente em razão da indissociabilidade entre a união afetiva familiar e o conjunto de relações patrimoniais estabelecidas tanto entre cônjuges/companheiros quanto entre estes e terceiras pessoas é que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece comando normativo a respeito da necessidade de adoção de um regime de bens a partir do momento em que tem início a união.

Esse regime, a princípio, é de livre escolha do casal, em respeito à autonomia privada dos membros da entidade familiar em formação. Tanto no casamento quanto na união estável há a possibilidade de escolher o regime aplicável ou de optar pela aplicação do regime legal supletivo, o da comunhão parcial de bens. Para aqueles que queiram regular suas relações patrimoniais por outro que não o da comunhão parcial, há a necessidade de formalização dessa escolha, o que no casamento ocorre por meio da elaboração de pacto antenupcial¹ e, na união estável, de contrato de convivência².

Ocorre que essa liberdade de escolher, seja por pacto antenupcial, seja por contrato de convivência, o regime de bens aplicável à relação, não é absoluta. Existem alguns casos em que a lei retirou de forma total a autonomia privada das partes, estabelecendo o chamado regime da

¹ “[...] no pacto antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia privada, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família” (MADALENO, 2023, p. 823).

² “O contrato de convivência é, portanto, um ato de vontade de duas pessoas que desejam viver em uma união estável, regulamentando de modo particular os efeitos dessa convivência” (NOGUEIRA, 2014).

separação obrigatória. De acordo com o art. 1.641 do Código Civil, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento para as pessoas que se casarem com inobservância às causas suspensivas da celebração do casamento, para a pessoa maior de 70 anos e para todos aqueles que, para se casar, dependerem de suprimento judicial.

Vê-se que a lei impõe o regime da separação legal de bens em três situações. Na primeira (inobservância às causas suspensivas), o que se verifica é que se a despeito da existência de uma das situações elencadas no art. 1.523 do Código Civil³, houver casamento, haverá a necessidade de que haja a separação de bens justamente com vistas a evitar a confusão entre patrimônios. Isso porque, conforme explica Flávio Tartuce, as causas suspensivas “são situações de menor gravidade, geralmente para impedir confusão patrimonial, envolvendo ordem privada. Justamente por isso, as causas suspensivas não geram nulidade absoluta ou relativa do casamento, mas apenas impõem sanções aos nubentes” (2024, p. 55).

No caso das pessoas que dependem de suprimento judicial para se casar a lei se preocupou em proteger o patrimônio das pessoas que vierem a se casar entre os dezesseis e os dezoito anos incompletos não por autorização dos seus representantes legais, mas por suprimento da ausência dessa autorização por parte de um juiz.

O problema em que se funda este trabalho, entretanto, recai sobre o caso da separação obrigatória imposta às pessoas que se casarem a partir dos setenta anos de idade. Aqui, entretanto, não há razão de fundo a justificar que haja a limitação da autonomia privada do nubente tão somente em razão da sua idade. Isso porque, a idade, por si só, não é causa de redução da capacidade civil e, aos setenta anos, salvo se posto sob curatela, o indivíduo continua apto a exercer plenamente todos os atos da vida civil. Trata-se, inevitavelmente, de regra etarista, discriminatória, e voltada à proteção de patrimônio sobre o qual recai expectativa futura de transmissão aos herdeiros.

Nesse sentido leciona Rolf Madaleno (2023, p. 854):

³ 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.

Curiosa e sectária interdição, ao transformar o septuagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime da comunhão parcial, para dividir os aquestos, como produto da recíproca construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio, embora tampouco esteja impedido de promover com 70 ou mais anos de idade doações, incluso para seu novo cônjuge.

Na mesma linha de raciocínio pontuam Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira (2024, p. 108):

[...] o dispositivo legal estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal do septuagenário, submetendo-o a verdadeira interdição compulsória, como se ele não tivesse capacidade para escolher os rumos patrimoniais da sua relação amorosa, em desprezo ao princípio da igualdade positivado no art. 5º, caput, da Carta Constitucional.

Justamente em razão da diferenciação injustificada perpetrada pelo Código Civil é que a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), vindo a ser destacado o ARE 1.309.642 como tema de repercussão geral.

2. O ARE 1.309.642

O ARE 1.309.642, *leading case* do Tema 1.236 da Repercussão Geral do STF, tem origem no agravo de instrumento nº 2094514-81.2018.8.26.0000, distribuído perante a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de recurso de agravo interposto em face de duas decisões interlocutórias proferidas nos autos da ação de inventário, processo nº 1000275-25.2014.8.26.0071, que tramitou perante a 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Bauru.

A decisão de fls. 1.608/1.610 determinou a intimação da inventariante para em 30 dias:

[...] Apresentar plano de partilha considerando a companheira, herdeiros e legatários. A partilha será realizada de forma separada e sucessiva, considerando cada sucessão. Urge esclarecer, que o plano de deve estar em consonância com a nova posição do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2017 declarou inconstitucional o artigo 1790 do CC, que tratava da sucessão da companheira (RE 646721 / RS). Assim, deve ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.2) [...] ⁴.

E a decisão de fls. 1.649/1651, que julgou os embargos de declaração opostos em face da decisão retro, foi assim fundamentada:

[...] Todavia, na questão atinente ao plano de partilha da companheira não há qualquer omissão. Isso porque, foi determinada a apresentação do plano de

⁴ TJSP, Processo nº 1003937-94.2014.8.26.0071.

partilha em consonância com a recente decisão do STF, em sede de repercussão geral (RE 646721 / RS):Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminara companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Nesse passo, fundamentado no princípio da cooperação, esse juízo tão somente alertou sobre a mencionada decisão. Ademais, sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação. Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos. Desse modo, fica a parte final da decisão: 1) Intime-se a inventariante para que no prazo de 30 dias junte aos autos: a) Certidão de existência/inexistência de testamento de Dario Rayes; b) Certidão negativa de débitos municipais, estaduais e federais em nome de Dario Rayes; c) Matrículas atualizadas dos imóveis inventariados, bem como as respectivas certidões de valor venal; d) Apresentar plano de partilha considerando a companheira, herdeiros e legatários. Urge esclarecer, que o plano de deve estar em consonância com a nova posição do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2017 declarou inconstitucional o artigo 1790 do CC, que tratava da sucessão da companheira (RE 646721 / RS). Assim, deve ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união

estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. Ademais, inaplicável o disposto no artigo 1641, inciso II, do CC, nos termos da fundamentação acima. [...] ⁵

No agravo de instrumento (autos nº 2094514-81.2018.8.26.0000) aduzem os autores da ação de inventário que o artigo 1.641, II do Código Civil é constitucional, razão pela qual o regime de bens a ser considerado para a união estável mantida entre o *de cuius* e a agravada é o da separação obrigatória de bens, uma vez que o falecido já era maior de 70 anos quando do início da convivência.

Em julgamento por votação unânime foi dado provimento ao recurso, tendo o voto do Desembargador Relator Alexandre Marcondes sido assim ementado:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de bens que, ao restringir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido ⁶.

Interposto Recurso Extraordinário, em 29 de setembro de 2022 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, para discutir a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

2.1. Os argumentos trazidos pelos *amicus curiae*

Por se tratar a questão em julgamento de tema de extrema relevância social, peticionaram nos autos requerendo sua admissão como *amicus curiae* o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), a Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e a Defensoria Pública da União (DPU).

⁵ TJSP, Processo nº 1003937-94.2014.8.26.0071.

⁶ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2094514-81.2018.8.26.0000, Rel. Alexandre Marcondes, julgado em 25/06/2019.

O IBDFAM peticionou nos autos do ARE 1309642 em 10/10/2022 requerendo sua admissão nos autos como *amicus curiae* e se posicionando pela inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, por configurar discriminação em relação às pessoas idosas.

Argumenta o Instituto que:

A bem da verdade, o que ocorre é uma interdição parcial de quem tem mais de 70 anos, que não cabe em um ordenamento que prima pelo direito à liberdade e respeita a autonomia privada de quem é plenamente capaz. É estabelecida uma presunção absoluta de vulnerabilidade somente no que diz com o estabelecimento de natureza afetiva, mantendo-se intacta sua capacidade para todos os demais atos da vida civil. A imposição de regime de separação obrigatória de bens, ao subtrair efeitos patrimoniais ao casamento e à união estável, fere a dignidade das pessoas septuagenárias, contrariando a ordem jurídica e um punhado de princípios constitucionais⁷.

O entendimento exarado na petição de ingresso nos autos se pauta na compreensão de que a Constituição Federal de 1988 veda diferenciação entre os indivíduos em razão, dentre outros critérios, da idade, bem como promove a efetivação da igualdade e da liberdade da pessoa humana, que tem como garantia a inviolabilidade de sua intimidade e de sua vida privada.

O Ministério Público de São Paulo protocolou seu pedido de ingresso nos autos na figura de *amicus curiae* em 11/10/2022, mas em sua petição não mencionou se pretendia defender a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do dispositivo legal *sub judice*. Limitou-se a discorrer sobre a relação intrínseca entre a matéria a ser decidida e a sua função institucional “de atuar como fiscal de ordem jurídica e de assegurar a tutela dos idosos, conforme preconizam o artigo 129 da Constituição Federal e artigo 74 da Lei 10.741/2003”⁸.

A ADFAS, por sua vez, peticionou requerendo sua admissão nos autos em 07/11/2022 expondo posição contrária à do IBDFAM, ou seja, se posicionando a favor do reconhecimento da constitucionalidade da norma que estabelece o regime da separação obrigatória de bens para pessoas com idade igual ou superior a 70 anos.

Segundo a Associação,

[...] conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, riscos maiores corre aquele que tem mais de setenta anos

⁷ STF, Tribunal Pleno. ARE nº 1.309.642. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁸ STF, Tribunal Pleno. ARE nº 1.309.642. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em 27 jan. 2023.

de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução inter vivos de sua sociedade ou de seu vínculo conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução causa mortis do casamento. Acentue-se que nessa fase da vida presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes ou conviventes já está estabilizado e o consórcio não se dá no início ou durante a atividade laborativa quando, aqui, sim, a construção patrimonial do casal possa ocorrer. [...] Portanto, no dispositivo em tela, não há vedação legal discriminatória, mas, sim, protetiva à pessoa do idoso, em tutela de sua dignidade, com a preservação de sua autonomia da vontade em casar-se ou constituir união estável, assim como em celebrar negócios jurídicos e testamento⁹.

O entendimento esposado na petição de ingresso nos autos é no sentido de que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil não impõe discriminação à pessoa com idade igual ou superior a 70 anos, mas sim estabelece proteção necessária à autonomia privada dessa classe populacional vista como vulnerável aos interesses econômicos advindos do matrimônio ou da união estável.

Por sua vez, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), que requereu seu ingresso nos autos por petição protocolada em 30/11/2022, fez coro com o IBDFAM e se posicionou pela inconstitucionalidade do dispositivo legal *sub judice* aduzindo que

[...] o dispositivo acima ora guerreado ainda hoje colide, de modo absoluto, com o disposto imperativamente a título de direito fundamental no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal de 1988, verbis: “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”.

E em 11/10/2023 foi formulado pedido de ingresso também nessa qualidade pela Defensoria Pública da União (DPU), também opinando pela inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, aduzindo que a regra legal

Presume uma incapacidade, pela simples assunção de determinada idade, impedindo a eleição do regime de bens no casamento e impondo o regime de separação, sob a pressuposição de que pessoa idosa, homem ou mulher, possa ser vítima da malícia do outro cônjuge. O imaginário popular, que amolda a regra legal, remete à figura do homem ou mulher jovens que se casam com uma pessoa idosa, almejando benefício patrimonial. A regra, neste sentido, teria a função de proteger a pessoa idosa e evitar o casamento pautado pelo interesse exclusivamente patrimonial, popularmente conhecido como “golpe do baú”. Porém, esta simplificação fenomênica da realidade, que pauta a regra

⁹ STF, Tribunal Pleno. ARE nº 1.309.642. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em 27 jan. 2023.

legal, não se sustenta. Mesmo sob a ótica desta visão simplista, diríamos até preconceituosa, como seria possível justificar a regra legal, diante do casamento de dois idosos? Qual deles seria o nubente a ser defendido pela regra? Qual deles seria o nubente com malícia patrimonial? Observe-se que a justificativa simplista e preconceituosa que sustenta a regra é bastante frágil. Além disto, questiona-se: por qual razão a sociedade não pode tolerar a ideia de uma pessoa idosa de 70 anos, capaz, no exercício pleno da autonomia de sua vontade, poder eleger um regime de bens no casamento que possa contemplar patrimonialmente um cônjuge significativamente mais jovem? Não há nada que justifique este preconceito. De fato, o artigo 1.641, II, do Código Civil, ao impor a separação de bens à pessoa maior de 70 anos, está a invocar a idade como uma razão de incapacidade, retirando a autonomia da vontade na eleição do regime de bens no casamento.

Vê-se que somente a ADFAS apresentou posição favorável à diferenciação do regime de bens entre as pessoas em decorrência da idade do nubente. Os demais *amicus curiae* (IBDFAM, IAB e DPU) se posicionaram no sentido defendido neste trabalho: não há razão para se entender que, somente por ter a pessoa que pretende se casar idade igual ou superior a setenta anos, ela não possa escolher, livremente, o seu regime de bens, o que poderia ter feito até os seus sessenta e nove anos de idade.

2.2. O resultado do julgamento

Em fevereiro de 2024 foi julgado o mérito do tema com repercussão geral. O STF, por unanimidade, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso e fixou tese no sentido de que: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

Depreende-se do voto exarado pelo Ministro Relator que o entendimento adotado pelo STF foi no sentido de que a imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos viola o princípio da dignidade da pessoa humana:

Em duas das suas vertentes, viola-se a autonomia individual, por impedir que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam livremente suas escolhas existenciais; e, em segundo lugar, viola o valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros. No fundo, esse art. 1.641, II, está ali para proteger os herdeiros. Está-se impedindo uma pessoa maior e capaz de manter com a pessoa que escolha para repartir a sua vida o regime que melhor lhe aprouver em benefício de terceiros, em benefício dos herdeiros. Entendo que há violação da dignidade humana nas duas vertentes: uma ilegítima limitação da autonomia de vontade,

funcionalizando aquela pessoa aos interesses dos seus herdeiros. Em segundo lugar, entendi que viola o princípio da igualdade por utilizar a idade como elemento de desequilíbrio entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal brasileira.

Ocorre que, embora reconhecido o problema posto pelo art. 1.641 do Código Civil em seu inciso II, o STF não decretou a sua inconstitucionalidade, mas firmou tese no sentido de que se as partes quiserem, e o fizerem por escritura pública, poderão afastar o regime da separação obrigatória e regulamentar o casamento pelo regime de bens que mais lhes agrade.

O que se questiona é se essa solução foi ideal. Será que o STF resolveu o problema ou criou outros? Seria o caso de ter reconhecido a inconstitucionalidade do comando legal?

3. O problema da tese fixada pelo STF

Conforme já mencionado, ter reconhecido que a imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos é uma afronta à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada de pessoas maiores e plenamente capazes, e ao princípio da igualdade, foi acertado por parte do STF.

Entretanto, esse reconhecimento não veio acompanhado da decretação de inconstitucionalidade do comando legal, mas de elaboração de tese de repercussão geral no sentido de que os nubentes podem afastar a regra por escritura pública.

E aqui, dentre as diversas questões que podem ser apontadas, duas serão abordadas nesse trabalho: a não retirada da norma do ordenamento jurídico brasileiro e a imposição de escritura pública para afastar o regime mesmo nas uniões estáveis, em que não se exige pacto por instrumento público para escolher regime de bens para os nubentes com idade inferior a setenta anos.

O primeiro problema, como se disse, reside no fato de que não houve a retirada da norma, a decretação da sua inconstitucionalidade, mas apenas a abertura de possibilidade de afastá-la se os nubentes assim o desejarem. Com isso, como destacou João Ricardo Brandão Aguirre em *live* sobre a decisão do STF (2024), passa a haver uma incongruência, pois, ao mesmo tempo em que ainda existe o regime da separação obrigatória, esse regime passa a ser passível de afastamento. Há, portanto, uma obrigatoriedade não obrigatória.

O segundo problema é a questão de o afastamento da regra ter que se dar por escritura pública. Isso porque, no que tange à união estável, estabelece o art. 1.725 do Código Civil que “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações

patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. O que a lei exige, portanto, é a elaboração de um contrato escrito, sem maiores requisitos quanto à forma de elaboração dessa avença.

Tanto é assim que Francisco Cahali (2002, p. 306) define o contrato de convivência como:

[...] o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem a auto-regulamentação quanto aos reflexos da relação, podendo revestir-se da roupagem de documento solene, escritura pública, escrito particular, levado ou não à inscrição, registro ou averbação, pacto informal, e, até mesmo, ser apresentado apenas como disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em negócios jurídicos diversos, desde que contenham a manifestação bilateral da vontade dos companheiros, identificando o elemento volitivo expresso pelas partes.

Entretanto, em razão da decisão do STF no ARE 1.309.642, enquanto é autorizado a pactuação escrita sem maiores requisitos para todos os companheiros com idade inferior a setenta anos, se um ou ambos já estiverem atingido esse marco etário passa a ser exigida uma formalidade sem amparo legal: a escritura pública.

Vê-se que, além de ter deixado como facultativa de afastamento uma norma ainda nomeada pela lei como obrigatória, houve a inclusão de um requisito antes inexistente para a união estável.

Embora louvável a interpretação do STF sobre a violação ao princípio da dignidade humana pelo art. 1.641, II, do Código Civil, não parece ter sido a melhor solução o julgamento que não decretou a sua inconstitucionalidade, pois além de não ter efetivamente se posicionado sobre a incompatibilidade da lei posta com os ditames da Constituição Federal, criou outros problemas – para além dos dois aqui abordados – a serem decididos mais à frente.

3.1. O anteprojeto de lei para atualização do Código Civil

Em 24/08/2023, foi instituída a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil pelo Senador Rodrigo Pacheco, Presidente do Senado Federal, por meio do Ato do Presidente nº 11 de 2023.

Embora ainda não apresentado o texto final do anteprojeto, já é possível acompanhar quais são as propostas de alteração que estão sendo feitas e analisadas.

No que tange ao regime de bens, o Relatório Final apresentado pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil contém duas propostas para votação.

A versão apresentada por Rosa Maria de Andrade Nery dá a seguinte redação aos artigos 1.641 e 1.641-A:

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

I - das pessoas que o contraírem nas hipóteses previstas no artigo 1.523 deste Código;

II – Revogar.

III - para todos os que dependerem, para se casar, de autorização judicial ou tenham optado pela decisão apoiada.

Parágrafo único. Cessadas as causas previstas nos incisos I e III, o regime de bens poderá ser livremente escolhido

Art. 1.641-A. É vedado o regime da comunhão universal de bens no casamento ou na união estável para os maiores de 80 anos, que tenham herdeiros necessários.

Por sua vez, a versão apresentada por Flávio Tartuce é pelo fim do regime da separação obrigatória de bens:

Art. 1.641. Revogar.

Art. 1.641-A: Não criar.

Para Flávio Tartuce o caso é de encerrar, de vez, com esse regime de bens, pois não há, na opinião dele, “qualquer justificativa para essa indesejada limitação da autonomia privada dos cônjuges e dos companheiros, que só gerou profundos e graves problemas nos últimos anos” (2024, s.p.).

Ainda não é possível saber qual vai ser a redação final da atualização do Código Civil, mas, a partir do relatório final, é possível perceber que, se aprovada a versão apresentada por Flávio Tartuce, a questão decidida – de forma controversa – pelo STF acerca do regime da separação obrigatória em razão da idade deixará de ser um problema, pois eliminada.

Entretanto, se aprovada a versão apresentada por Rosa Maria de Andrade Nery se voltará a ter uma discussão acerca de discriminação etária voltada tão somente à proteção da expectativa de recebimento de herança, pois será proibida a escolha do regime da comunhão universal para pessoas com idade igual ou superior a oitenta anos.

4. Conclusão

A existência de regimes de bens a serem aplicados ao casamento e à união estável decorre do inevitável efeito patrimonial dessas uniões. Enquanto em uma relação afetiva, as pessoas constroem e administram patrimônio. É preciso, portanto, definir uma regra a ser observada quanto há o fim da relação, seja em razão da morte, seja em razão do divórcio ou da dissolução da união estável.

Como a autonomia privada é princípio inafastável ao Direito de Família, há, para a maioria das pessoas a liberdade de escolher qual será o regime de bens que regerá o aspecto patrimonial da união. Entretanto, como aqui se disse, essa liberdade é dada pela lei à maioria, e não à totalidade, dos casais.

Isso porque há regra posta, no art. 1.641 do Código Civil, acerca da chamada separação obrigatória. Assim, para as pessoas enquadradas em um dos três incisos desse artigo, deixa de haver liberdade de escolha e passa a haver imposição de um regime de bens pela lei.

Dentro das situações abarcadas pela separação obrigatória está o caso da pessoa com idade igual ou superior a setenta anos. Ou seja, até os sessenta e nove anos de idade o indivíduo pode, de comum acordo com seu par, decidir qual será a regra aplicável ao patrimônio de ambos em razão da união. Entretanto, a partir do momento em que assopradas as setenta velinhas, essa autonomia deixa de existir em razão de uma determinação legal.

O problema analisado neste trabalho foi justamente a regra do art. 1.641, II, do Código Civil. Isso porque, tal norma, ao gerar um tratamento diferenciado apenas em razão da idade, gerou diversos questionamentos sobre a sua constitucionalidade, vindo a questão a ser decidida pelo STF em sede de repercussão geral.

Ocorre que o STF, ao analisar o ARE 1.309.642, não decidiu pela inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória para os maiores de setenta anos. Embora tenha o Tribunal identificado a violação à dignidade da pessoa humana ínsita no comando legal, optou por estabelecer tese no sentido de que o regime continua vigente no ordenamento jurídico brasileiro, mas agora, passível de afastamento desde que o casal assim queira proceder, escolha que, conforme se determinou, deve ser feita por meio de escritura pública.

Com esse julgamento, então, não houve uma solução definitiva à questão. Além disso, outros problemas surgiram – e ainda surgirão – para serem, novamente, decididos pelo judiciário brasileiro.

Dentre as questões que podem ser apontadas, esse trabalho se debruçou sobre duas: a controversa facultatividade de afastamento de um regime obrigatório, e a imposição de escritura pública como requisito também na união estável, formação familiar que não exige essa formalidade para elaboração de contrato quanto os companheiros tiverem idade inferior a setenta anos.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que se apontam os questionamentos sobre a decisão proferida pelo STF, também se analisa, de perto, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. E no relatório final apresentado vê-se que, embora existentes duas versões a serem votadas – uma apresentada por Rosa Maria de Andrade Nery e outra por Flávio Tartuce – não há, em nenhuma delas, menção à obrigatoriedade do regime de separação em razão da idade.

Percebe-se que o momento atual no campo do Direito Civil é de incertezas sobre o futuro ao mesmo tempo em que se discutem decisões extremamente atuais cujos efeitos serão discutidos enquanto não for publicada a atualização do Código Civil.

5. Referências

BRASIL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Relatório geral. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2630&tp=4>>. Acesso em: 11 abr. 2024.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável** / Francisco José Cahali. – São Paulo: Saraiva, 2002.

IBDFAM. **A decisão do STF - Como fica o Regime da Separação Obrigatória?** Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/noticias/11545/Especialistas+comentam+decis%C3%A3o+do+STF+que+desobriga+separar%C3%A7%C3%A3o+de+bens+para+maiores+de+70+anos>>. Acesso em 14 abr. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

NOGUEIRA, Luíza Souto. **O contrato de convivência na união estável e a autonomia privada**. IBDFAM. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/985/O+contrato+de+conviv%C3%Aancia+na+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+e+a+autonomia+privada>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642 São Paulo**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 01/02/2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365774108&ext=.pdf>>. Acesso em 27 jan. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. - 19. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TARTUCE, Flávio. **A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/401100/a-reforma-do-cc--fim-do-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens>>. Acesso em 14 abr. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Agravo de Instrumento nº 2094514-81.2018.8.26.0000**, Rel. Alexandre Marcondes, julgado em 25/06/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, **Processo nº 1003937-94.2014.8.26.0071**.