

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA
OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO
DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Cláudia Lozza

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO
REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES DE
SETENTA ANOS**

por

Cláudia Lozza

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador(a): Prof^aMs.Maria Ester Toaldo Bopp

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA
OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO
DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS**

elaborada por
Cláudia Lozza

Como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

**Profª Ms. Maria Ester Toaldo Bopp
(Presidente/Orientadora)**

**Profª Walesca Mendes Cardoso
(Universidade Federal de Santa Maria)**

**Profª Nathalie Kuczura Nedel
(Universidade Federal de Santa Maria)**

Santa Maria, 02 de dezembro de 2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pela proteção e força para que eu conseguisse vencer mais esta etapa de minha existência.

Aos meus pais Antonio (in memorian) e Stefania, por me ensinarem o valor da educação e me proporcionarem o estudo.

Aos meus irmãos Antonio e Ricardo, profissionais do Direito, que no decorrer do curso sempre trocaram ideias e opiniões.

A minha irmã Fernanda, minha amiga de todas as horas.

A minha sobrinha Carolina, que recentemente se formou em Direito, pelo compartilhamento de livros.

A Prof^a Ms. Maria Ester Toaldo Bopp, por me orientar neste estudo, pela amabilidade e disponibilidade de sempre. Agradeço pelos valiosos conhecimentos transmitidos no decorrer deste trabalho.

Ao Prof^o Dr. Rafael Santos de Oliveira, pela atenção dispensada a mim, principalmente nos períodos de matrícula.

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE
DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS
MAIORES DE SETENTA ANOS**

AUTOR (A): **CLÁUDIA LOZZA**

ORIENTADORA: PROF^a. **MS. MARIA ESTER TOALDO BOPP**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 02 de dezembro de 2014

O presente estudo aborda tema relativo à obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos, conforme o disposto no artigo 1.641, II do Código Civil. O legislador teve o escopo de proteger os septuagenários de casamentos pautados em interesse financeiro. No entanto, esta restrição é alvo de críticas por afrontar os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Tal dispositivo demonstra preconceito com as pessoas, que ao completarem setenta anos são consideradas incapazes de escolherem o regime de bens que melhor lhes aprouver. Este tema aborda assunto de interesse geral diante do aumento populacional das pessoas idosas e do aumento da expectativa de vida. Atualmente os idosos são mais ativos e sociáveis, sendo cada vez mais comuns os relacionamentos afetivos e os casamentos nesta fase da vida. O referido dispositivo não considera esta realidade. Este trabalho tem o objetivo de analisar a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos em relação aos princípios anteriormente citados. O estudo será dividido em três capítulos. Inicialmente abordará o Direito de Família e os princípios constitucionais. No segundo capítulo será feita uma abordagem relativa aos regimes de bens. No último capítulo, será apresentado o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos, seus fundamentos e uma análise frente aos princípios constitucionais. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Os métodos de procedimento foram o histórico, comparativo e monográfico. Com a evolução do direito e sua interpretação constitucional, conclui-se que a referida restrição deve ser revogada, uma vez que além de estar desatualizada, se mostra totalmente inconstitucional.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade; regime de bens; septuagenário.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE (UN) CONSTITUTIONALITY OF THE OBLIGATION OF PROPERTY REGIME FOR THE PEOPLE WHO ARE OVER 70 YEARS OLD

Author: Cláudia Lozza

Adviser: Prof^a. Ms. Maria Ester Toaldo Bopp

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 02, 2014.

This study is about the obligation of property regime for the people who are over 70 years old, according to the article 1.641, II of the Civil Code. The law maker was aimed at protecting the septuagenarians from marriages based on financial interests. However, this restriction is criticized because it affronts the constitutional principles of liberty, equality and dignity of human being. This theme talks about a subject of general interest due to the increase of the elderly population and the longer life expectancy. There have been more and more love relationships and marriages at this time of life. This work is aimed at analyzing the unconstitutionality of the obligation of property regime for the people who are over 70 years old. With the evolution of law and its constitutional interpretation, it is concluded that this rule should be revised because it is totally unconstitutional. It was used the deductive method to approach. The procedure methods were historical, comparative and monographic.

Key-words: unconstitutionality; property regime; septuagenarians.

SUMÁRIO

1.O DIREITO DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	9
1.1 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família	15
1.1.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana.....	17
1.1.2 Princípio da Igualdade	18
1.1.3 Princípio da Liberdade	20
2. REGIMES DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.1 Princípios básicos do regime de bens.....	23
2.1.1 Da imutabilidade absoluta à mutabilidade motivada.....	24
2.1.2 Variedade de regimes.....	27
2.1.2.1 Comunhão parcial de bens.....	27
2.1.2.2 Comunhão universal de bens.....	29
2.1.2.3 Regime de participação final nos aquestos	30
2.1.2.4 Regime da separação de bens	31
2.1.3 Livre estipulação	33
3. OS FUNDAMENTOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS	34
3.1 A Terceira Idade e o regime da separação obrigatória de bens.....	35
3.2 A aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao regime da separação obrigatória de bens	39
3.3 A nova terceira idade	42
3.4 Críticas ao regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos: Uma análise pautada nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana	43
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos. Esta imposição já estava prevista no Código Civil de 1916, que possuía um conteúdo essencialmente patrimonialista.

No Código Civil atual, tal dispositivo está previsto no art. 1641, II, que foi modificado pela Lei n. 12.344/10, no qual preceitua ser obrigatório o regime de separação de bens para os maiores de setenta anos. Através deste artigo, o Estado tem o escopo de resguardar o patrimônio e proteger as pessoas idosas de casamentos motivados em interesse financeiro.

Este tema aborda um assunto de interesse geral, diante do envelhecimento populacional e da mudança no perfil das pessoas idosas. A população de idosos está crescendo cada vez mais, principalmente devido ao aumento da expectativa de vida. Com o avanço da medicina e dos tratamentos estéticos, as pessoas estão envelhecendo cada vez mais tarde e com melhor qualidade de vida.

Os idosos estão mais ativos e independentes, sendo que muitos continuam trabalhando após a aposentadoria, às vezes até em outras atividades. Com uma vida mais sociável, estão crescendo também as relações afetivas na terceira idade, como casamento e união estável. Assim, os idosos de hoje são completamente diferentes dos idosos de outras épocas.

A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes parece não considerar esta nova realidade dos idosos. Ela mantém um preconceito quanto a estas pessoas, que somente pelo fato de terem ultrapassado determinada idade, passam a ser consideradas incapazes para escolher o seu próprio regime de bens.

O Estado, que deveria defender a instituição da família, ao invés de incentivar o casamento, parece punir estas pessoas, agindo muito mais como um interventor do que como um protetor.

Por outro lado, a Constituição Federal preceitua, entre outros, os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, que devem ser respeitados.

Diante disso, existe uma polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da possível inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, uma vez que ele estaria ferindo tais princípios.

Este trabalho tem o objetivo de analisar a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos em relação aos princípios anteriormente citados. Como objetivos específicos, este estudo busca analisar os fundamentos do referido regime de bens e a aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Este estudo será desenvolvido em três capítulos. Inicialmente ele abordará o instituto Direito de Família, relacionando este ramo com os princípios constitucionais mencionados. No segundo capítulo, será feita uma abordagem relativa aos regimes de bens, seus princípios e os quatro regimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro. No último capítulo, será apresentado o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, seus fundamentos, a aplicação da Súmula 377 do STF e uma análise em relação aos princípios constitucionais e à polêmica em torno do assunto.

O método de abordagem utilizado neste estudo foi o dedutivo. A partir de uma análise geral em relação aos princípios constitucionais e um estudo histórico a respeito das mudanças nas relações, pretendeu se chegar a uma conclusão sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641,II, do Código Civil.

Os métodos de procedimento utilizados foram o histórico, comparativo e monográfico. O método histórico foi necessário para abordar as mudanças ocorridas na legislação, e também para analisar a realidade das pessoas com mais de 70 anos da atualidade, em relação à quando foi positivado o art. 1.641, II, do Código Civil. O método comparativo foi utilizado para analisar o referido artigo em relação aos princípios constitucionais, e também para comparar os institutos casamento e união estável para os maiores de 70 anos. O método monográfico foi utilizado para estudar casos que buscam reforçar a tese defendida. Em face disso foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, análise de artigos e reportagens referentes ao tema na internet.

1.0 DIREITO DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito de Família constitui o ramo de Direito Civil que estuda, dentre outros, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, sua validade e os efeitos que dele resultam, e estuda também as relações daqueles que convivem em uniões sem casamento. Aborda as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo, como a tutela e a curatela. Ele é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida.

No campo legal, existem normas que tratam das relações pessoais entre os familiares, como também das relações patrimoniais e assistenciais entre os membros da família. Para Paulo Lôbo (2014, p.33): “O direito de família é um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família.”

O Direito de Família possui conteúdo moral e ético. De acordo com Venosa (2004), as relações patrimoniais existentes no direito de família são secundárias, pois dependem da compreensão ética e moral da família, sendo que o casamento ainda é um centro gravitador do direito da família. O casamento, pelos seus efeitos, é o mais importante instituto do Direito de Família, ainda que existam relações familiares fora deste instituto. É do casamento que irradiam as normas básicas do Direito de Família.

Com o passar dos anos, a família dentro do conceito jurídico, foi um dos organismos que mais sofreu alterações, principalmente em virtude da mutabilidade natural do homem. A sociedade evoluiu, transformou-se e rompeu com tradições, o que gera uma necessidade de rever algumas leis. No entanto mudar as regras do direito de família é uma tarefa difícil, pois é um ramo que interfere na vida das pessoas e em seus sentimentos. Quando se fala em relações afetivas, a missão torna-se mais delicada. O regramento jurídico da família não pode ignorar as modificações culturais e científicas, sob pena de se tornar ineficaz. Assim, o legislador deve estar atento às modificações que precisam ser feitas no decorrer dos tempos. Hoje, delineia-se um novo tipo de família e conseqüentemente um novo direito de família.

A família é o primeiro agente socializador do ser humano, sendo que a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar tanto quanto parte do contexto social. Assim, o direito de família diz respeito a todos os cidadãos.

A família é uma instituição fundamental e que necessita de proteção do Estado, principalmente para dar condições de gerar um indivíduo apto para o convívio em sociedade. Por isso, se observa uma intervenção crescente do Estado neste ramo, visando conceder-lhe maior proteção e propiciar melhores condições de vida às gerações novas.

O Estado não pode deixar de cumprir sua função social de proteção à família, sob pena de o próprio Estado desaparecer. Assim, a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar o direito de autonomia. Essa intervenção deve ser protetora, nunca invasiva na vida privada. (VENOSA, 2004).

A família que promove a dignidade e a realização de seus membros merece tutela jurídica e proteção do Estado, sendo que o Estado deve respeitar a liberdade de constituição, convivência e dissolução da família.

O Direito de Família pertence ao Direito Civil, que é ramo do direito privado. Conforme o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (CF), “a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”.

De acordo com Venosa (2004,p.25):

No direito de família, a ordem pública prepondera dispendo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial.

O Direito de Família prepara o terreno para um intervencionismo do Estado. Conforme Dias (2013,p.34):

imperioso, portanto, reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata do direito público. Aliás, a tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais inclina-se cada vez mais a repudiar a interferência do público.

Para Rodrigues (2008, p.3), “as regras de direito de família afetam o indivíduo dentro daquele núcleo social, onde ele nasce, cresce e se desenvolve, disciplinando suas relações de ordem pessoal e patrimonial”.

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variadas manifestações sociais.

Nas palavras de Lôbo (2014, p.15):

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

Atualmente, o principal valor que explica a função da família é a afetividade. A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, comum no Direito de Família tradicional não encontra guarida na família atual, preocupada com interesses pessoais. Hoje, a família está unida por laços de liberdade e de responsabilidade. A realização pessoal da afetividade no ambiente de convivência é a função básica da família de nossa época. Os vínculos afetivos norteiam a formação da família. A família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. De acordo com o autor Cunha Pereira (2005, p.10):

na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribui ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

O casamento não é mais a única base familiar. Assim, a formalidade não é mais o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem. Existe uma valorização das famílias extramatrimoniais. A família assume um importante papel para o bem-estar e para desenvolvimento de seus componentes. Nas palavras de Diniz (2014, p.27):

deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu transformações no último século. Estas modificações ocorreram principalmente por conta do declínio do patriarcalismo, que tem suas raízes históricas na Revolução

Industrial e na Revolução Francesa. Estes acontecimentos marcaram um novo ciclo histórico que vem a ser a Idade Contemporânea. (CUNHA PEREIRA, 2005).

No Brasil, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, a família, hierarquizada e patrimonializada, se constituía unicamente pelo casamento, que assegurava a sua proteção e continuidade, inclusive em relação à transmissão de bens. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção. Seus membros representavam força de trabalho. A família nesta época era essencialmente marcada pelo patrimônio e relegava a um segundo plano os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Palazzo Rodrigues (2004, p. 190):

a família que serviu de molde à legislação civilista de 1916 desempenhava diversas funções que condicionavam sua estrutura. Em primeiro lugar, tinha função econômica, ou seja, a própria família produzia a maioria dos bens necessários à sua sobrevivência. Também a ela incumbia a tarefa de repassar valores, transmitir cultura e educar seus membros, haja vista que as primeiras e não raro as últimas letras eram aprendidas no seio familiar. Desempenhava ainda a família a importante função assistencial, ou seja, os pais tinham a certeza do amparo dos filhos na velhice, quando não fossem mais aptos para o trabalho.

O modelo de família que existia na época do Código Civil de 1916 era solidário, na medida em que o esforço de todos se fazia necessário à sobrevivência de seus membros. A família dava a seus integrantes a possibilidade de uma vida digna, baseada em vínculos sanguíneos e conservação patrimonial. Naquela época, não se entendia o valor da dignidade da pessoa humana como hoje ele é concebido.

A idéia de se proporcionar dignidade ao homem está vinculada à entidade familiar e a sua nova concepção jurídica, que deixa de ser vista apenas como uma instituição do Direito Civil para ser um núcleo de afetividade.

No entendimento de Guazzelli Estrougo (2004), a família passou por modificações desde o direito clássico até o direito contemporâneo. Anteriormente, a família era uma organização baseada na hierarquia, hoje a relação entre seus membros se estabelece democraticamente, numa verdadeira comunhão de vida. O casamento era sua única fonte, hoje existe pluralidade de fontes. Antigamente a família era autoritária, hoje ela é hedonista e os laços eram apenas de sangue. Atualmente, os laços são de afeto.

A estrutura da família passou por modificações. A família diminuiu o número de componentes, migrou do campo para as cidades, acabou a prevalência do

caráter produtivo, passou a conviver em espaços menores. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, colaboraram para que o homem deixasse de ser o provedor exclusivo do lar. Estas modificações levaram à aproximação de seus membros que passaram a valorizar mais o vínculo afetivo.

Assim, a família deixa de ser um núcleo preponderantemente econômico e de reprodução e passa a ser uma entidade que acolhe o indivíduo, sendo que o afeto é o eixo principal. Valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna o refúgio das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. Ainda mais em uma sociedade marcada pelo individualismo excessivo, pela competição desmedida e pelo consumismo desenfreado. Nunca a família foi tão necessária.

Os momentos históricos influenciaram os diversos modelos familiares. A família vem acompanhando a evolução dos costumes. Ela atende as necessidades humanas de cada época.

Com o passar dos anos, o perfil da família vem passando por grandes transformações, e torna-se imperioso que a legislação acompanhe esta evolução. A necessidade de adaptação das soluções para os problemas enfrentados nestas relações exige uma constante adaptação do Direito, na tentativa de recompor os conflitos surgidos na vida familiar.

Um dos grandes desafios é como organizar juridicamente a família, uma vez que não há mais apenas uma forma, mas sim várias constituições familiares. É importante ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares. No entendimento de Crespo Brauner (2004, p.257):

o desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar o interesse das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.

A pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Atualmente a família não é formada somente por ascendentes e descendentes. Ela também não se origina apenas do matrimônio.

A família contemporânea é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto. A ampliação do conceito de família acabou permitindo o reconhecimento de outras entidades familiares como, por exemplo, a união de pessoas do mesmo sexo. Aceitar que outras formas de relação merecem a proteção jurídica implica reconhecer o princípio do pluralismo e da liberdade.

O Direito de Família passou a ser um valor constitucional na medida em que a Constituição Federal de 1988 acolheu as expectativas da sociedade nas relações de família e dedicou um capítulo, definindo os direitos dos entes familiares e deveres do Estado para com os indivíduos. Foi atribuída uma dimensão constitucional ao tratamento da família.

Na Constituição Federal de 1988 ficaram consagrados os princípios fundamentais para a organização jurídica familiar, entre eles o da dignidade da pessoa humana. De acordo com DIAS (2011, p.1):

A Constituição brasileira de 1988 é considerada uma das mais avançadas do mundo. Impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseado nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação.

A Constituição Federal também estabeleceu novos paradigmas para a família, como a implantação da isonomia entre homem e mulher, a igualdade entre os filhos, estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento bem como a união estável, a família plural e a proteção da família em cada um de seus integrantes.

Com a Constituição, a família foi remodelada, dando ênfase aos princípios conquistados pela sociedade. O modelo de família tornou-se uma comunidade fundada na igualdade e no afeto.

Em janeiro de 2002 foi publicada a Lei n. 10.406 instituindo um novo Código Civil brasileiro. O novo Código procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas ocorridas nas últimas décadas do século passado. Ele buscou atualizar os aspectos essenciais do Direito de Família. O novo código, no entendimento de Dias (2013, p.31): “Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX”.

As alterações introduzidas buscavam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais coerente à realidade

social, atendendo-se às necessidades dos filhos e de afeição entre cônjuges ou companheiros e aos interesses da sociedade.

Em relação ao Código Civil, Cunha Pereira afirma (2005, p.8):

ele só se aproximará do ideal de justiça se estiver em consonância com uma hermenêutica constitucional e de acordo com os princípios gerais do Direito e também com os princípios específicos e particulares do Direito de Família.

Para interpretar um Direito que pretenda traduzir a família contemporânea, é necessário que as leis estejam em sintonia com os princípios basilares do Direito de Família. Os valores existenciais da pessoa humana se tornam prioritários no âmbito do Direito Civil, uma vez que são privilegiados pela Constituição Federal.

A Constituição Federal absorveu as alterações e a evolução da sociedade, e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

Todos os princípios constitucionais visam a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, principalmente na seara do Direito de Família. Dessa forma, cabe apreciar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

1.1 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Os princípios exercem uma função de otimização do Direito. Sua força deve pairar sobre toda organização jurídica, preenchendo lacunas deixadas por outras normas, sendo elas positivadas ou não, também como instrumentos orientadores de todo o ordenamento jurídico se constitucionais ou daquele ramo.

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional. Na omissão da lei, deve-se utilizar os princípios constitucionais que estão no vértice do sistema. Com a constitucionalização do Direito Civil, os princípios elencados na Constituição tornaram-se fontes normativas.

Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Os implícitos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas.

As regras, quando postas no ordenamento jurídico, devem estar conectadas com os princípios constitucionais, principalmente as relacionadas ao Direito de Família. Segundo o já mencionado autor Cunha Pereira (2005, p.18):

o papel dos princípios é também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista.

Existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Para Lôbo (2014, p. 53), os princípios jurídicos aplicáveis ao direito da família no Brasil são agrupados em princípios fundamentais e princípios gerais. Sem estes princípios não é possível a aplicação de um direito que esteja próximo do ideal de justiça. Os fundamentais são dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar. Os princípios gerais são igualdade familiar, liberdade familiar, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.

Nas palavras de Lôbo (2008, p.4):

A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política, cultural e do ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; do outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades.

Alguns autores ainda enumeram vários outros princípios relativos ao Direito de Família. Madaleno (2013, p.99) enfatiza o princípio da igualdade de filiação e princípio da proteção à prole, entre outros. Dias (2013, p. 70) cita o princípio do pluralismo das entidades familiares e o princípio da proibição de retrocesso social. Já Gonçalves (2013, p.24) enumera, além de outros, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar.

Os princípios servem para demonstrar e ressaltar a função social da família no Direito brasileiro.

No presente trabalho analisa-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

1.1.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana

É o princípio maior, fundamental do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado no primeiro artigo da Constituição Federal. É o mais universal de todos os princípios. “Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções”. (DIAS, 2013, p.65).

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas. O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa igual dignidade para todas as entidades familiares. A dignidade é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana.

Na perspectiva tradicional, a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam. Atualmente, a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a família converteu-se em lugar de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. LÔBO (2014, p.19).

A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento de seus membros.

Nas palavras de Madaleno (2013, p.46):

O Direito de família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema, e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

A dignidade da pessoa humana é o valor essencial do nosso sistema jurídico. É a preocupação com a pessoa humana que deve orientar todos os ramos do direito. Prepondera a pessoa humana em detrimento do patrimônio. É um princípio

sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, igualdade, autonomia privada e solidariedade. É um princípio ético já que não se deve pensar em ser humano sem dignidade.

Considerando este princípio consagrado pela Constituição, houve uma mudança de perspectiva no Direito Civil. Assim, o foco deste ramo do direito passa a ser a pessoa humana e não o patrimônio.

A dignidade humana é o bem maior do ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que cabe aos legisladores brasileiros criar mecanismos de proteção, a fim de que não se concretize qualquer infração a este princípio e que se fomente o desenvolvimento digno de cada indivíduo humano.

1.1.2 Princípio da Igualdade

A igualdade constitui um importante princípio para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família. Sem este princípio não há dignidade do sujeito de direito.

A Constituição Federal de 1988 no art. 5º, que cuida “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estabelece que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)

Desta forma, a observância ao princípio da igualdade, é condição necessária para que se cumpram os fins a que se propõe um Estado Democrático de Direito, sob pena de as normas constitucionais não possuírem eficácia na vida dos cidadãos. A igualdade é um valor diretamente ligado à cidadania.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social, uma vez que a idéia de igualdade está ligada à de justiça. Conforme Dias (2013, p. 68):

atendendo a ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros.

A Constituição Federal igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros entre os cônjuges, e os filhos de qualquer origem familiar. Porém este princípio não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, admite limitações que não violem o núcleo essencial.

Não se pode pretender tutelar as mais variadas formações de entidades familiares de maneira absolutamente igualitária. É importante preservar as peculiaridades de cada situação fática.

Este princípio não pode desconsiderar as diferenças naturais e culturais que existem entre pessoas. Há diferença entre homem e mulher, entre pais e filhos. A família matrimonial, a união estável e as demais entidades familiares também possuem diferenças entre si. Assim, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico desigual no que concerne à base comum dos direitos e deveres. (LÔBO, 2014). Mas as peculiaridades devem ser consideradas para garantir a melhor tutela possível.

No entendimento de Guazzelli Estrougo (2004), deve-se analisar a relatividade do princípio da igualdade entre as diferentes organizações familiares e entre os diversos papéis atribuídos a cada personagem que integra o sistema de cada família.

A igualdade como princípio, fundamenta-se na dignidade humana e não apenas no rígido critério de obediência à lei. Assim, todas as pessoas são iguais, na medida de sua dignidade, o que pode resultar em limitações da própria norma jurídica.

Para respeitar-se a dignidade humana e atribuir-se cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Conforme Cunha Pereira (2005, p.141):

necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade.

A consolidação da igualdade como direito fundamental constitui verdadeira conquista do Direito, sendo que na seara da família, ele colaborou para o avanço das relações familiares.

A igualdade depara-se com outros princípios que são também norteadores do Direito de Família como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana.

1.1.3 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade diz respeito, no âmbito do Direito de Família, ao livre poder de escolha de constituição, realização e extinção da entidade familiar.

O Direito de Família anterior era extremamente rígido e não admitia a liberdade de escolha de seus membros. A família deveria seguir o modelo matrimonial e patriarcal existente.

Na Constituição brasileira, o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes: a liberdade da entidade familiar, diante do Estado, e a liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. LÔBO (2014, p.64).

Nas palavras de Dias (2013, p.67):

em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (C.C. 1.639 § 2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

Em relação ao princípio da liberdade de constituir comunhão plena de vida, pode-se dizer que se refere à livre iniciativa dos indivíduos de constituir família, sendo vedada ao Estado qualquer intervenção no que tange à constituição familiar.

Ainda que o Estado tenha o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e de garantir o direito à vida. Assim, é preciso demarcar o limite de intervenção do Estado na organização familiar.

Cabe ao Estado o fornecimento de meios educacionais que proporcionem o direito à liberdade. A intervenção do Estatal apenas se justifica em casos que prejudiquem o bem estar da família e de seus componentes, como por exemplo, nos casos de exercício do poder familiar, de alimentos, de educação dos filhos.

A interferência do Estado não deve ocorrer em questões nitidamente privadas, como por exemplo, a escolha do regime patrimonial de bens, assunto a ser abordado no próximo capítulo.

2. REGIMES DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando o Código Civil de 1916 foi elaborado, a família era constituída exclusivamente pelo matrimônio. O casamento era indissolúvel, havendo uma união de vida e de patrimônio.

O regime legal era o da comunhão universal de bens. Havia também os regimes da comunhão parcial, da separação total e o regime dotal, em que os bens da mulher eram entregues ao marido, que os administrava, e cujos rendimentos eram destinados a atender aos encargos do lar. DINIZ (2013, p. 226).

Com a Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, o regime de bens legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, podendo ser estabelecido outro pelos contraentes através do pacto antenupcial lavrado por escritura pública.

O atual Código Civil excluiu o regime dotal. Como novidade, incluiu o regime da participação final nos aquestos e admitiu a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do casamento, mantendo os demais.

Com a constitucionalização da união estável, o regime de bens acolhido foi o da comunhão parcial. A possibilidade de adoção de outro regime pode ocorrer via contrato de convivência.

O matrimônio, assim a união estável determinam a existência de diversos efeitos patrimoniais, tanto em relação aos cônjuges e conviventes como deles para com terceiros. Assim, o Direito de Família possui também a função de reger os regimes de bens. Inexiste casamento sem um regime patrimonial. O conceito do regime de bens, conforme Diniz (2014, p.172):

de forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes.

O casamento produz efeitos pessoais e patrimoniais na vida dos nubentes, e embora o casamento não possua conteúdo diretamente econômico, o regime de bens é uma de suas conseqüências jurídicas. Nas palavras de Palazzo Rodrigues (2004, p. 207):

o patrimônio é o responsável pela segurança material da família. Sem amparo patrimonial, a família se torna extremamente vulnerável, pois como

diziam nossos avós, quando a necessidade bate à porta, o amor sai pela janela. Sabe-se por inúmeras pesquisas realizadas que a desagregação das famílias está em muito ligada à falta de condições mínimas de sobrevivência do grupo.

A sociedade conjugal e também a união estável não possuem personalidade jurídica. Cada cônjuge ou convivente possui os bens em seu próprio nome. É diferente de uma sociedade empresária, esta sim dotada de personalidade jurídica.

Na realidade atual, a grande maioria de homens e mulheres trabalham, assim o casamento além de ser uma união afetiva representa também uma associação financeira.

Cônjuges e conviventes, como representantes de uma sociedade afetiva devem encarar as responsabilidades próprias de uma sociedade conjugal, que assume obrigações com credores e que enfrenta despesas para a manutenção do lar e sustento, guarda e educação dos filhos. Devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares. Conforme o art. 1.565 do Código Civil: “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”

Os diferentes regimes de bens são o reflexo dos tempos e das mudanças que oferecem configurações patrimoniais que se adaptam no tempo, de acordo com as necessidades dos cônjuges e conviventes.

O regime de bens é de extrema relevância para a efetivação da finalidade constitucional da família. A escolha do regime repercute na qualidade de vida do casal e assegura a finalidade instrumental da família. Ela também rege a situação patrimonial durante a vigência do matrimônio e, principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges. Nas palavras de Dias (2013, p. 228):

a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônio, tornando indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte.

Embora existam inúmeros regimes matrimoniais encontrados na legislação dos países modernos, o Código Civil brasileiro prevê e disciplina apenas quatro: o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a

1.671), o da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 e 1.688). Porém, o Código Civil permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais do art. 1.641, I a III, do Código Civil, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente.

Os nubentes não podem estipular cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou que contrariem os fins do casamento. De acordo com o artigo 1.639 do Código Civil, “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. No entanto, o artigo 1.655 estipula que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta em lei. A convenção deve ser celebrada em pacto antenupcial”, que de acordo com o artigo 1.653, será nulo “se não for feito por escritura pública”.

Por determinação do art. 1.640 do Código Civil, no silêncio das partes, ou, se a convenção for nula ou ineficaz “vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Ademais, o regime de bens, de acordo com o artigo 1.639, § 1º do Código Civil, começa a vigorar na data das núpcias.

2.1 Princípios básicos do regime de bens

Com o casamento, os cônjuges assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros responsáveis pelos encargos familiares. Esta responsabilidade não se limita ao matrimônio, mas também à união estável, que é uma legítima variação constitucional de formação familiar, que também merece proteção jurídica. Para Madaleno (2013, p. 700):

a existência de algum regime matrimonial de bens é uma consequência inafastável do estabelecimento de um relacionamento afetivo, e está presente em todas as legislações, à exceção do primitivo código soviético de família que proibiu o estabelecimento de regime de bens no casamento, mas regulou normas acerca da assistência recíproca entre os cônjuges e da manutenção dos filhos, o que, na prática, implicava na adoção de um regime único de separação de bens.

As relações econômicas entre os cônjuges, e entre estes e terceiros, no casamento, submetem-se a três princípios básicos: da imutabilidade absoluta à mutabilidade motivada, da variedade de regimes e da livre estipulação.

2.1.1 Da imutabilidade absoluta à mutabilidade motivada

Uma importante inovação trazida pelo Código Civil de 2002 quanto ao regime de bens entre os cônjuges, foi a possibilidade de sua alteração no decorrer do casamento, conforme o artigo 1.639, § 2º.

O referido artigo admite a alteração do regime “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência, das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Este dispositivo legal rompeu com o antigo princípio da imutabilidade. De acordo com Murano Garcia (2006, p. 578):

A ruptura do princípio da imutabilidade é providência de extrema maturidade que poderá ser muito útil. Com efeito, não só porque de uma maneira geral nos casamos jovens e ainda praticamente sem patrimônio ou porque ainda não temos liberdade e intimidade suficiente para discutirmos questões patrimoniais sem trincas no amor incondicional que geralmente nos leva a casar, o fato é que não discutimos este importante aspecto da relação matrimonial.

A tradição do direito brasileiro foi a da irrevogabilidade e inalterabilidade do regime escolhido. A autonomia da vontade estava restrita apenas à escolha do regime em momento anterior ao matrimônio por meio do pacto antenupcial e não havia possibilidade de modificá-lo posteriormente, já no curso da sociedade conjugal. Nas palavras de Lobo (2014, p. 290):

a opção do legislador foi correta, a nosso ver, ainda que respeitáveis vozes alertem para os riscos, tanto em face do cônjuge desinformado quanto em relação a terceiros. No balanço de vantagens e desvantagens é melhor que a lei confie na autonomia e liberdade das pessoas, as quais, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o que é melhor para o regime de bens. Por outro lado, a lei está mais contemporânea com a realidade social atual, da emancipação feminina e sua inserção na vida econômica, máxime no mercado de trabalho, além do fato de a mulher, a principal destinatária da rígida tutela legal anterior, não se encontrar mais submetida ao chefe de família, cujo último resquício desapareceu com o princípio da igualdade jurídica integral entre os cônjuges, assegurado pelo art.226 da Constituição.

O Código Civil inovou, substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pela mutabilidade motivada. Porém, a inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais. Desta forma, conforme Gonçalves (2013, p.444), não é tão simples conseguir a modificação de um regime para outro, devido aos requisitos legais a serem preenchidos.

O Código Civil de 1916 estabelecia a inalterabilidade do regime de bens entre os cônjuges, que deveria perdurar enquanto subsistisse o casamento. Antes da celebração, os nubentes poderiam alterar o pacto antenupcial para modificar o regime de bens. Porém, após o casamento ele tornava-se imutável. Mesmo em caso de reconciliação de casais separados judicialmente, o restabelecimento da sociedade conjugal dá-se, até hoje, no mesmo regime de bens em que havia esta sido estabelecida. Se o casal se divorciar, poderá casar-se novamente, sob regime diverso do anterior.

A inalterabilidade do regime de bens se assentava em três razões principais: O contrato de casamento era concebido como um pacto de família; a imutabilidade protegia o cônjuge contra as pressões do outro; terceiro poderia ser lesado pela modificação do regime. (LOBO, 2014, p. 290).

No entendimento de Diniz (2014, p. 185):

louvável foi essa medida legislativa, pois os nubentes poderão, com sua inexperiência, escolher mal o regime e depois, com o tempo e a convivência conjugal, vão percebendo que outro seria mais adequado aos seus interesses. Todavia, poderá a mutabilidade do regime acarretar o lidírio de um dos cônjuges pelo outro, que, acreditando nas vantagens por ele apontadas, vem a ser, posteriormente, surpreendido com um pedido de separação judicial e de meação de bens que outrora inexistia.

Para que o regime de bens no casamento possa ser modificado, desde que não seja o obrigatório imposto no artigo 1.641, são necessários quatro requisitos, a saber: pedido formulado por ambos os cônjuges; autorização judicial; razões relevantes; e ressalva dos direitos de terceiros.

A alteração não se aplica apenas aos casamentos celebrados a partir da vigência do Código Civil/02, mas também aos casamentos realizados anteriormente.

Há inclusive manifestação jurisprudencial neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO ANTERIOR CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. A alteração do regime de bens está autorizada pelo o art. 1.639, § 2º, do atual CCB. 2. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, inexistindo obstáculo nos casos de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. 3. Inteligência do artigo 2.039 do CCB e do Enunciado nº 260 da I JORNADA DE DIREITO CIVIL, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap.70012446126, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 2005)

A modificação do regime de bens não é admitida na hipótese de casamento submetido a regime obrigatório de separação de bens, imposto pelo artigo 1.641 do Código Civil. Porém, vigora o posicionamento de que a mutabilidade do regime de bens é viável desde que cessada a causa impositiva do regime de separação obrigatória.

No entanto, existe a hipótese em que o motivo da separação obrigatória nunca cessa, como é o caso dos casamentos em que é imposto o regime de separação obrigatória devido à idade avançada. Resta saber se neste caso é possível a modificação do regime de bens.

Atualmente, o posicionamento majoritário é no sentido de autorizar a mudança do regime de bens, mesmo aos que casam pelo regime da separação obrigatória, desde que cumpridos os requisitos para a propositura da ação.

Transcreve-se a seguir a ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida em agosto de 2007, Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel, que demonstrou uma mudança no entendimento, no qual sustentou a possibilidade de alteração do regime de bens no caso de maiores de sessenta anos.

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. INC. II DO ART. 1.641 DO CC/02. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL, NOS MOLDES DO PARÁGRAFO 3º DO ART. 515 DO CPC. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS DOCASAMENTO. POSSIBILIDADE E CONVENIÊNCIA. A alteração do regime de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o § 2º do art. 1.639 do CCB e as razões postas pelas partes evidenciam a conveniência para eles, constituindo o pedido motivado de que trata a lei. Assim, não é juridicamente impossível o pedido dos apelantes - conforme entendimento exposto na sentença - tendo eles o direito de postularem em juízo a troca do regime da separação obrigatória de bens para os que possuem mais de 60 anos no momento do casamento, ainda que um deles conte com mais de sessenta anos, em face do caráter genérico da norma (inc. II do art. 1641 do CC), que merece ser relevada, no caso, diante da manifestação positiva das partes interessadas e atento ao princípio da

isonomia. (SEGREDO DE JUSTIÇA) RECURSO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70019358050, Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel, 2007)

A modificação do regime de bens estará sujeita às regras comuns ao pacto antenupcial.

A alteração do regime matrimonial em muito equivale ao pacto antenupcial, com a diferença de que a alteração é feita já no curso do matrimônio enquanto o pacto é celebrado antes do início da relação matrimonial.

A sentença que decretar a alteração do regime terá eficácia de pacto antenupcial e deverá seguir todas as formalidades do pacto, inclusive registro para eficácia contra terceiros.

2.1.2 Variedade de regimes

A lei coloca à disposição dos nubentes quatro modelos de regimes: o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da participação final nos aquestos e o da separação. Conforme prevê o artigo 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002).

Podem os contraentes adotar um dos quatro regimes, ou combiná-los entre si, criando um regime misto, desde que as estipulações não sejam incompatíveis com os princípios de ordem pública que caracterizam o direito de família, conforme o artigo 1.655 do Código Civil. Podem as partes adotar o regime mencionando-o pela rubrica constante do Código, pelos artigos de lei que o disciplinam, bem como pelos preceitos que o regem. GONÇALVES (2013, p. 449).

2.1.2.1 Comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não realizarem o pacto antenupcial, ou, se o fizerem, este for nulo ou ineficaz. De acordo com Dias (2013, p. 245), “comunicam-se apenas o patrimônio amealhado durante o período de convívio, presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do par”.

A partir da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), o Direito brasileiro optou pelo regime de comunhão parcial, que se caracteriza pela convivência de bens

particulares e bens comuns, classificados em função da data do casamento. LÔBO (2014, p. 309).

Este regime, conforme Gonçalves (2013, p.472):

caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e a comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher, e os comuns.

Os bens de cada um dos cônjuges, anteriores ao casamento, não se fundem. Depois das núpcias, a regra é a comunicação do patrimônio incorporado na constância do casamento. O artigo 1.660 do Código Civil explicita os bens que se comunicam:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III- os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, 2002).

Conforme o disposto no art. 1.661 do Código Civil, “são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”. Os bens incomunicáveis ou particulares de cada cônjuge, não são somente os que cada um possuía por ocasião do casamento, mas também os dispostos no artigo 1.659 do Código Civil. Desta forma:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I- os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II- os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III- as obrigações anteriores ao casamento;
- IV- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII- as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. (BRASIL, 2002).

2.1.2.2 Comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal constituiu, desde as Ordenações Filipinas, o regime legal ou comum, pois raras eram as opções na época do Código Civil de 1916.

Este regime está disposto no artigo 1.667 do Código Civil e caracteriza-se pela quase total comunhão dos bens adquiridos antes ou após o casamento. O casamento torna comuns os bens particulares de cada cônjuge.

Este regime deve ser estipulado em pacto antenupcial, uma vez que se trata de regime convencional. De acordo com Gonçalves (2013, p. 482):

regime da comunhão parcial é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial.

Porém mesmo que a regra seja a comunhão, a lei elenca algumas exceções, como as que estão dispostas no artigo 1.668 do Código Civil.

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III- as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V-os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2002).

Com a dissolução do vínculo, solve-se a comunhão de bens e conseqüentemente cessa a responsabilidade de cada um para com os credores do outro. Assim, a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro persiste somente com relação às dívidas contraídas durante a convivência conjugal. Conforme o texto do artigo 1.671 do Código Civil: “Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro”.

2.1.2.3 Regime de participação final nos aquestos

Dispõe o artigo 1.672 do Código Civil:

No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (BRASIL, 2002).

Este regime, conforme Gonçalves (2013, p.490):

trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

É um regime ideal para as pessoas que exercem atividades empresárias, pela liberdade conferida aos cônjuges de administrar livremente o seu patrimônio, sem afastar a participação nos aquestos no momento da dissolução da sociedade conjugal. Aliás, em caso de separação judicial ou divórcio “verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”. (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Lôbo (2014, p. 325):

e um regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, dotado de certa complexidade, por agregar elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo. De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, da mesma forma que as dívidas que cada um contrai, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial.

Embora tenha a vantagem de permitir independência patrimonial a cada cônjuge, este regime tem a desvantagem de oferecer um regramento exaustivo. No entendimento de Dias (2013, p. 251) ele

traz normas de difícil entendimento, gerando insegurança e muitas incertezas. Além disso, é também de execução complicada, sendo necessária a manutenção de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução.

Conforme o artigo 1.684 do Código Civil, se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, admite-se a reposição em dinheiro, calculando-se o valor de alguns ou de todos.

Dispõe ainda o art. 1.674 do Código Civil, que “sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal”, excluem-se da soma dos patrimônios próprios: “I- os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II- os que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e III- as dívidas relativas a esses bens”.(BRASIL, 2002).

O cônjuge prejudicado, ou seus herdeiros, poderá reivindicar, finda a sociedade conjugal, os aquestos doados ou por outra forma alienados sem sua autorização, ou optar pela compensação por outro bem ou pelo pagamento do seu valor em dinheiro. (BRASIL, 2002).

Em relação aos bens adquiridos pelo esforço comum, “terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido”. (BRASIL, 2002).

A morte de um dos cônjuges não altera o critério de participação nos aquestos. Apurado o monte partível e o patrimônio próprio de cada um, ao sobrevivente tocará a respectiva meação e aos herdeiros do falecido, a outra. Conforme dispõe a lei:

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código. (BRASIL, 2002).

2.1.2.4 Regime da separação de bens

A separação absoluta é o mais simples dos regimes matrimoniais de bens. Ele está disposto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil.

Neste regime, os cônjuges unem suas vidas, mas o casamento não repercute na esfera patrimonial, podendo cada um livremente alienar e gravar de ônus real os seus bens. De acordo com Gonçalves (2013, p.494):

no regime da separação convencional, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens,

podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis.

Para que a separação seja absoluta, é imprescindível a expressa estipulação em pacto antenupcial. Vale ressaltar que existe também o regime de separação que é imposto aos cônjuges, como nos casos previstos no artigo 1.641 do Código Civil. Neste caso, não há necessidade do pacto antenupcial.

A administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge proprietário, mas o pacto antenupcial pode estipular que seja em conjunto ou conferida ao outro.

Por questões de ética, admite-se a ocorrência da sociedade de fato entre os cônjuges, quando houver a aquisição de algum bem com recurso financeiro de ambos, mesmo que a titularidade tenha recaído sobre um deles. Porém, cabe ao outro cônjuge provar que o bem foi adquirido com o esforço de ambos. LÔBO (2014, p. 323).

O Superior Tribunal Federal (STF) instituiu a Súmula 377 que explicita que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Esta súmula visa a evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges.

No regime de separação absoluta, cada cônjuge responde pelas dívidas que contraiu. Nula será a penhora que recaia sobre bens particulares do outro cônjuge, não se podendo argumentar com eventual proveito, porque nesse regime não há qualquer comunhão de aquestos.

A separação patrimonial não alcança a manutenção da família, que deve ser suportada por ambos os cônjuges. De acordo com o texto do artigo 1.688 do Código Civil ambos “são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens”. Eles podem estabelecer no pacto antenupcial, a quota de participação de cada um ou sua dispensa do encargo e até fixar normas a respeito da administração dos bens. GONÇALVES (2013, p. 495).

As dívidas contraídas por um dos cônjuges para serem utilizadas nas despesas familiares devem ser suportadas por ambos. O artigo 1.644 do Código Civil estabelece que, para qualquer regime de bens, as dívidas contraídas para aquisição das coisas necessárias à economia doméstica obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

2.1.3 Livre estipulação

De acordo com o artigo 1.639 do Código Civil “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. (BRASIL, 2002). Este dispositivo enuncia o princípio da liberdade de escolher os nubentes o que lhes aprouver em relação aos seus bens.

Conforme o parágrafo único do art. 1.640, os nubentes poderão “no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes.” (BRASIL, 2002). Assim, podem os nubentes adotar um dos regimes já mencionados, combiná-los entre si, criando um regime misto, bem como eleger um novo.

Porém, a lei fixa o regime de bens para as pessoas que se enquadrem nas situações previstas no art. 1.641, tornando-o obrigatório para aqueles que casarem sem a observância das causas suspensivas; para os maiores de setenta anos; e para todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar. (BRASIL, 2002). Desta forma, a livre estipulação não é absoluta.

A escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial. Se este não for feito, ou for nulo ou ineficaz, de acordo com o art. 1.640 “vigorará quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (BRASIL, 2002)

O pacto antenupcial é facultativo. Somente será necessário se os nubentes quiserem adotar regime diverso do legal. Na falta do pacto antenupcial, presume que os nubentes aceitaram o regime da comunhão parcial.

3. OS FUNDAMENTOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

As pessoas quando decidem pelo casamento, podem, em regra, optar por qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Se não firmarem pacto antenupcial, vigorará o regime da comunhão parcial.

Porém, existem hipóteses em que a vontade dos noivos não é levada em consideração. Tais hipóteses, em que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento estão especificadas no artigo 1.641 do Código Civil. Dispõe o tal artigo:

Art. 1.641. É obrigatório o regime de 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.(BRASIL, 2002)

No regime da separação obrigatória ou regime legal, como também é conhecido, por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Vale lembrar, que o objeto de estudo deste trabalho é apenas o inciso II, ou seja, a obrigatoriedade para os nubentes maiores de setenta anos. Para Lôbo (2014, p.294), “o regime obrigatório de bens é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses legais, escolhe entre casar ou não casar; se prefere casar, deverá suportar o ônus do regime obrigatório de bens”

No entendimento de Dias (2013, p. 256):

trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.

Conforme o artigo 977 do Código Civil, os cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros. E ainda, não se faz necessário o consentimento do cônjuge para a venda de bens de ascendentes a descendentes. (BRASIL, 2002).

Nesta modalidade de regime de bens, não só os bens particulares, ou seja, os bens que cada um possuía antes do casamento, não se comunicam. Também os

aquestos, os bens futuros, os que forem adquiridos durante a vida não se sujeitam a comunicabilidade.

Por outro lado, não há impedimento legal para que o cônjuge casado com mais de 70 anos, sob o regime de separação obrigatória, faça doação de bens ao outro, desde que observada a legítima, em virtude do princípio da livre disposição de bens.

Em alguns casos, a imposição é feita por ter havido contravenção à dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas, que poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como os menores de 16 (dezesesseis) anos, os maiores de 70 (setenta) anos e a todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

3.1 A Terceira Idade e o regime da separação obrigatória de bens

A Constituição Federal busca realçar os interesses do idoso fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana. O Estado tem a missão de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um de seus membros (CF, art. 226, § 8º) e de garantir a participação do idoso na comunidade, em defesa de sua dignidade e seu bem-estar.

Partindo do respeito à dignidade do idoso, principalmente buscando assegurar o seu espaço nas relações familiares e sua participação nas atividades sociais, deve haver uma conciliação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

A restrição aos maiores de 70 anos é eminentemente de caráter protetivo, pois objetiva obstar a realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. Na época em que foi editada tal restrição, a expectativa de vida era menor. O acesso à informação era mais restrito, e as pessoas de determinada idade eram consideradas senis e se tornariam mais vulneráveis ao casamento por interesse, o popularmente conhecido “golpe do baú”. As pessoas poderiam correr o risco de perderem todo o patrimônio construído no decorrer de uma vida. O idoso, em tese, nesta fase da vida, possui estabilidade financeira, bens adquiridos, laborou uma vida inteira, e isso poderia atrair pessoas interessadas em gozar desta “estabilidade”. Conforme Rizzardo (2004, p.665):

visa a lei prevenir situações de casamentos de pessoas com excessiva diferença de idade, quando a mais nova nada mais procura que servir-se do casamento para seguir vantagem econômica, ou seja, participar do patrimônio do cônjuge mais idoso.

Ocorre que após uma vida inteira de trabalho e esforço, é de certa forma injusto não permitir que o idoso disponha de seu patrimônio da maneira que desejar. Essa ideia cerceia a liberdade do idoso de administrar seus bens da maneira que achar melhor.

Esta restrição da lei é um tanto polêmica e provoca algumas discussões. Nas palavras de Lôbo (2014, p. 295):

A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o existencial, e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material.

Tal norma se mostra ineficaz na proteção ao patrimônio do idoso, pois a pessoa que se casaria com o idoso, se tivesse interesse puramente financeiro, iria optar pelo instituto da união estável, que possui a livre escolha de qualquer regime de bens. Poderia também sugerir a transferência de bens através da doação e testamento, pois nestes casos não há nenhuma proibição quanto à idade para a prática de tais atos. É vale ressaltar que casamento por interesse pode ocorrer em qualquer idade.

A regra da imposição em relação à idade já estava prevista no Código Civil de 1916 que impunha o regime de separação ao homem com mais de 60 (sessenta) anos, e à mulher com mais de 50 (cinquenta) anos. Já o Código Civil de 2002, atualmente, estabelece a idade de 70 (setenta) anos para todas as pessoas, bastando que apenas um dos cônjuges supere essa idade na data da celebração do casamento, para enquadrar-se no cerceamento da escolha do regime.

Ao igualar a idade entre os sexos, o código buscou acabar com o preconceito entre os sexos, porém, ao manter a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os nubentes idosos, permaneceu com o preconceito em relação à idade.

A Lei nº 12.344/2010 alterou o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil aumentando de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Ainda assim, tal restrição é criticada.

Não se justificam limitações da capacidade de agir das pessoas, unicamente por sua idade, fazendo presumir que aos setenta anos elas passam a ser incapazes. Nas Palavras de Cunha Pereira (2005, p.144):

significa uma semi-interdição à capacidade do sujeito e afronta o princípio da autonomia. É indigno atribuir esta incapacidade a alguém apenas por ter completado 60 anos de idade. Tal concepção é ainda um resquício da ordem jurídica patrimonializada ainda que passasse por cima da dignidade da pessoa. Embora o princípio da igualdade tenha encontrado uma resposta no texto infra-constitucional, para a desigualdade entre homens e mulheres com 60 e 50 anos de idade, não houve a solução integral do problema. É que a igualdade depara-se com outros princípios que são também norteadores do Direito de Família como o da autonomia e o da dignidade da pessoa humana.

Essa previsão representa ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Aos dezoito anos completos uma pessoa física se torna agente capaz, e apenas mediante e a observância de um processo de interdição essa capacidade pode ser afastada, sendo que no decorrer do processo deve ser incorporado aos autos um conjunto probatório, que demonstre a incapacidade para os atos da vida civil. A idade avançada não se enquadra em nenhuma hipótese de incapacidade civil. Assim, o simples fato de ter completado setenta anos não implica incapacidade. No entendimento de Dias (2013, p.257):

para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.

A lei parte do pressuposto que a idade avançada, por si só, diminui a capacidade de discernimento da pessoa, tornando-lhe mais suscetível de ser enganada. Pressupõe que alguém com mais de setenta anos não tem lucidez e que está mais vulnerável de ser iludido pelo seu cônjuge. Existe preconceito em acreditar

que pessoas na terceira idade que estabelecem uma relação amorosa com outras bem mais jovens ou não, estão sendo enganadas. O preconceito está em presumir que pessoas com mais de setenta anos não podem despertar o interesse de alguém, principalmente das pessoas mais jovens. Acreditar que pessoas idosas não podem viver histórias de amor. (CUNHA PEREIRA, 2011).

Importante ressaltar que fragilidade física não implica necessariamente debilidade mental, e que idade avançada por si só não gera incapacidade.

Conforme posicionamento de DINIZ (2014, p.213):

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú”.

O artigo 3º, IV da Constituição, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A norma que impede os maiores de setenta anos de escolherem o seu regime de bens cria, ainda, que indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito. Para Lôbo (2014, p.295):

além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal, que permita o Poder Judiciário averiguar se é caso ou não de interdição do nubente idoso. A idade avançada por si só, não gera incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa.

Esta norma apresenta várias controvérsias, senão vejamos:

O artigo 40, II da Constituição Federal estatui que os servidores da administração pública serão aposentados “compulsoriamente, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”. Ou seja, é um tanto contraditório que o servidor esteja nos quadros da Administração Pública, inclusive em cargo de gestão da coisa pública, até os 70 anos, mas não possa escolher o

regime de bens do seu casamento. Vale lembrar, que até o ano de 2010, a idade para o regime da separação obrigatória era 60 anos.

Vale lembrar que várias pessoas que estão na chamada terceira idade, ocupam cargos importantes no país, tanto no executivo, quanto no legislativo e judiciário. Ou seja, algumas pessoas que tomam decisões importantes para o país, não podem decidir quanto ao seu regime de bens. Várias pessoas, inclusive famosos, artistas, escritores, cantores, políticos que alcançam o auge de sua atividade quando chegaram na faixa de 60, 70 e até 80 anos. Pessoas que ocupam cargos de alta relevância, não apenas no serviço público, mas também no privado, grandes empresários, economistas, executivos, tomam decisões importantes, administram grandes corporações, mas não podem tomar decisões em relação ao seu patrimônio. É um tanto contraditório. Ressaltando que a incapacidade não resulta apenas da idade avançada, e sim de muitos outros fatores físicos ou psíquicos.

O perfil das pessoas que hoje tem 70 anos é diferente de quando esta restrição passou a existir. As pessoas estão chegando aos setenta anos em plena atividade física e intelectual, e com uma aparência mais jovial do que há anos atrás. Pessoas viúvas, separadas querem refazer suas vidas ou encontrar um companheiro, mas o art. 1.641,II do Código Civil procura dificultar o sonho do casamento. Estas pessoas sofrem constrangimento ao serem impedidas de escolherem o seu regime de bens.

A legislação privilegia o maior de setenta anos que opta pela união estável, permitindo que ele usufrua do regime da separação parcial. No entanto, "pune", aquele que optou pelo casamento. A lei não incentiva o casamento para o idoso.

A restrição também colide com alguns artigos do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), que condena qualquer tipo de tratamento discriminatório dirigido ao idoso em razão da idade. Assim, a limitação da escolha do regime de bens em razão da idade se constitui muito mais uma sanção do que uma preocupação.

3.2 A aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao regime da separação obrigatória de bens

No regime de separação obrigatória de bens, em caso de divórcio, deve ser levada em consideração, a regra da Súmula 377 do STF, que possui o seguinte teor:

“No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Assim, a referida Súmula abre a possibilidade para que os bens adquiridos durante a união possam ser divididos pelos cônjuges em caso de divórcio. Segundo Madaleno (2014, p. 734):

a Súmula n. 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era o de desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação moral e espiritual e para o crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar.

O enunciado desta Súmula tem o escopo de evitar o enriquecimento ilícito de determinadas pessoas que se utilizavam do regime patrimonial para não dividir os bens com o outro cônjuge que também era responsável pelo enriquecimento do casal.

A Súmula 377 do STF foi criada quando o Código Civil de 1916 ainda estava em vigor, e continua sendo aplicada.

Em seus efeitos práticos, a Súmula converte o regime legal de separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento. A separação patrimonial fica adstrita aos bens adquiridos antes do casamento. A presunção de comunhão da Súmula é absoluta, não se admitindo discussão sobre terem sido adquiridos os bens com a participação efetiva ou não de ambos os cônjuges, apenas possível caso se tratasse de sociedade de fato. Portanto, a separação absoluta apenas ocorre quando o regime for convencionado em pacto antenupcial, alcançando os aquestos.

Importante esclarecer que de acordo com o entendimento jurisprudencial, a simples convivência leva à presunção de que houve esforço comum. Assim, não precisa haver necessariamente trabalho remunerado, basta que os cônjuges se mantenham juntos e unam esforços para adquirirem bens, mesmo que a colaboração do cônjuge seja no âmbito doméstico, por exemplo.

Conforme Dias (2013, p. 260):

considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura

a meação sobre o patrimônio construído durante o período de convívio, de modo a evitar a ocorrência de enriquecimento injustificado.

Assim, nos regimes de bens em que ocorre a separação obrigatória de bens, como os explicitados no artigo 1.641 do Código Civil, a referida Súmula ajudou a abrandar a imposição do tal artigo.

Este posicionamento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Transcreve-se a seguir a ementa de casos em que o regime de bens era o da separação obrigatória, mas que a decisão considerou a aplicação da Súmula 377 do STF.

A Apelação Cível 70007503766 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em dezembro de 2003, Relatora Maria Berenice Dias, utiliza a súmula 377 com o argumento de evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes.

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap.70007503766, Relator: Des. Maria Berenice Dias,2003)

A Apelação Cível 70056955396 julgada em fevereiro de 2014, Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, utilizou a súmula 377 para argumentar o esforço comum na aquisição dos bens, ainda que o regime escolhido fosse o da separação obrigatória.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. INCLUSÃO NA PARTILHA DE BEM IMÓVEL. MANUTENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. 1) No caso, o matrimônio foi celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens, incidindo o disposto na Súmula nº 377 do STF, integrando o acervo patrimonial os bens adquiridos onerosamente na constância da relação, resultado do emprego de esforço em comum. Constitui bem comum o imóvel logo depois da separação fática com o emprego de recursos acumulados ao longo da vida conjugal, que perdurou 38 anos. Manutenção da partilha determinada na origem. 2) A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70056955396, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, 2014)

3.3 A nova terceira idade

O cenário demográfico brasileiro tem passado por modificações nos últimos anos, principalmente devido ao aumento da expectativa de vida e à baixa taxa de fecundidade. Os avanços da medicina, a melhoria na qualidade de vida e a maior oferta de tratamentos estéticos, são alguns fatores que colaboram com o envelhecimento populacional, que não é apenas uma realidade no Brasil, mas no mundo inteiro.

Com o aumento do número de idosos, a terceira idade tende a representar cada vez mais uma maior parcela populacional. No Brasil, o ritmo de crescimento da população idosa tem sido sistemático e consistente. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), em 1940 as pessoas com mais de 65 anos representavam 2,4% da população. A projeção é que em 2020 a população com mais de 60 anos chegue a 15% e que a expectativa de vida do brasileiro alcance 70,3 anos. Segundo este órgão, a população com essa faixa deve passar de 14,9 milhões em 2013, para 58,4 milhões em 2060.

A crescente longevidade apresenta desafios, principalmente na questão previdenciária, sendo que também traz transformações na sociedade e na família. Assim, surgem políticas públicas destinadas a estas pessoas.

A Lei n. 10.741/03 que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, é um conjunto de normas que estabelece direitos para a terceira idade. Este Estatuto tem por objetivo proteger a pessoa idosa, como prevê o seu art. 8º, “o envelhecimento é um direito personalíssimo, e a sua proteção um direito social”.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 1º, marca em 60 anos a entrada oficial na terceira idade. Ele prevê a gratuidade no transporte público urbano, prioridade na tramitação de processos e ações judiciais e descontos em atividades culturais, entre outras vantagens.

A chamada terceira idade, hoje, se traduz numa nova concepção de envelhecimento. As pessoas estão envelhecendo cada vez mais tarde, com melhor qualidade de vida e melhor aparência, uma vez que vivemos numa sociedade que cultua a imagem e a beleza. Esta-se cada vez mais distante aquela ideia que se tinha de pessoas com mais de setenta anos, que era associada à invalidez e à improdutividade.

Com todos estes fatores, está havendo também uma modificação no perfil das pessoas pertencentes à chamada terceira idade, que se mostram cada vez mais saudáveis e ativas. Esta fase deixou de ser uma etapa de repouso, em que as pessoas ficavam em casa assistindo televisão, reclusas, com pouca ou nenhuma vida social.

Atualmente, muitos idosos continuam trabalhando após a aposentadoria, tendo uma participação importante na economia do país, uma vez que muitos continuam sendo responsáveis pelo sustento de suas famílias. E os que não têm mais obrigações com trabalho e com família, se dedicam a outras atividades, como viagens, esportes e lazer, sendo que alguns até voltam a estudar e fazer cursos. Aliás, muitas instituições de ensino oferecem cursos com descontos consideráveis para a terceira idade.

Com uma vida social mais movimentada, estão crescendo também as relações afetivas na terceira idade. Muitos casam pela primeira vez, e outros, viúvos ou divorciados, voltam a refazer sua vida afetiva.

De acordo com o IBGE, casais da terceira idade estão cada vez mais oficializando a união. Em 2010, mais de 8,3 mil pessoas acima dos 61 anos se casaram, e em 2011, em torno de 9.046 pessoas oficializaram a união. (IBGE,2010).

Assim, a terceira idade passa a ser uma etapa apropriada para vivenciar novas situações, novos horizontes e também novos relacionamentos.

3.4 Críticas ao regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos: Uma análise pautada nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana

A imposição do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes com mais de setenta anos possui como fundamento a proteção à pessoa idosa contra casamentos pautados em interesse financeiro e também à proteção dos herdeiros.

Porém, há várias discussões na doutrina e na jurisprudência brasileira, principalmente em relação à sua inconstitucionalidade.

A Constituição Federal exara garantias que têm o escopo de assegurar direitos aos cidadãos. O estudo das legislações deve ter como base os princípios constitucionais, que servem para estruturar o Estado Democrático de Direito.

O artigo 1º prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento. Em seu artigo 5º, estabelece como direitos fundamentais a igualdade e a liberdade. Assim, é proclamado que a referida restrição é incompatível com os princípios anteriormente citados.

Para Gonçalves (2013, p.468) a imposição do regime de separação legal, nos casos de nubentes maiores de setenta anos, é de duvidosa constitucionalidade, por ofender o princípio constitucional da dignidade humana.

Dispõe a Constituição Federal, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade humana, proibindo qualquer forma de discriminação em razão do sexo, da cor ou da idade. Assim, a idade não pode constituir-se em fato de restrição aos fundamentos do Estado de Direito. Ocorre que a tal restrição atenta contra a dignidade, limitando sua liberdade individual, tratando os idosos como incapazes.

O preconceito em razão da idade representa um desrespeito para com o valor supremo da dignidade humana. O idoso precisa ter assegurado o seu espaço público e privado, e ter eliminado todas as formas de preconceito. O Estatuto do Idoso, em seu artigo 10, dispõe que “é obrigação do estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. Para Madaleno (2013, p. 67):

causa o Estado Democrático de Direito dano irreparável à cidadania do idoso ao constrangê-lo com a restrição de seus direitos; ao monitorar e desconsiderar a sua vontade na suposição de sua proteção, e acreditar estar defendendo o seu patrimônio, sem perceber que fere de morte o mais precioso atributo humano depois da vida, representado pelo respeito constitucional á dignidade da pessoa humana, sem limite em razão da idade.

Ao retirar da pessoa o poder de dispor de seu patrimônio no regime de bens, ofende-se o princípio da dignidade humana, pois desconsidera o seu poder de autodeterminação. Também constitui uma intromissão estatal indevida, em relação à intimidade e autonomia do indivíduo. Nas palavras de Lôbo (2014, p. 294):

Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus.

Esta postura vem sendo adotada pela jurisprudência. Este posicionamento teve origem no julgado em que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso emitiu voto quando ocupava o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Para maiores esclarecimentos, transcreve-se a ementa do acórdão.

CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória– Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez –Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único (atual art. 1641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva ('substantive dueprocessoflaw'), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC). (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Ap. 007.512-4/2-00, Relator: Des. Cezar Peluso, 1998).

Posteriormente outras manifestações jurisprudenciais reconheceram a violação aos princípios constitucionais, como por exemplo o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em decisão proferida em março de 2014, Relator Desembargador José Antonino Baía Borges.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Arg. Inconstitucionalidade nº 1.072.09649733-5/002- Relator: Des. José Antonino Baía Borges, 2014).

Este dispositivo visualiza o casamento sob uma perspectiva exclusivamente patrimonial, sem considerar o afeto. Demonstra a postura essencialmente patrimonialista do Código Civil, incompatível com o significado da dignidade da pessoa humana.

Esta restrição transforma o idoso em um cidadão incapaz de decidir sobre o seu patrimônio. No entanto, ele não está impedido de promover doações ao seu cônjuge. No entendimento de Dias (2004, p.5):

a limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio de processo judicial de interdição, que dispõe o rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC).

A norma restritiva também colide com os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, uma vez que cria uma discriminação fundada na idade dos nubentes, cerceando-lhes a liberdade de escolha do regime de bens do seu casamento. Nas palavras de Vasconcellos (2010, p.9):

no caso da imposição para os maiores de sessenta anos de idade, há ofensa ao princípio da igualdade, já que o idoso é uma pessoa como qualquer outra, um sujeito de direitos e deveres, como qualquer cidadão normal. Sua simples condição de atingir um determinado limite de idade não é motivo suficiente para que alguns direitos lhes sejam retirados, como no caso da escolha do regime de bens.

Toda pessoa tem o direito de escolher a forma de constituir a sua família, uma vez que a atual Constituição consagra diversas espécies de entidades familiares. Assim, se a pessoa opta pelo casamento, este deve refletir a vontade das partes.

Neste caso, a disposição da lei, ao invés de beneficiar, pode prejudicar a pessoa a que visa proteger. Conforme Rodrigues (2008, p. 144):

tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime de comunhão, se assim lhes aprouver.

Afirma ainda: “Neste caso, mais do que nos outros, é nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa jovem procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte” (RODRIGUES, 2008, p.144).

Esta norma também infringe o princípio da isonomia constitucional, pois a restrição existe apenas para o casamento, não existe na união estável. Ou seja, quem optar pelo casamento é “punido”. Vale ressaltar que tanto o casamento quanto a união estável são formas legítimas de constituição familiar. De qualquer forma, os

princípios constitucionais devem resguardar todos os valores existenciais e não apenas os do casamento. Devem ser assegurados os direitos não apenas das pessoas casadas, mas também das que vivem em união estável. Nas palavras de Dias (2004, p. 16):

não se trata somente de injustificável restrição que infringe o princípio constitucional da liberdade. Igualmente há desrespeito ao princípio da igualdade ao se conceder tratamento desigualitário entre o casamento e a união estável.

Conforme Madaleno (2013, p. 735)

toda essa restrição imposta pelo art. 1.641 do Código Civil à autonomia privada no ato de casar não tem nenhuma ingerência com relação à união estável, cujo instituto não foi afetado por este capricho da lei, bastando qualquer um dos nubentes potencialmente atingidos pela disposição legal punitiva do art. 1.523 do Código Civil imigrar para a relação de companheirismo e assim ficam blindados da *interdição* legal.

No entendimento de Vasconcellos (2010, p.3):

a Constituição Federal prevê os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. A necessidade de adotar esse regime viola todos os princípios citados e faz do Estado não um protetor dos direitos da pessoa e sim um interventor nos interesses privados.

Em virtude de todos esses argumentos, essa discussão ganhou espaço no Congresso Nacional. Alguns projetos de lei foram apresentados com o objetivo de corrigir a inconstitucionalidade.

O projeto de lei 209/2006 (BRASIL, 2006) de autoria do Senador José Maranhão que tramita no Senado Federal postula a revogação do artigo 1.641, II, do Código Civil por estar em desarmonia com os princípios constitucionais. Este projeto não altera a idade, mas sim revoga a disposição que prevê o regime obrigatório para os maiores de setenta anos. Ele tem como relator o Senador Marco Maciel, cujo voto é favorável a aprovação. Conforme Maciel: “fixar um momento inicial da velhice aos sessenta anos é forma de discriminação passível de ser inquinada de inconstitucional”. Ele ainda argumenta: “hoje, homens e mulheres maiores de sessenta anos orientam a economia e decidem os destinos da sociedade. Não é

aceitável que tenham tanta responsabilidade e sejam impedidos de escolher o próprio regime”.

Há também o Projeto de lei 2.285/2007 (BRASIL, 2007) conhecido como “Estatuto das Famílias”, de iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com o apoio do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), que busca suprimir o regime de separação obrigatória de bens em razão da idade, devido a conter “caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges.”

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03 em seu artigo 2º prevê que: “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, (...)”, e em seu artigo 4º, afirma: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão (...)”

Diante de todos estes argumentos e de tudo o que foi exposto neste estudo, não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de setenta anos.

Este regime retira a possibilidade da livre disposição de bens, além de ser uma regra discriminatória.

Conclui-se que o artigo 1.641, II, do Código Civil afronta os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, lembrando que estes princípios são os principais norteadores do Direito de Família.

Com a evolução do Direito e sua interpretação constitucional, esta maneira de regular o patrimônio deve ser revogada, deixando os cônjuges livres para escolherem o regime de bens de seu casamento.

CONCLUSÃO

O Código Civil dispõe no seu artigo 1.641,II que o regime de bens para os maiores de setenta anos é o da separação obrigatória. Este dispositivo tem o objetivo de proteger o septuagenário de casamentos pautados em interesse financeiro, o chamado “golpe do baú.”

No decorrer deste trabalho, foi demonstrado que tal restrição se mostra atentatória aos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Esta regra parece proteger muito mais o herdeiro do que a pessoa a quem a norma deveria proteger. Ela despreza a autonomia do indivíduo de dispor de seu patrimônio. Ela parte do princípio que a pessoa ao chegar aos setenta anos não tem capacidade para escolher o regime de bens do seu casamento.

Este assunto também provoca reflexão em relação aos limites da intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos.

O referido dispositivo não considera a nova realidade social das pessoas que pertencem à chamada terceira idade. Estas pessoas hoje são mais ativas e possuem uma vida social mais intensa. Conseqüentemente, são cada vez mais comuns os relacionamentos amorosos nesta fase da vida, inclusive os casamentos.

Assim, estando o idoso em plena atividade intelectual e com total lucidez, nada mais justo do que do que conferir a ele o direito de escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver.

Obviamente, se a pessoa não possuir capacidade de discernimento para os atos da vida civil, então que se proceda ao instituto da interdição, devendo provar que não possui tal capacidade, e não simplesmente presumir a incapacidade por conta da idade avançada.

Não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.641,II do Código Civil, pois ele também não reflete a realidade dos idosos.

Diante de tantas discussões na doutrina e na jurisprudência, e da necessidade do Direito de acompanhar as mudanças na sociedade, é importante que o referido dispositivo seja revogado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 ago. 2014

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de lei nº 209/2006**. Revoga o inciso II do art. 1.641 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir às pessoas maiores de sessenta anos a livre decisão sobre o regime de bens no casamento. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=78350> Acesso em: 19 out. 2014

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 2.285/2007** Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>> Acesso em: 15 out. 2014

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 ago. 2014

BRASIL, **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 12 out. 2014

BRASIL, **Lei nº 12.344 de 09 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm> Acesso em: 10 out. 2014

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm> Acesso em: 13 set. 2014

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Arg. Inconstitucionalidade nº 1.072.09649733-5/002. Órgão Especial. Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Julgado em 12/03/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg/inteiro-teor-119528708>> Acesso em: 15 set. 2014

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70012446126, Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil dos Santos. Julgado em: 31 /08/ 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acesso em: 10 set. 2014

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70019358050. 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 15/08/2007. Disponível em:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acesso em: 21 set. 2014

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70007503766. 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Maria Berenice Dias. Julgado em 17/12/2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acesso em: 18 set. 2014

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação do Cível nº 70056955396. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 27/02/2014. Disponível em:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acesso em: 10 set. 2014

BRASIL, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Cezar Peluso. Julgado em 18/08/1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/egov/processos/consulta/default.aspx?f=1>> Acesso em: 10 set. 2014

CRESPO BRAUNER, Maria Cláudia. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Coordenadores: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. P. 255-278.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores para o direito da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Restrições ao direito de amar**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2517837/artigo-restricoes-ao-direito-de-amar-por-rodrigo-da-cunha-pereira>> Acesso em: 15 set. 2014

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar**. Disponível em: <[HTTP://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9994-9993-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9994-9993-1-PB.pdf)> Acesso em: 8 set. 2014

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Novos rumos do direito das famílias**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17__novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf> Acesso em: 22 out. 2014

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família-29 ed. São Paulo: Saraiva 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUAZZELLI ESTROGO, Mônica. O princípio da igualdade aplicado à família. In: **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Coordenadores: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. P. 321-340.

LÔBO, Paulo. Conferência Magna- Princípio da solidariedade familiar. In: **Família e Solidariedade**. Teoria e Prática do Direito de Família. Organizador: Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IBDFAM- Lumen Juris, 2008. P. 1-17.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MURANO GARCIA, Marco Túlio. O pacto da maturidade. Da alteração do regime de bens na constância da sociedade conjugal. In: **Família e Dignidade Humana**. / V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. P. 577-589.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Número de idosos no Brasil vai quadruplicar até 2060, diz IBGE. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_brasil_lgb> Acesso em: 14 set. 2014

PALAZZO RODRIGUES, Lia. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Coordenadores: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. P. 180-210.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002- Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**: volume 6- 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

Síntese de indicadores sociais. Uma análise das condições de vida da população brasileira. 2010.IBGE. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf> Acesso em: 16 set. 2014.

VASCONCELLOS, Nayara Rangel. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens.** Disponível em:
<[HTTP://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2010/trabalhos_12010/nayaravasconcellos.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/1semestre2010/trabalhos_12010/nayaravasconcellos.pdf)> Acesso em: 27 set. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 4. ed. São Paulo: Atlas,2004