

Normas cogentes e dispositivas no planejamento patrimonial *inter vivos* dos septuagenários

Tereza Cristina Monteiro MAFRA*

Catarina Wodzick Quadros SOARES**

RESUMO: O presente trabalho analisa o impacto das normas cogentes e dispositivas no planejamento patrimonial *inter vivos* dos septuagenários, com foco na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no ARE nº 1.309.642. Inicialmente, abordam-se o envelhecimento da população brasileira, a crescente expectativa de vida e o aumento dos casamentos tardios, destacando-se as implicações para a escolha do regime de bens. Em seguida, é analisada a distinção entre normas cogentes e dispositivas no Direito de Família, revelando a evolução para uma ordem pública matrimonial igualitária, personalizada e contratualizada. Na análise do julgamento do ARE nº 1.309.642, o artigo analisa a decisão do STF de interpretar o regime de separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos como norma dispositiva, permitindo escolha de outro regime, mediante manifestação expressa e formal. Por fim, são discutidos os efeitos prospectivos dessa decisão no planejamento patrimonial dos septuagenários, ressaltando a tensão entre autonomia privada e interferência estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Normas cogentes; normas dispositivas; autonomia privada; planejamento patrimonial; septuagenários.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Expectativa de vida, casamentos tardios e limites à liberdade de escolha do regime de bens no Brasil; – 3. Normas dispositivas x cogentes e uma nova ordem pública matrimonial; – 4. Regime de bens dos septuagenários e efeitos prospectivos do julgamento do ARE nº 1.309.642 pelo STF; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Mandatory and Dispositive Norms in Inter Vivos Estate Planning for Septuagenarians*

ABSTRACT: *This article examines the impact of mandatory and dispositive norms on inter vivos estate planning for septuagenarians, focusing on the Brazilian Supreme Court's (STF) decision in ARE nº 1.309.642. Initially, it addresses the aging Brazilian population, increasing life expectancy, and the rise in late marriages, highlighting the implications for choosing property regimes. It then discusses the distinction between mandatory and dispositive norms in Family Law, emphasizing the shift towards a more egalitarian matrimonial public order. The article analyzes the STF's decision to interpret the mandatory separation of property regime for those over seventy as a dispositive norm, allowing choice through express declaration. Finally, it discusses the prospective effects of this decision on septuagenarians' estate planning, highlighting the tension between private autonomy and public order norms.*

KEYWORDS: *Mandatory norms; dispositive norms; private autonomy; estate planning; septuagenarians.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Life Expectancy, Late Marriages, and Limits to the Freedom of Choice of Property Regime in Brazil; – 3. Dispositive vs. Mandatory Norms and a New Matrimonial Public Order; – 4. Property Regime for Septuagenarians and Prospective Effects of the ARE nº 1.309.642 Judgment by the STF; – 5. Conclusion; – References.*

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogada. *E-mail:* tereza.mafra@animaeducacao.com.br.

** Mestra em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogada. *E-mail:* catarinawquadros@gmail.com.

1. Introdução

De acordo com a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), art. 1º, idosa é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. O censo de 2022, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstra um envelhecimento no Brasil. A população brasileira foi computada em 203.080.756 de pessoas. Entre 60 e 69 anos, identificaram-se 9.626.735 mulheres e 8.193.886 homens, totalizando 17.820.621 pessoas nessa faixa etária. Entre 70 e 100 anos, foram 8.261.002 mulheres e 6.031.867 homens, totalizando 14.292.869 pessoas. Assim, em 2022, havia 32.113.490 idosos no Brasil (IBGE). Atualmente, nas relações familiares, a presença de idosos e os diversos aspectos envolvendo os impactos sociais e financeiros vem ganhando relevância, especialmente quando se fala em planejamento patrimonial.

Além da relevância social, existem expressivos debates no ordenamento jurídico brasileiro, que afetam diretamente a autonomia privada e o planejamento patrimonial da pessoa idosa. No Código Civil, existe uma restrição à autonomia privada por critério etário, que institui o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos (art. 1.641, II, do Código Civil) – questão cuja constitucionalidade foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ARE nº 1.309.642, em 1º de fevereiro de 2024, com repercussão geral.

Tendo em vista o julgamento do ARE nº 1.309.642, pelo STF, o trabalho visa responder as seguintes questões: (i) o regime da separação obrigatória para os septuagenários é fundado em norma cogente ou dispositiva?; (ii) quais as implicações dos efeitos prospectivos atribuídos à decisão do STF no planejamento patrimonial familiar dos septuagenários? Parte-se da hipótese de que, na interpretação constitucionalmente conforme, o Pleno do STF, por maioria, adotou a tese de que o regime da separação obrigatória por idade não é fundado em norma cogente, mas sim dispositiva.

Para o presente trabalho, de natureza dogmático-jurídica e hermenêutica, foi realizada pesquisa legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, tendo como principais marcos normativos norteadores o Código Civil, o julgamento do ARE nº 1.309.642, pelo STF com repercussão geral, além da literatura especializada.

Quanto à estrutura do trabalho, inicialmente, fez-se uma abordagem sobre o envelhecimento da população no país e os seus impactos no aumento de casamentos tardios e no planejamento familiar, tendo em vista as restrições à autonomia privada, decorrentes do regime de separação obrigatória atribuído aos septuagenários.

Em seguida, discorreu-se sobre normas cogentes e dispositivas no direito de família, identificando-se uma mudança no conteúdo da ordem pública conjugal, que atualmente deve estar funcionalizada para a promoção dos direitos fundamentais dos cônjuges, dentre os quais liberdade e igualdade, de modo a tratar o regime legal de separação de bens do septuagenário como supletivo, afastável pela vontade das partes.

Por fim, apresentam-se, em linhas gerais, os principais aspectos acerca do planejamento patrimonial familiar dos idosos, diante da decisão do STF.

2. Expectativa de vida, casamentos tardios e limites à liberdade de escolha do regime de bens no Brasil

A expectativa de vida dos brasileiros ao longo das últimas cinco décadas tem mostrado um crescimento constante. Em 1940, a expectativa de vida de uma pessoa era de apenas 45,5 anos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1940, uma pessoa ao completar 50 anos tinha uma expectativa de viver mais 19,1 anos. Já em 2019, a esperança de vida para uma pessoa nessa faixa etária seria de 30,8 anos. Além disso, tem sido observada uma maior longevidade no país, com diminuição da mortalidade nas idades mais avançadas, aumentando a probabilidade de uma pessoa que atingiu os 60 chegar aos 80 anos. Em 2022, a expectativa de vida alcançou 75,5 anos. A tabela abaixo mostra a evolução da expectativa de vida no Brasil, entre 1940 e 2022.

Evolução da Expectativa de Vida

Ano	Expectativa de vida total	Expectativa de vida homens	Expectativa de vida mulheres
1940	45,5	42,9	48,3
1950	48,0	45,3	50,8
1960	52,5	49,7	55,5
1970	57,6	54,6	60,8
1980	62,5	59,6	65,7
1991	66,9	63,2	70,9
2000	69,8	66,0	73,9
2010	73,9	70,2	77,6
2022	75,5	72,0	79,0

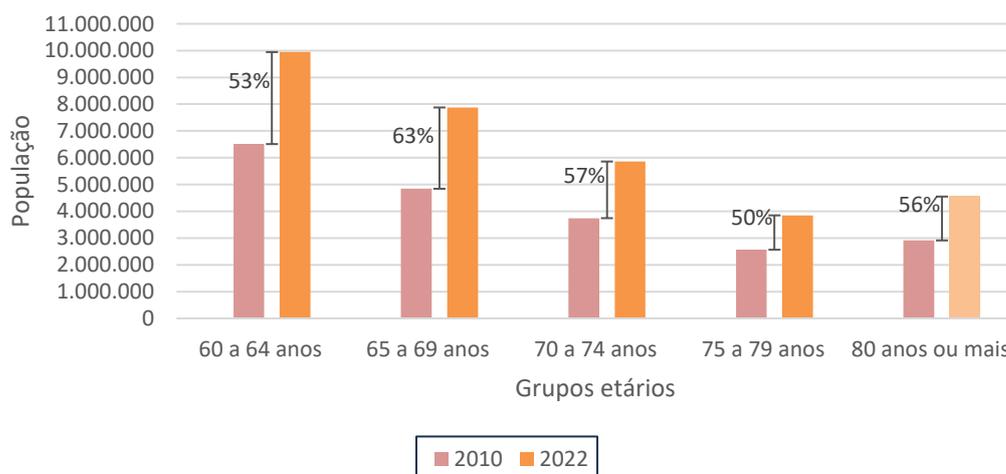
Fonte: IBGE.¹

¹ AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS – Em 2022, expectativa de vida era de 75,5 anos. Estatísticas Sociais. 29 nov. 2023. Disponível em: agenciadenoticias.ibge.gov.br/.

Essas informações estão disponíveis na Tábua de Mortalidade 2022, divulgada pelo IBGE, que traz as expectativas de vida até os 90 anos e são usadas como um dos parâmetros para se determinar o fator previdenciário, no cálculo das aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social.

Como decorrência da elevação da expectativa de vida, cresceu o número de idosos no Brasil. De acordo com o Censo Demográfico 2022 (cit.), a população de pessoas idosas residente no Brasil era de 32.113.490 pessoas, representando um aumento de 56,0% em relação àquela recenseada em 2010. Dessa população total, 17.887.737 (55,7%) eram mulheres e 14.225.753 (44,3%) eram homens. No gráfico abaixo, destaca-se o crescimento populacional dos diversos grupos etários a partir dos 60 anos de idade, identificando-se que o grupo mais populoso é de 60 a 64 anos, e o de maior crescimento relativo foi o de 65-69 anos.

População total e variação do total populacional por grupos etários acima de 60 anos de idade



Fonte: IBGE.²

Por outro lado, a idade média do brasileiro, ao contrair o primeiro casamento, tem se elevado. Segundo levantamento feito pelo Observatório Nacional da Família em 2021,³ os homens se casavam, em 1974, em média, aos 27 anos, sendo que, em 2014, a idade média no momento do casamento já alcançava os 33 anos. As mulheres casavam-se, em

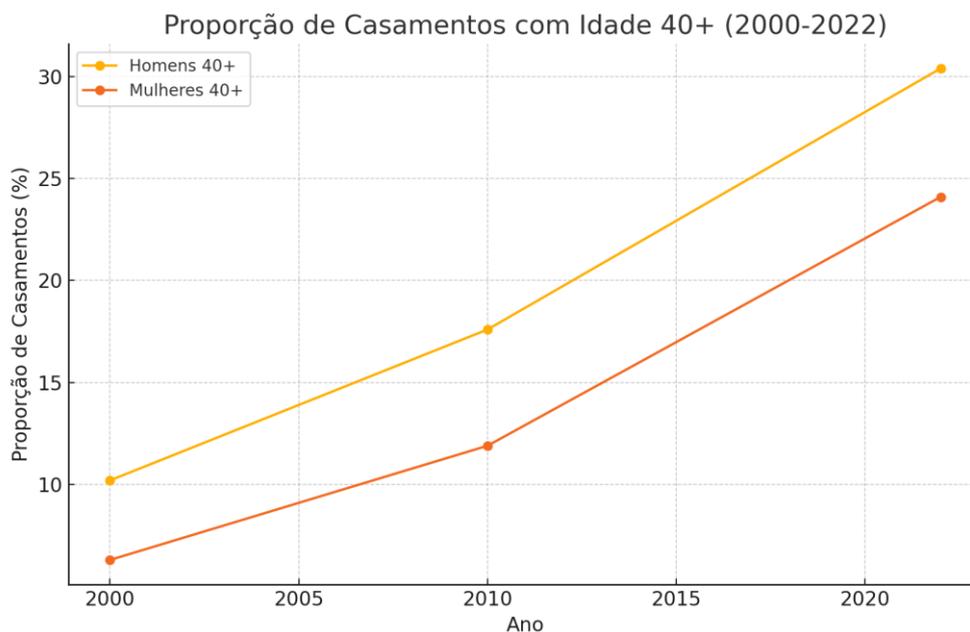
² AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS, cit.

³ SECRETARIA NACIONAL DA FAMÍLIA – Casamento e uniões estáveis no Brasil. Fatos e Números. Observatório Nacional da Família. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: gov.br/.

média, aos 23 anos de idade em 1974, idade que se elevou para os 30 anos em 2019. Paralelamente, o número de recasamentos aumentou em 71,7% entre 2010 e 2019.

Com base no IBGE, em 2000, 6,3% das mulheres que se casaram tinham 40 anos ou mais de idade. Em 2022, 24,1% dos registros de união entre pessoas de sexos diferentes ocorreram com mulheres nessa mesma faixa etária. Isso também foi observado entre os homens. Houve um aumento de aproximadamente 20 pontos percentuais na participação de registros de casamentos em que eles apresentavam idades mais avançadas (40 anos ou mais), se comparado com os anos 2000 (10,2%) e 2022 (30,4%).

Verifica-se também um crescimento do número de casamentos entre pessoas com mais de 60 anos. Analisando-se os dados das Estatísticas do Registro Civil do IBGE (cit.), constata-se um crescimento significativo no número de casamentos nessa faixa etária nos últimos anos e tal elevação ocorreu em todas as regiões do país.



Fonte: IBGE.⁴

Do total de 959 mil casamentos registrados em 2022, entre as idades 60 a 64 anos, houve 22 mil casamentos. Já nas idades de 65 anos ou mais, chegam a 28 mil, reforçando a busca por casamentos entre o público longo.

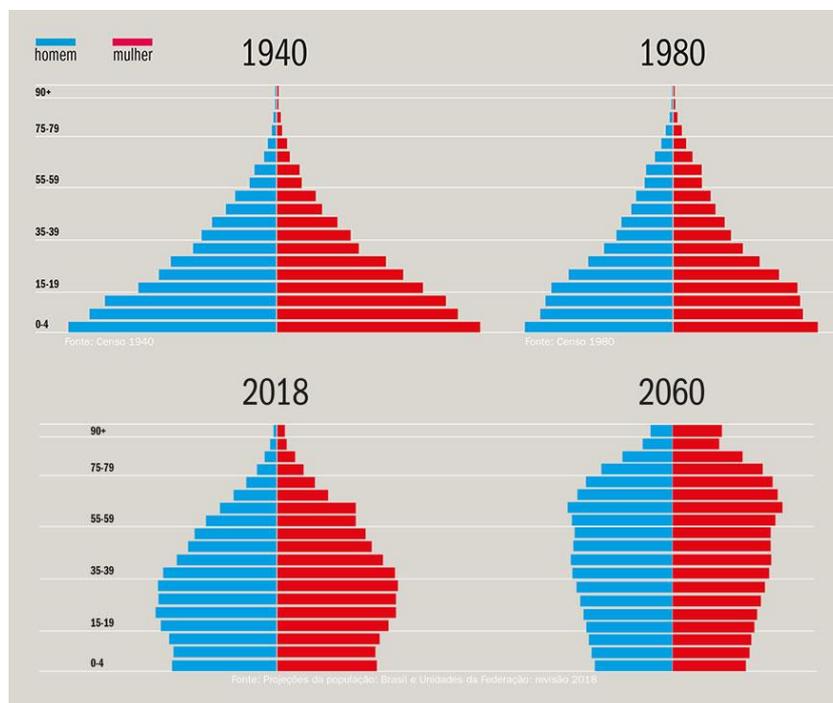
Conforme Elza Berquó, “os avanços tecnológicos das últimas décadas permitiram que: a) se pudesse limitar o número de filhos, b) se pudesse viver por muito mais tempo. Essas

⁴ AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS, cit.

duas conquistas têm implicações diretas no tamanho e estrutura da família”.⁵

Com o aumento da expectativa de vida, as pessoas têm se permitido adiar eventos como o casamento por terem mais tempo para realizar essas escolhas. Além disso, homens e mulheres que permanecem ativos após os 60 anos permitem redefinir seus papéis sociais e considerar se casar em uma idade mais avançada.⁶

Mais que um expressivo número de idosos, “o chamado *índice de envelhecimento*, que corresponde à relação percentual entre idosos e jovens, deve aumentar, entre 2018 e 2060, de 43,19% para 173,47%”, conforme pode ser verificado pelo gráfico abaixo (IBGE):



Fonte: IBGE, 2019.⁷

A relevância e a demanda pelo planejamento patrimonial familiar são crescentes na atualidade, por vários motivos, de acordo com Daniele Chaves Teixeira, “entre eles as transformações das famílias e seus desdobramentos jurídicos; a valorização e fluidez dos

⁵ BERQUÓ, Elza. A família no século XXI: um enfoque demográfico. *Revista Brasileira de Estudos de População*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 1-16, 1989.

⁶ SILVA, Caio Monteiro, NEVES, Beatriz Sernache de Castro. Modificações na família contemporânea: revisão do que é dito sobre família entre 2010 e 2019. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 13, n. 1, p. 94-113, 2023.

⁷ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Planejamento patrimonial e avosidade: proteção patrimonial de avós idosos e de netos incapazes. In: PEREIRA, Tânia da Silva et al. (Coord.). *Avosidade: relação jurídica entre avós e netos. Enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Foco, 2021, p. 143.

bens; a economia no pagamento de impostos; a possibilidade de maior autonomia do autor da herança; a celeridade da sucessão; a prevenção de litígios futuros; o evitamento da dilapidação do patrimônio”.⁸

Dentre as principais dificuldades para um eficaz planejamento patrimonial encontram-se os limites à autonomia privada, que está ligada diretamente ao exercício dos direitos fundamentais.⁹

Luís Roberto Barroso¹⁰ sustenta que a autonomia é o elemento ético da dignidade, em que há o exercício da vontade em conformidade com as normas e envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo de desenvolver livremente a sua personalidade sem imposições externas indevidas.

Gilmar Ferreira Mendes¹¹ destaca que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma frequente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos.

Trata-se do efeito expansivo das normas constitucionais, em que os dispositivos se irradiam, com força normativa, para todo o sistema jurídico, inclusive para o casamento.¹²

⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 294.

⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 295.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 92.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 126.

O casamento envolve aspectos ligados a interesses patrimoniais comuns a ambos os cônjuges e também interfere em certos negócios realizados com terceiros, em decorrência de um estatuto jurídico especial, que disciplina as relações econômicas dos casados, denominado *regime de bens*.¹³

Cuida-se, como explica André Colomer, de "um conjunto de regras, mais ou menos numerosas e mais ou menos complexas, cuja finalidade é conferir, no aspecto patrimonial, um estatuto particular aos cônjuges a respeito de suas relações mútuas e de suas relações com terceiros".¹⁴

A escolha do regime de bens obedece ao princípio da *liberdade de pactuar*, presente tanto no Código Civil de 1916 (art. 256),¹⁵ quanto no Código Civil vigente (art. 1.639),¹⁶ permitindo aos noivos estabelecerem, quanto aos seus bens, mediante pacto antenupcial, o que lhes aprouver. Trata-se da expressão máxima da autonomia privada em Direito de Família, repleto de normas cogentes.

A instituição de um regime de bens, qualquer que seja, conforme Pontes de Miranda, "é de tão relevante interesse público e particular, que se tornou necessário *presumir-se* a existência de *pacto tácito*, a fim de se submeterem os bens dos cônjuges a um dos sistemas cardiais".¹⁷

Ante a ausência de um regime convencional (escolhido por meio de um pacto antenupcial), prevalece, por previsão da lei (art. 1.640, do Código Civil), o chamado regime *supletivo legal*.¹⁸ Tal regra incide, porém, apenas na ausência de escolha expressa, via convenção antenupcial, tratando-se, pois, de *ius dispositivum*.¹⁹ As exceções à liberdade de pactuar correspondem às hipóteses de separação obrigatória (art. 1.641, do Código Civil de 2002)²⁰ – o que será objeto de tratamento a seguir.

¹³ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001, p. 356.

¹⁴ COLOMER, André. *Droit civil: régimes matrimoniaux*. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 2.

¹⁵ "Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver" (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312).

¹⁶ "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver".

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 151.

¹⁸ "Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial".

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 151.

²⁰ "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

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

3. Normas dispositivas x cogentes e uma nova ordem pública matrimonial

A predominância de normas imperativas, de força cogente e, por isso, inderrogáveis pela vontade das partes, no Direito de Família, sempre foi notória. Os direitos regulados, em sua maioria, são indisponíveis, restando, assim, pouco espaço para exercício da liberdade de autodeterminação das pessoas que integram essas espécies de relações jurídicas. A lei *organiza* a vida dos cônjuges em seus aspectos mais íntimos, submetendo-os a deveres recíprocos e impõe-lhes funções que devem ser cumpridas em cooperação.²¹

A estrutura conjugal primária, referente à atribuição dos papéis de cada cônjuge no casamento, é matéria de ordem pública. São normas cogentes (*ius cogens*), que protegem relevantes interesses sociais e não são, em princípio, passíveis de modificação pela vontade das partes, quer cuidem de direitos pessoais (deveres conjugais, guarda, direito ao divórcio etc.) ou patrimoniais (outorga conjugal, bem de família etc.). De outro lado, as normas dispositivas (*ius dispositivum*) estabelecem parâmetros de conduta, podem ser modificadas no exercício da autonomia privada dos cônjuges e são abundantes no direito patrimonial da família (liberdade de pactuar, mutabilidade do regime de bens, etc.).²²

Em outros termos, o Direito de Família continua marcado pela preponderância de normas cogentes, imperativas, inderrogáveis pelas vontades das partes. Mas o conteúdo das normas cogentes se transformou. A ordem pública conjugal, antes patriarcal e hierarquizada, atualmente se funda na igualdade conjugal. Operou-se uma mudança no conteúdo das normas imperativas do casamento. As vontades individuais são impotentes para modificar a estrutura conjugal, mas, hoje, ao invés de se curvar diante da qualidade de chefe de família, é o princípio da igualdade entre os cônjuges que é intangível.²³

Paralelamente à evolução de uma ordem pública matrimonial e hierarquizada para uma ordem pública igualitária e centralizada nos direitos da pessoa, muito se tem falado em *contratualização* do casamento. Termo frequentemente invocado no âmbito das ciências sociais nas últimas décadas, é geralmente ligado ao reexame de modelos contemporâneos, como manifestação, especialmente jurídica, das transformações nas relações sociais: a negociação e o contrato substituem a autoridade estatal, as relações horizontais substituem as organizações verticais.²⁴

²¹ MICOU, Évelyne. *L'égalité des sexes en droit privé*. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997, p. 186.

²² MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. *Revista de Direito Privado*. Ano 9, nº 35, julho-setembro de 2008, v. 35, p. 211-228.

²³ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 21-23.

²⁴ CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 9-17.

Como lecionava Virgílio de Sá Pereira:

A família deve, portanto, constituir-se sob um regime de liberdade, que exclua a tirania, e de autoridade, que exclua a anarquia. Estas fórmulas de liberdade e de autoridade não são, aliás, categorias absolutas, mas relativas, variáveis conforme o ritmo geral da evolução à qual se submete a família como todas as instituições sociais.²⁵

As normas cogentes, não modificáveis pela vontade dos noivos, mediante pacto antenupcial, em princípio, constituem o chamado *regime primário* ou *estatuto imperativo de base*. Tal denominação tem origem na doutrina francesa.²⁶

Por regime primário ou estatuto imperativo de base compreendem-se as normas gerais, de ordem pública, aplicando-se aos cônjuges, qualquer que seja o regime de bens. Não se afastam por convenção entre as partes. O regime primário é composto por normas inderrogáveis, que se aplicam, em princípio, a todos os regimes, a fim de conservar um mínimo de proteção à família, fundadas no princípio da solidariedade.²⁷

De outro lado, por *determinação do regime matrimonial* entendem-se as regras que podem ou não ser adotadas pelas partes, mediante pacto antenupcial, e se referem à comunicação ou incomunicabilidade dos bens e sua administração.²⁸

Contudo, diante das transformações sociais e jurídicas, deve-se reconhecer uma *mudança na ordem pública matrimonial*, pois, segundo Xavier:

A disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges tem assim que conciliar duas exigências: a de tornar efetiva a independência dos cônjuges e a de organizar a solidariedade material que o casamento requer, mesmo quando os cônjuges pretendem viver sob um regime separatista.²⁹

²⁵ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

²⁶ BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 5. éd. Paris: Litec, 1993, p. 145; CABRILLAC, Rémy. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25; CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille, l'enfant, le couple*. 21. éd. Paris: PUF, 1995, p. 493; COLOMER, André. *Droit civil: régimes matrimoniaux*. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 35; MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: la famille*. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3, p. 504; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 37.

²⁷ LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la constitución nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 318.

²⁸ BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 5. éd. Paris: Litec, 1993, p. 145; CABRILLAC, Rémy. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25; CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille, l'enfant, le couple*. 21. éd. Paris: PUF, 1995, p. 493; COLOMER, André. *Droit civil: régimes matrimoniaux*. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 35; MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: la famille*. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3, p. 504; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 37.

²⁹ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 22.

A família contemporânea é horizontal, igualitária e norteada para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros. O casamento livrou-se da característica de instrumento a serviço da religião ou de alianças familiares. O rompimento formal pelo divórcio tornou-se cada vez mais acessível. O prazer sexual, de reprimido, tornou-se prioritário, graças à ampla difusão e acesso aos famosos medicamentos para disfunção erétil.

A necessidade de compartilhar a intimidade *surge* com as perdas causadas pela individualização e, para Ulrich Beck, "as pessoas são *levadas* pela diluição das relações sociais à comunhão a buscar a felicidade com outra pessoa", mas a família é *apenas o lugar* em que isto ocorre, e não a *razão* para que ocorra.³⁰

No Brasil, principalmente após a Constituição de 1988, ocorreu uma modificação axiológica nos vínculos jurídico-familiares, com a *personalização* das relações e a nova concepção da família é plural, dissolúvel e igualitária, finalisticamente orientada à promoção do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e como *locus* de realização pessoal e afetiva.³¹ Trata-se, nas palavras de Konrad Hesse, "da tarefa positiva dos poderes estatais de proteger matrimônio e família não só contra prejuízos, mas também de fomentá-los por medidas adequadas".³²

A família deixou de ser reservatório de dotes e heranças, que se transmitiam pelas gerações.³³ As mudanças no Direito de Família, com a substituição da estrutura hierárquica para um modelo paritário, refletiram-se, também, no campo patrimonial. A autonomia privada dos cônjuges nesse âmbito se traduz pela possibilidade de autorregular as relações patrimoniais, adaptando seus interesses à sua situação específica, pelo exercício da liberdade de planejamento familiar.³⁴

No Brasil, tal como a doutrina francesa defende, diante do reconhecimento da igualdade e da liberdade, os cônjuges devem poder organizar-se, quanto aos seus bens, livremente, respeitando apenas *regras mínimas*.³⁵

³⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 162.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291-292; LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11-15; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 348-350.

³² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 351.

³³ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 25.

³⁴ GALLETA, Franca. *I regolamenti patrimoniale tra coniugi*. Napoli: Jovene, 1990, p. 9.

³⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 11-12.

No coração de uma nova ordem pública matrimonial,³⁶ deve estar a preocupação maior em promover os direitos fundamentais dos cônjuges, dentre os quais liberdade e igualdade, de modo a tratar o regime legal de separação de bens do septuagenário como *ius dispositivum*.

A necessidade de *substituição do conteúdo* das relações humanas, ainda que se mantenham os termos que as designam, foi traduzida por Walter Rathenau, mediante a metáfora da *concha do marisco abandonada*, que, jogada na areia, sem o primitivo habitante, pode servir de morada para gerações de outros seres, ao longo do tempo.³⁷ O mesmo raciocínio pode ser aplicado às relações e institutos jurídicos, bem como às palavras que os definem, desde que o modelo normativo adotado assim permita.

4. Regime de bens dos septuagenários e efeitos prospectivos do julgamento do ARE nº 1.309.642 pelo STF

Passa-se à análise do julgamento do ARE nº 1.309.642 pelo STF. Destacam-se os seguintes aspectos: (i) social, já que a definição do regime de bens aplicável às uniões familiares contraídas por maiores de 70 anos produz impactos diretos na organização da vida da sociedade brasileira; (ii) jurídico, porque a questão guarda relação com a interpretação e o alcance de normas constitucionais que asseguram especial proteção a pessoas idosas; e (iii) econômico, eis que a tese fixada produz impacto direto nos regimes patrimonial e sucessório dos maiores de 70 anos.

O julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo foi realizado na sessão presencial do plenário em 01 de fevereiro de 2024. Relembre-se o que dispõe a norma: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos” (art. 1.641, II, Código Civil).

Nesse contexto, o voto do Relator seguiu o argumento de que o inciso II do art. 1.641 do CC/2002, se interpretado como norma cogente, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo inconstitucional. Afirmou, contudo, ser necessário ressaltar a diferença entre a natureza de uma norma cogente de uma norma dispositiva.

³⁶ MILLARD, Eric. *Famille et droit public*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 121; NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 23.

³⁷ RATHENAU, Walter. Do sistema acionário: uma análise negocial. Trad. Nilson Lautenschlenger Jr. *Revista de Direito Mercantil*, n. 128, a. 41, out./dez., 2002, p. 202, *apud* MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-58.

O Ministro explicou que normas jurídicas em geral se dividem em duas categorias: as normas cogentes ou de ordem pública, de observância obrigatória; e as chamadas normas dispositivas, que têm validade, mas podem ser afastadas por acordo de vontades entre as partes envolvidas. Assim, concluiu que, como norma cogente, a regra viola a Constituição.

Nesse sentido, o Relator propôs que fosse conferida uma interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II, do CC/2002, dando-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Desse modo, atribuiu-se uma faculdade de adoção ao regime obrigatório. Quer dizer: uma faculdade de não incidência de uma obrigação.

A respeito da modulação de efeitos, o Ministro Relator realçou que, no caso concreto, como não houve manifestação do falecido que vivia em união estável, no sentido da derrogação do art. 1641, II, do CC/2002, a norma é aplicável. Disse que “pensou muito no caso concreto, pois se tratava de uma união estável de 11 (onze) anos”, mas que não poderia aplicar a decisão de forma retroativa. Assim, decidiu negar provimento ao recurso extraordinário, porque: “se não déssemos efeitos apenas prospectivos, nós reabriríamos todos as sucessões que já ocorreram até aqui, e evidentemente ninguém deseja produzir essa insegurança jurídica”.

Os demais Ministros fizeram breves complementações ao debate, com a consideração de ser possível a diferenciação entre norma de natureza cogente e supletiva, e, assim, acompanharam o voto do Relator no que dizia respeito à interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II, do CC/2002.

A partir da análise dos votos, verifica-se que a maioria dos ministros defendeu expressamente a inconstitucionalidade da norma - min. Luís Roberto Barroso, min. Cristiano Zanin, min. Alexandre de Moraes, min. Edson Fachin, min. Luiz Fux e min. Cármen Lúcia - com fundamento nos princípios da dignidade humana, da autonomia privada e da não discriminação. Em votos sucintos e concordantes, o min. Gilmar Mendes e o min. André Mendonça acompanham o voto do relator. Por fim, o min. Dias Toffoli manifestou-se pela constitucionalidade da norma, defendendo que o legislador optou por, dentro do matrimônio, haver uma convenção de idade. Entretanto, pelo “espírito colaborativo”, acompanhou o voto do Relator. Por fim, entenderam que a

decisão deva ser aplicada à união estável, tendo como paradigma o julgamento do RE n. 878.694, que equiparou os institutos para fins sucessórios.

O acórdão ficou ementado da seguinte forma:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Separação obrigatória de bens nos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Interpretação conforme a Constituição. I. O caso em exame. 1. O recurso. Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. 2. O fato relevante. Companheira em união estável postula participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários. 3. As decisões anteriores. O juiz de primeiro grau considerou inconstitucional o dispositivo do Código Civil e reconheceu o direito da companheira em concorrência com os herdeiros. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, considerando a norma que impõe a separação obrigatória de bens válida. II. A questão jurídica em discussão. 4. O presente recurso discute duas questões: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis. III. A solução do problema. 5. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 6. O princípio da dignidade humana é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros. 7. O princípio da igualdade, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens. 8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente. 9. A possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entende que

“[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob minha relatoria, j. em 10.05.2017). 10. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. É possível, todavia, a mudança consensual de regime, nos casos em que validamente admitida (e.g., art. 1.639, § 2º, do Código Civil). 11. No caso concreto, como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável. IV. Dispositivo e tese. 12. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Tese de julgamento: “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”.

(...) Foi fixada a seguinte tese: "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". Brasília, 1º de fevereiro de 2024. Ministro Luís Roberto Barroso – Presidente e Relator.³⁸

A partir disso, constata-se que o precedente não obedece a nenhum nexo dedutivo necessário, além de representar apenas um repertório de pontos de vista importantes à sociedade. A Corte examinou a questão, verificou a idoneidade das condições à produção de efeitos de direito pela nova interpretação da lei e tomou decisão para reconhecer o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.³⁹

Não se afigura plausível que uma norma que dispõe, expressamente, que “é obrigatório o regime de separação de bens no casamento”, possa ter outra interpretação que não seja a de natureza de norma cogente. Caso fosse a opção do legislador de que fosse uma opção dos nubentes, assim não teria estabelecido previsão legal ao regime de separação obrigatória de bens.

Desse modo, importante tratar dos efeitos desse julgado.

Em que pese a respeitável decisão da Corte, a interpretação conforme a Constituição não está amparada na lógica do ato normativo. Isso porque o caput do art. 1.641 diz que “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento”, estabelecendo, portanto, uma

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo em Recurso Extraordinário 1309642/SP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso 01 fev. 2024.

³⁹ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. 1. ed. Brasília: Saraiva, 2012.

norma de caráter cogente. Trata-se, nesse sentido, de um bem indisponível, ou seja, de ordem pública, haja vista que as partes não poderiam dispor de forma diversa do que dispusesse a lei. Não fosse constitucional essa obrigatoriedade, o artigo deveria ser declarado inconstitucional, haja vista que não há interpretação possível à literalidade da lei que diga que não é obrigatório o regime de bens.

Afigura-se evidente, portanto, que o sentido inequívoco da norma é de possuir caráter cogente, ou seja, de ordem pública. Não há demasia na repetição, haja vista que, assim não fosse, não haveria tal obrigatoriedade.

A título exemplificativo, o min. rel. Moreira Alves, no julgamento de 19 de dezembro de 1995, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1344-1 do Espírito Santo, definiu pela “impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme a Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco, como sucede no caso presente”.⁴⁰

A interpretação conforme a Constituição somente será possível na ocasião em que a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não.⁴¹ Ocorre que o sentido literal do texto deve funcionar como um limite à interpretação conforme, que não pode subverter o significado original da norma.⁴²

O STF, ao dizer que a interpretação é de que não é obrigatório, e que é possível que o dispositivo permaneça no ordenamento jurídico, cria uma anomalia ao direito de família. Isso porque estabelece dois regimes supletivos legais: um aos menores de 70 anos, que é a comunhão parcial, e outro aos maiores de 70 anos, que é a separação de bens.

Afora isso, a norma será possível de dispor contratualmente. Desse modo, a Corte cria o regime de *separação obrigatória facultativa*, ou regime *legal facultativa*, que pode ser afastado pela manifestação de vontade dos envolvidos.

Visando escolher regime diverso da separação, que passa a ser o supletivo legal conforme essa faixa etária, o septuagenário e seu nubente ou futuro companheiro devem expressar a sua escolha por escritura pública.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1344-1 Espírito Santo* Relator: Min. Moreira Alves, 19 de dez. 1995.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 886.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 32.

Além disso, infere-se, a partir da decisão, que aqueles que estão em um relacionamento poderão alterar o regime de bens. Se for união estável, mediante contrato, e se for casamento, por autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges (Brasil, 2002, art. 1.639, § 2º). Essa alteração contratual, contudo, não opera efeito retroativo, nem a sentença possuirá efeito *ex nunc*, posto que devem ser respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário, nos termos do art. 2.035 e 2.039 do Código Civil de 2002.⁴³ A orientação jurisprudencial é a mesma: segundo a 3ª Turma do STJ, que decidiu no âmbito do REsp 1.383.624-MG, e julgado em 2 de junho de 2015, não é lícito aos conviventes atribuírem efeitos retroativos ao contrato de união estável, a fim de eleger o regime de bens aplicável ao período de convivência anterior à sua assinatura.⁴⁴

Com efeito, vê-se que o STF não enfrenta as situações de união estável *post mortem*, que são comuns aos processos de inventário. Trata-se do caso do Recurso Especial n. 1.318.281, julgado em 01 de dezembro de 2016, pelo Superior Tribunal de Justiça,⁴⁵ em que a Corte afasta a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens. O STJ realiza a somatória dos períodos, em pedido de reconhecimento do regime de comunhão parcial de bens, afastando a regra da separação obrigatória. Com o novo entendimento pelo STF, essa interpretação não será mais possível, uma vez que se impõe que, somente em vida, por manifestação expressa da vontade, em cartório e por escritura pública, será possível afastar o regime de separação de bens. Assim, essa corrente jurisprudencial foi superada com o julgamento do ARE 1.309.642 em 2024.⁴⁶

Por outro lado, há corrente jurisprudencial do STJ que segue vigente após o julgamento, trazendo-se como exemplo o entendimento do Recurso Especial n. 1.922.347-PR, julgado em 7 de dezembro de 2022.⁴⁷ Se o pacto antenupcial e a escritura pública podem afastar

⁴³ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

“Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial n. 1.383.624/MG - Minas Gerais*. Relator: Min. Moura Ribeiro, 2 jun. 2015.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial n. 1.318.281/PE - Pernambuco*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 1 dez. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo em Recurso Extraordinário 1309642/SP*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso 01 fev. 2024.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial n. 1.922.347/PR - Paraná*. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, 7 dez. 2022.

o regime de separação de bens, torna-se lógica a situação em que os nubentes ou companheiros, no exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos.

Por último, pode surgir debate a respeito do efeito repristinatório do julgamento, haja vista que o Supremo em nada se manifestou em relação à lei anterior de idêntico conteúdo. A título de comparação, o STF costuma decidir a respeito do efeito repristinatório em relação às leis anteriores de igual matéria, em casos de declaração de inconstitucionalidade, como foi feito no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.735/MS, julgado em 8 em setembro de 2016,⁴⁸ mas, no caso do ARE 1.309.642, em nada se pronunciou.

Ocorre que, no caso do ARE 1.309.642, a Corte aplicou interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil de 2002,⁴⁹ não o declarando inconstitucional, mas firmando a interpretação adequada. No entanto, o plenário em não se manifestou a respeito do art. 258, II, do Código Civil de 1916.⁵⁰ Considerando a regra de direito intertemporal de que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido, conforme o art. 2.039 do Código Civil (cit.), é plausível o debate a respeito da interpretação se deve-se estender a interpretação conforme a Constituição do Supremo ao art. 258, II, do CC/1916 (cit.), ou se deve haver manifestação expressa da Corte.

5. Conclusão

No direito de família, sempre foi evidente a predominância de normas imperativas, de força cogente, que, conforme exposto neste trabalho, não podem ser derogadas pela vontade das partes pelo seu caráter de indisponibilidade. Este fenômeno limita consideravelmente a autonomia privada, portanto, com implicações diretas no planejamento patrimonial, especialmente na escolha do regime de bens.

Considerando a crescente expectativa de vida e o envelhecimento da população, surgem em nosso ordenamento jurídico reflexos alinhados ao aumento dos casamentos tardios,

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.735 Mato Grosso do Sul*. Relator: Min. Teori Zavascki, 8 de setembro de 2016.

⁴⁹ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

⁵⁰ “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos”.

tendo, como objeto de análise deste artigo, a norma prevista no art. 1.641, II, do Código Civil, que regulamenta a imposição do regime de separação legal ou obrigatória de bens aos septuagenários.

Essa norma foi objeto de análise pelo STF no âmbito do julgamento do ARE nº 1.309.642, que trouxe à tona a discussão sobre a natureza cogente ou dispositiva dessa regra.

A demanda pelo livre planejamento patrimonial familiar é crescente, impulsionada por transformações nas estruturas familiares e pela busca por maior autonomia e eficiência na gestão do patrimônio. Em complemento ao debate Civil-Constitucional, a doutrina sustenta que a autonomia é o elemento ético da dignidade, em que há o exercício da vontade de acordo com a capacidade de autodeterminação do indivíduo, especialmente no caso de pessoas idosas que, enquanto conservarem sua capacidade mental, deveriam ter o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens.

Tentando seguir essa vertente, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que tenha trazido reflexões importantes sobre a tensão entre autonomia privada e interferência estatal, ao definir a interpretação de que a natureza do art. 1.641, II, do Código Civil não é de norma cogente, e que é possível que o dispositivo permaneça no ordenamento jurídico, cria uma anomalia ao direito de família, posto que aduz interpretação expressamente contrária à literalidade de lei. Isso porque surgem dois regimes supletivos legais, a partir da interpretação da Corte: (i) um aos menores de 70 anos, que é a comunhão parcial, (ii) e outro aos maiores de 70 anos, que é a separação de bens.

Conclui-se, portanto, com base na literatura, que o regime da separação obrigatória para os septuagenários é fundado em norma cogente (*ius cogens*), não dispositiva (*ius dispositivum*), e que a decisão do Supremo Tribunal Federal traz insegurança jurídica, especialmente no que tange aos efeitos prospectivos atribuídos à decisão do STF no planejamento patrimonial familiar de septuagenários.

Referências

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido*: uma questão em aberto. 1. ed. Brasília: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BÉNABENT, Alain. *Droit civil: la famille*. 5. éd. Paris: Litec, 1993.
- BERQUÓ, Elza. A família no século XXI: um enfoque demográfico. *Revista Brasileira de Estudos de População*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 1-16, 1989.
- CABRILLAC, Rémy. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2 éd. Paris: Montchrestien, 1996.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille, l'enfant, le couple*. 21. éd. Paris: PUF, 1995.
- CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Planejamento patrimonial e avosidade: proteção patrimonial de avós idosos e de netos incapazes. In: PEREIRA, Tânia da Silva et al. (Coord.). *Avosidade: relação jurídica entre avós e netos*. Enfoque multidisciplinar. São Paulo: Foco, 2021, p. 141-154.
- CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: L.G.D.J., 2007.
- COLOMER, André. *Droit civil: régimes matrimoniaux*. 5. éd. Paris: Litec, 1992.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GALLETA, Franca. *I regolamenti patrimoniale tra coniugi*. Napoli: Jovene, 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la constitución nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MAZEAUD, Henri et Leon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. *Leçons de droit civil: la famille*. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MICOU, Évelyne. *L'égalité des sexes en droit privé*. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. *Revista de Direito Privado*, Ano 9, nº 35, julho-setembro de 2008, v. 35, p. 211-228.
- MILLARD, Eric. *Famille et droit public*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023.
- NIBOYET, Frédérique. *L'ordre public matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008.
- PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2.
- SILVA, Caio Monteiro; NEVES, Beatriz Sernache de Castro. Modificações na família contemporânea: revisão do que é dito sobre família entre 2010 e 2019. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 13, n. 1, p. 94-113, 2023.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves. Planejamento sucessório e possíveis instrumentos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 291-330.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. *Droit civil: les régimes matrimoniaux*. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994.

XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Coimbra: Almedina, 2000.

Como citar:

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; SOARES, Catarina Wodzick Quadros. Normas cogentes e dispositivas no planejamento patrimonial inter vivos dos septuagenários. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 2, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

6.2.2025

Aprovado em:

28.8.2025