

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

EMILLY DANTAS VILAS BÔAS

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE
BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

SOUSA
2014

EMILLY DANTAS VILAS BÔAS

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE
BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.^a Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

EMILLY DANTAS VILAS BÔAS

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE
BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.^a Dra. Maria dos
Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 03/04/2014

Orientador: Prof.^a Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa – UFCG
Professora Orientadora

Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Examinador interno

Prof. José Alves Formiga
Examinador externo

Dedico este trabalho aos meus pais,
Alexandre e Solange, e à minha avó por
todo o amor e dedicação com que sempre
cuidaram de mim.
À vocês, todo o meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aqueles a quem primeiro amei e admirei, meus pais, Alexandre e Solange. Ao meu pai, por sempre ter sido minha fonte de sabedoria e por sempre ter me ensinado a apreciar, seja direta ou indiretamente pela sua própria história de vida, o valor mais precioso, a educação. Obrigada por ter me apresentado o Direito, afinal foi o seu incentivo que me trouxe a esse curso e a este momento. Quero ser uma profissional como você. A minha mãe, por sempre procurar me proteger mesmo distante, por ter sido meu maior apoio ao longo desse período e, especialmente, por sempre ter confiado no meu potencial independente da circunstância. Espero um dia poder retribuir todo esse amor. Vocês dois são meus imortais, estão em mim e eu serei sempre grata por seus ensinamentos.

Agradeço ao meu irmão, Rennan, porque, do seu jeito, sempre esteve ao meu lado e, sendo irmão mais novo, sempre me admirou e acreditou que eu seria capaz de vencer qualquer desafio. Saber disso sempre foi encorajador. Nunca estarei sozinha no mundo, porque sei que tenho você pra sempre.

A minha avó, Dalva, por sempre cuidar de mim desde quando nasci, por sempre me incentivar a ser o melhor que eu puder e que me abrigou tão carinhosamente todo o tempo em que estive nessa jornada.

A minha tia, Sandra, por sempre ter sido uma mãe de coração e por ter me permitido ser a filha que nunca pôde ter. Obrigada por ter sido uma grande amiga, nossas conversas e seus conselhos sempre foram indispensáveis durante toda a minha vida.

Aos meus tios, Cizinho e especialmente a tio Dadinho, por sempre ter cuidado de mim como um pai e sempre ter se preocupado em me oferecer sua sabedoria. Com você também eu sei que nunca me encontrarei desprotegida.

Ao meu pequeno, Everton Macedo. Você foi o meu encontro improvável e também o mais especial. Obrigada por ser meu ponto de apoio, por ser meu melhor amigo e por ter me incentivado, mesmo que sem saber, a buscar ser melhor em tudo que faço. “Lembra, minha luz, foi você quem me deu”.

A menina das coincidências, Naylla, a pessoa que a vida e aquele ano de cursinho me presentearam. Obrigada por estar sempre presente, mesmo distante, por ser a amiga que eu sempre esperei ter, mas, principalmente, por me entender e

ser a pessoa a quem eu sempre posso recorrer em qualquer momento. Quantos “sempre” né? Mas tem mais um... Você é inigualável, Naylla Estrela, e eu sempre me orgulharei desse vínculo único com você.

As amigas mais especiais que eu consegui ao longo desse curso, Bárbara, Efigênia, Vanessa e Pamela Maervelym (o nome dela é tão único que tem que vir composto) por terem sido as melhores companhias que eu jamais tive, vocês facilitaram e coloriram toda essa jornada pra mim. Em especial, agradeço a minha rosinha, Semyramis, uma preciosidade que esse curso me deu, por entender qualquer sinal no olhar e dizer verdades que só você sabe. Além disso, obrigada por ser minha fortaleza ao longo de todo esse curso, a força que você me deu sempre me levou adiante.

Mas o que seria de um trabalho destes sem um mentor? Agradeço, por fim, à facilitadora do meu trabalho, Remédios Barbosa, que ao ministrar suas aulas de Direito de Família inspirou o tema deste trabalho e acabou na função de minha orientadora. Serei sempre grata a toda atenção, comprometimento e cuidado imprescindíveis com este trabalho. Você é um exemplo.

Dedico a todos vocês esse trabalho que consagra o fim de uma das etapas mais queridas da minha vida e o início de outra ainda mais importante.

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

(Immanuel Kant)

RESUMO

O presente trabalho aborda a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens para as pessoas que contraem casamento com idade superior a setenta anos como determina o Código Civil em seu art. 1.641, inciso II. Para tanto, ressalta-se a evolução do Direito de Família quanto ao casamento e aos regimes de bens, bem como os princípios a estes aplicados. Dentre os princípios destaca-se o da livre estipulação que acaba sendo excepcionado pela imposição do mencionado artigo do Código Civil. A referida imposição é justificada pelo legislador por seu caráter protetivo que busca evitar o casamento por interesse patrimonial. No entanto, neste estudo é defendida a inconstitucionalidade dessa norma, tendo em vista que acaba por não ser razoável e, principalmente, por ofender os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, violando também a liberdade e a autonomia da vontade, pressupondo que os indivíduos com idade superior a setenta anos são incapazes de escolher livremente o regime de bens que irá reger seu casamento. Acrescenta-se a estes argumentos o fato de que, frente à atual realidade social e da família, é necessária a interpretação do Código Civil sob a luz da Constituição Federal levando-se em consideração seus valores e direitos fundamentais garantidos a todos, pois são esses os princípios que devem conduzir a realização do Direito Civil. Pretendendo alcançar os objetivos traçados neste trabalho, foram utilizados o método indutivo como método de abordagem, o método histórico-evolutivo, como método de procedimento e como técnica de pesquisa, a teórica, que se dará através da revisão bibliográfica, em que utilizou-se doutrinas, legislação, artigos científicos e jurisprudência como meio de embasar e sustentar a abordagem do objeto deste estudo. Percebeu-se, então, que o Direito de Família deve ser analisado sob a luz da Constituição Federal e os institutos jurídicos devem ser tutelados de maneira a priorizar o indivíduo. Sendo assim, a imposição do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos mostrou-se inconstitucional, posto que privilegia a tutela patrimonial em detrimento da tutela da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, ofendendo ainda o princípio da isonomia e constituindo uma discriminação insustentável.

Palavras-chave: Maiores de setenta anos. Regime de separação de bens. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This paper discusses the constitutionality of the mandatory regime of separation of property for people who contract marriage aged seventy years as the Civil Code provides in its art. 1641, II. To do so, we highlight the evolution of family law regarding marriage and property regimes, as well as the principles applied to these. Among the principles it stands out the free that ends up being exceptioned by the stipulation of the imposition of the article of the Civil Code. The imposition is justified by the legislature for its protective character who seeks to avoid marriage by patrimonial interest. However, this study defend the unconstitutionality of that rule , considering that turns out to be unreasonable and, especially, for offending the constitutional principles of human dignity and legal equality, also violating the freedom and autonomy of the will, assuming individuals older than seventy years are unable to freely choose property regime that will govern their marriage . Added to these arguments the fact that, compared to the current social reality and family , the interpretation of the Civil Code in the light of the Constitution taking into account their values and fundamental rights guaranteed to all, since these are the principles that should lead to realization of civil law. Intending to achieve the objectives outlined in this paper, the inductive method were used as a method of approach, the historical-evolutionary method, was used as a method of procedure and as a research technique, the theoretical method, through the literature review, in which it was used doctrines, legislation, scientific articles and jurisprudence as means to ground and sustaining the approach to the object of this study. Then, it was realized that family law should be analyzed under the light of the Constitution and legal institutions must be protected in order to prioritize the individual. Thus, the imposition of the mandatory regime of separation of property for people with more than seventy years proved to be unconstitutional, because it privileges the patrimonial guardianship at the expense of the protection of human dignity and autonomy of the will, even violating the principle of equality and constituting an intolerable discrimination.

Keywords: Above seventy years. Regime of separation of property. Unconstitutional. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS EVOLUTIVOS RELEVANTES ACERCA DA ESTRUTURA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR E DO CASAMENTO	12
1.2 A ALTERAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO CASAMENTO NO DIREITO PÁTRIO	15
1.2.1 O tratamento conferido pelo Código Civil de 1916 ao matrimônio	15
1.2.2 A Constituição Federal de 1988 e sua visão mais liberal da família	17
1.2.3 As alterações do Código Civil de 2002 para o instituto do casamento e para o Direito de Família	19
1.3 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA CIVIL CONSTITUCIONAL	20
1.4 DO CASAMENTO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E SEUS EFEITOS	23
3 DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES.....	26
3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS REGIMES DE BENS ENTRE CÔNJUGES	26
3.1.1 Princípio da variedade do regime de bens	27
3.1.2 Princípio da livre estipulação.....	27
3.1.3 Princípio da mutabilidade motivada.....	29
3.3 REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.....	31
3.4 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS.....	32
3.5 REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUISTOS.....	34
3.6 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS.....	36
3.6.1 Regime da separação convencional de bens.....	37
3.6.2 Regime da separação obrigatória de bens.....	38
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS	42
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	43
4.1.2 Princípio da igualdade jurídica	45
4.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA CARTA MAGNA.....	47
4.3 O DIREITO DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS PELA PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS	49
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, enquanto norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, estabelece princípios que devem ser observados quando da elaboração de outras normas infraconstitucionais. Nesse sentido, considera-se inconstitucional qualquer norma que venha a ofender os critérios determinados por sua normatização ou que afronte aos princípios fundamentais por ela ditados.

O tema do presente trabalho alude à imposição do regime de separação obrigatória de bens no que se refere às pessoas com idade superior a setenta anos, presente no art. 1.641, inciso II do Código Civil, tendo como base a hipótese da sua inconstitucionalidade fundada principalmente nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, que possivelmente foram deixados de lado pelo legislador ao manter tal norma restritiva de direitos que já não é razoável em face da compreensão da sociedade e da família contemporâneas.

Neste enfoque, se buscará através deste estudo analisar o dispositivo legal do Código Civil que impõe o regime de separação obrigatória de bens às pessoas septuagenárias e defender sua inconstitucionalidade a partir da apreciação de diversos fatores, como a evolução da entidade familiar e do instituto do casamento, dos princípios referentes aos regimes de bens e o confronto entre este dispositivo e os princípios constitucionais, dentre outros argumentos.

Assim, a presente pesquisa terá como objetivo geral discutir a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos, baseando-se, principalmente, nos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além de ressaltar a autonomia da vontade para escolha do regime de bens, analisando os diversos posicionamentos doutrinários a respeito do tema a fim de estabelecer uma abordagem comparativa.

Com o propósito de alcançar os objetivos supramencionados, será utilizado o método indutivo como método de abordagem, tendo em vista, que se analisará o objeto de estudo para assim buscar conclusões gerais ou universais. E como método de procedimento, será adotado o método histórico evolutivo, levando em consideração o estudo da evolução da família e do instituto dos regimes de bens ao longo do tempo. Ainda, terá como técnica de pesquisa, a teórica, que se dará através de revisão bibliográfica como meio de embasar e sustentar a abordagem do

objeto. Assim, será utilizada como bibliografia a pesquisa em livros, em leis, em material bibliográfico encontrado nos meios eletrônicos como a internet dentre outros.

A presente pesquisa será estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a evolução do Direito de Família, no que se refere à família, ao casamento e ao regime de bens, ao longo do tempo nas legislações vigentes à época até os dias atuais. Destaca-se ainda, o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família e o fato de a afetividade ser característica fundamental para a formação da família contemporânea.

O segundo capítulo discorre a respeito dos regimes matrimoniais de bens, sobre a sua conceituação, seus princípios, principalmente o princípio da possibilidade de alteração do regime de bens, e as principais características de cada um dos regimes de bens do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo examina o objeto principal deste estudo, ou seja, aprofunda-se no tema da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos indivíduos maiores de setenta anos, argumentando acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal que a regula.

Ao compreender que é imprescindível que o Direito de Família seja analisado sob a luz da Constituição Federal, o legislador se encontrará diante da superação do sentido patrimonialista que fundou o próprio Código Civil, priorizando o indivíduo e o seu bem-estar como o foco e o objetivo das relações familiares.

Percebe-se, portanto, que a temática abordada é fundamental, posto que o legislador brasileiro permanece omissos, conservando o caráter patrimonialista do Código Civil anterior e o dispositivo do Código Civil analisado neste estudo mostra-se inadequado aos princípios que norteiam a hermenêutica contemporânea, tendo em vista que a incidência dos valores constitucionais no Direito Civil é reflexo da preocupação contemporânea de que a interpretação do Direito Civil seja principalmente voltada para a ascensão da dignidade da pessoa humana.

2 ASPECTOS EVOLUTIVOS RELEVANTES ACERCA DA ESTRUTURA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Inicialmente, se faz necessário o destaque o tratamento conferido ao instituto familiar sob o enfoque do Direito Romano e do Direito Canônico, assim como as transformações do instituto na legislação contemporânea, em consequência da evolução da sociedade.

A família se apresenta como um fenômeno social, sendo tal fenômeno regulado pelo direito que, por sua vez, estabelece regras e princípios com a finalidade de firmar direitos e deveres a todos, sem distinção. Desse modo, o direito manifesta uma função impositiva, uma vez que rege as condutas sociais por meio de normas jurídicas e também uma função protetora, tendo em vista que garante direitos, a exemplo da liberdade.

Por ser o ponto de partida das relações entre as pessoas e a base da sociedade, a família passou por inúmeras modificações ao longo do tempo, de forma que acabaram ocorrendo diversas alterações legislativas no direito pátrio quanto a essas relações familiares.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ENTIDADE FAMILIAR E DO CASAMENTO

A ideia de família surgiu em um período anterior ao surgimento do próprio direito na vida das pessoas, sendo um dos institutos que mais foram alterados ao longo do tempo, construindo-se e consolidando-se a cada geração.

Em Roma, a família seguia o modelo patriarcal. O pai, denominado *pater*, era o responsável pelo lar, sendo ao mesmo tempo chefe político, sacerdote e juiz. Possuía autoridade absoluta e incontestável, exercendo direito de morte e vida sobre os filhos, podendo, inclusive, impor penas a estes, enquanto que a mulher era inteiramente subordinada à autoridade do marido.

A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 31) preleciona:

O *pater* exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*.

Em Roma, o casamento jamais foi indissolúvel, prevendo o divórcio desde os primórdios do Direito Romano. Inicialmente, o divórcio ocorria somente por vontade do marido, sendo estendida essa possibilidade às mulheres com o passar do tempo.

Existiam dois regimes de bens em Roma, que se classificavam em: *in manu*, em que a mulher ao casar ingressava na família do seu marido com seus bens, passando a ser considerada como filha; *sine manu*, a mulher casava, porém continuava a permanecer sob o poder de seu pai e para este seria revertido seu patrimônio no caso de dissolução do casamento. Ainda merece destaque o fato de o casamento romano ser caracterizado pelo *affectio maritalis*, que seria a vontade dos cônjuges de fazer perdurar a sua união.

A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 32) afirma:

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio.

No Direito Canônico, com o Imperador Constantino, criou-se uma concepção mais cristã da família, que, limitou o poder do *pater* e a subordinação dos membros familiares a ele. O casamento adquiriu, por fim, forma de sacramento, sendo Deus o responsável pela união de homem e mulher, porém o matrimônio não possuía qualquer caráter afetivo, conforme vigorava na família romana.

Para o Direito Canônico o casamento era visto como um acordo de vontades, tomando a forma de contrato. A Igreja o tinha como sagrado e, desta forma, os homens não poderiam desfazer aquilo que Deus uniu.

A esse respeito, ressalta-se o que preceitua Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 09):

O direito canônico, ou sob inspiração canônica, que regulou a família até o século XVIII e inspirou as leis civis que se seguiram, não era um direito civil na acepção técnica do termo. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido.

Era a Igreja Católica que regia as relações familiares, sendo o casamento religioso o único conhecido. No entanto, entre a concepção católica e a medieval do casamento havia divergência, pois enquanto que para a igreja católica, o casamento era visto como contrato, acordo de vontades, e, por outro lado, para a sociedade medieval o casamento era um ato que possuía repercussão política e econômica, devendo ser exigido o consenso das partes e das famílias a que pertenciam.

O direito canônico acabou por influenciar o direito brasileiro na medida em que foi parâmetro para conceitos básicos, pois evoluiu ao ponto de elaborar teorias acerca do casamento que foram base para o direito civil brasileiro. É o que enfatiza Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 32):

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade.

Com a proclamação da República, houve a desvinculação do Estado e da Igreja Católica, aparecendo na Carta Magna de 1891 a primeira referência ao casamento, pois em seu art. 72, § 4º foi reconhecido o casamento civil.

O direito de família evoluiu de acordo com a sociedade ao longo do tempo e só recentemente, em consequência das transformações sociais, culturais e históricas, passou a seguir uma direção própria, perdendo as características canonistas e dogmáticas. No entanto, as normas romanas continuaram a ter grande alcance, especialmente no que se refere às questões acerca do patrimônio entre cônjuges.

1.2 A ALTERAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO CASAMENTO NO DIREITO PÁTRIO

Ao tempo do Império, o direito de família era regulado de acordo com o Direito Canônico, que também havia sido o regime do período colonial, vigorando as Ordenações Filipinas junto com Direito Eclesiástico.

Ao fim do Século XIX, o regime de governo havia mudado, mas as normas de Direito de Família permaneceram basicamente as mesmas. Somente com a Proclamação da República, quando se estabeleceu o Estado laico, é que viriam a ocorrer mudanças, apesar de inicialmente não apresentarem grande progresso.

Durante o período que antecedeu a vigência do Código Civil de 1916, as leis civis mantiveram o patriarcalismo conservador. Ainda não era admitido o divórcio, no entanto, o casamento se dissolvia com a morte de um dos cônjuges. Além disso, era admitida a separação de corpos em casos de adultério, injúria grave, abandono do lar conjugal por dois anos consecutivos e o consentimento mútuo dos cônjuges casados há mais de dois anos.

1.2.1 O tratamento conferido pelo Código Civil de 1916 ao matrimônio

O Código Civil de 1916, instituído pela Lei 3.071 de 1916 na vigência da Constituição da República de 1891, utilizou o Direito Canônico como base e manteve o mesmo procedimento apresentado por este no que se referia ao processo de habilitação para o casamento, assim como também das teorias de nulidade, anulabilidade e impedimentos do casamento. Manteve, ainda, a sua indissolubilidade, pois só havia a figura do desquite, que era a ideia de estar em débito com a sociedade. Ocorria, no desquite, o rompimento do vínculo conjugal, porém o casamento não era dissolvido.

Porém, desde a sua promulgação foram várias as modificações de seus dispositivos realizadas por leis que tratavam de matérias não analisadas pelo Código Civil de 1916.

Para melhor vislumbrar a necessidade de tais modificações, vale ressaltar as considerações de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 06):

Nesse quadro, superficialmente traçado, há inexoravelmente novos conceitos desafiadores a incitar o legislador e o jurista, com premissas absolutamente diversas daquelas encontradas no início do século passado em nosso país, quando da promulgação do código civil de 1916. Basta dizer, apenas como introito, que esse código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado. Lembrando a magnífica e essencial obra de Gilberto Freyre, o código civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Casa-Grande*, esquecendo da *Senzala*. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX.

No geral, este código pôs fim à perpetuidade do pátrio poder, pois conferiu à maioria civil o termo final para o seu exercício, visto que àquela época a autoridade parental já não se adequava mais.

A mulher casada foi incluída no rol dos relativamente incapazes, dependendo de seu marido para atos da vida civil. Em 1962 foi editada a Lei 6.121, o Estatuto da Mulher Casada, que lhe concedeu a capacidade plena, no entanto, a posição da mulher ainda era inferior.

Nesse contexto, foi aprovada em 1977 a Lei do Divórcio, sendo consequência da aprovação da Emenda Constitucional nº 9 que instituiu a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Tal lei manteve as mesmas exigências e limites à concessão do desquite, substituindo somente o termo desquite pelo de separação judicial. O regime de bens, quando as partes ficassem silentes, ao invés da comunhão universal, passou a ser o de comunhão parcial de bens.

O Código Civil brasileiro de 1916 consagrou a ideia consistente na irrevogabilidade do regime de bens no casamento e dispôs em seu artigo 230, “o regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”.

Este código admitia os seguintes regimes de bens: comunhão universal de bens; comunhão parcial de bens; separação legal e convencional de bens; e regime dotal de bens.

A separação legal de bens neste código era obrigatória, entre outras hipóteses, para o homem maior de sessenta anos e para a mulher maior de cinquenta anos, havendo, portanto, não somente a distinção de idade, mas também de sexos. Observe-se o disposto o art. 258, parágrafo único, do código civil de 1916:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nº XI a XVI (art. 216).

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

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

O legislador à época já julgava que, nessa fase da vida, quando o patrimônio de um ou ambos os nubentes já estaria consolidado e estes já não se casariam no entusiasmo da juventude, o patrimônio deveria ser permanentemente afastado. Desta forma, assumiu, desde o código de 1916, a posição protecionista de buscar afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa mais jovem com alguém idoso.

O Código Civil de 1916 possuía um caráter patrimonialista, pois entendia que a família era somente uma forma de crescer patrimônio e perpetuar a prole. O meio familiar era hierarquizado, ainda patriarcal, matrimonializado, impessoal e, imprescindivelmente, heterossexual. A manutenção do vínculo conjugal, nesta época, estava acima dos interesses individuais.

1.2.2 A Constituição Federal de 1988 e sua visão mais liberal da família

A partir da Constituição Federal de 1988 vislumbrou-se o reconhecimento da evolução pela qual a sociedade vinha passando, pois as mudanças trazidas na Carta Magna já se encontravam disseminadas no meio social e reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência anterior. A Carta Magna, então, incorporou essa transformação da sociedade e adotou uma nova ordem de valores, protegendo a dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade, apesar de já consagrado na Constituição de 1937 no que concerne à igualdade de todos perante a lei, foi enfatizado pela primeira vez sob o prisma da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres na Constituição Federal de 1988:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Além disso, a constituição em seu art. 226, § 5º, assegura que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal deverão ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A própria noção de família recebeu tratamento igualitário, com o advento da Constituição de 1988, pois foi reconhecida como entidade familiar não só aquela constituída pelo casamento, mas também aquela que emana da união estável entre homem e mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Neste contexto, observem-se as palavras de Francisco José Cahali (1996, p. 03):

Constata-se da análise objetiva do texto constitucional ter sido mantida a histórica qualificação da família como base da sociedade; e, ao mesmo tempo, apartando-se do tradicional amparo à família constituída exclusivamente pelo casamento, estendeu-se a proteção do Estado também à entidade familiar constituída pela união estável entre o homem e a mulher, ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Direito de Família assume, neste sentido, uma forma de direito constitucional de família, visto que a Constituição Federal prevê princípios, direitos e garantias fundamentais a serem aplicados no plano das entidades familiares.

Percebe-se, por fim, que a família deixou de ser considerada como um meio de reprodução dos valores religiosos, culturais e econômicos para adquirir um cunho mais instrumental. Formando-se, então, um novo padrão de família fundamental para o desenvolvimento da personalidade e a valoração da dignidade da pessoa humana de seus membros.

Nesse contexto, o Código Civil de 1916 restou ultrapassado diante das alterações sofridas pelo sistema jurídico, inclusive com as normas e princípios introduzidos pela Constituição Federal, disciplinando novos aspectos do direito civil, especialmente quanto ao direito de família. Desta forma, fez-se necessária a criação de um novo diploma.

1.2.3 As alterações do Código Civil de 2002 para o instituto do casamento e para o Direito de Família

Todas as transformações sociais ocorridas na segunda metade do século passado e as inovações trazidas com a Constituição Federal de 1988 levaram à aprovação do Código Civil de 2002. Consolidou-se, então, uma realidade familiar concreta, em que os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, priorizou-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, como previsto na Constituição Federal, a corresponsabilidade dos pais no que se refere ao exercício do poder familiar e foi reconhecido o núcleo monoparental como entidade familiar.

A família, no Código Civil de 2002, diversamente de outros diplomas anteriores, é caracterizada não somente pela simples celebração do casamento, mas identifica-se de acordo com o afeto que une as pessoas que a integram.

O novo Código Civil regulamenta a união estável como entidade familiar, trazendo uma ampliação ao conceito de família. Além disso, revisa os preceitos referentes à legitimidade do filho nascido em meio ao casamento; introduziu nova

disciplina ao instituto da adoção; limitou o parentesco na linha colateral até o quarto grau; conferiu também nova regulamentação quanto ao tema da invalidade do casamento, assimilando melhor esta matéria.

Ainda, dentre outras inovações, amenizou o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento e também incorporou um novo regime de bens, em substituição ao regime dotal, que se chamaria de regime de participação final nos aquestos e também regulou a dissolução da sociedade conjugal, revogando de forma tácita as normas materiais da Lei do Divórcio.

A respeito das alterações trazidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 34) disserta:

Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos [...]

As alterações trazidas pelo código civil de 2002 trouxeram profundas modificações no direito de família, procurando encaixar os direitos constitucionalmente previstos no complexo sistema jurídico. Buscou-se também alcançar a harmonia entre o direito civil, as normas e princípios constitucionais, adequando-se sempre à realidade social.

1.3 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA CIVIL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece diretrizes a serem observadas e seguidas por todo o sistema jurídico infraconstitucional, sendo, assim, o eixo que reúne o direito público e privado.

Nesse sentido, a elaboração do Código Civil de 2002 trouxe ao direito civil a oportunidade de ser um importante mecanismo para garantir a aplicação dos princípios e normas constitucionais no âmbito deste ramo do direito e, especialmente, no âmbito das relações familiares.

Com relação à aplicação de normas e princípios da constituição ao direito civil, vale ressaltar as palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 12):

Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário – a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas. A norma constitucional torna-se razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.

Faz-se oportuno destacar também a chamada constitucionalização da família, que se caracteriza por enaltecer os princípios do direito civil para o plano constitucional, impondo sua observância à sociedade e sua aplicação pelos tribunais.

Quanto à constitucionalização do direito de família, observa-se, principalmente, a ampliação da proteção concedida à família pelo Estado através dos princípios e valores constitucionais. Sendo assim, o direito de família constitucionalizado baseia-se no texto constitucional e retira deste todas as diretrizes a serem observadas para sua aplicação, ou seja, o direito de família passa a ser interpretado sob a égide das normas da Constituição Federal.

Tal fenômeno não retira a natureza privada do direito de família. A constitucionalização objetiva a tutela instrumental do direito de família na medida em que prevê formas de preservação da pessoa humana e preza por sua dignidade e impõe à sociedade a igualdade substancial. A interpretação restritiva da norma, que exclua da proteção legal qualquer entidade familiar, portanto, fere o princípio da dignidade humana.

O novo panorama trazido pela Constituição de a família servir à efetivação da dignidade e bem-estar de seus membros, baseou-se nas diretrizes constitucionais que reestruturaram o grupo familiar. Assim, percebe-se que houve uma enorme evolução no Direito de Família, pois a sua constitucionalização destituiu o antigo modelo familiar, onde a realização de seu membro era diretamente ligada à propriedade. A atual concepção do Direito de Família compõe-se a partir da valorização do afeto e da importância da realização pessoal, logo, observa-se que o sistema jurídico passa a se preocupar mais com o indivíduo e menos com patrimônio. Destacam-se as palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 43) a esse respeito:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

O afeto se mostra, então, o principal elemento do novo modelo de família, causando a repersonalização, onde a preocupação do Estado, como protetor da entidade familiar, é o indivíduo e o seu desenvolvimento. A família passa a ser entendida como meio de desenvolvimento do indivíduo, predominando o modelo de família que busca a realização do ser humano. A entidade familiar é, hoje, inteiramente baseada em laços afetivos, isto em decorrência da proteção à sua dignidade.

É incontestável que a afetividade é o ponto central da constituição da família, tornando-se um dever ético e jurídico do Estado respeitá-la como base da formação da entidade familiar. Dessa forma, a essência da constituição familiar é deslocada do princípio da autoridade para o princípio da afetividade.

Oportuno observar mais uma vez o que preleciona Maria Berenice Dias (2004, p. 20):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de

caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Diante do exposto, nota-se que o conceito de família sofreu uma flexibilização no que se refere à sua base de formação, que é por meio do afeto, do vínculo, do compromisso, respeito e comprometimento recíprocos. Assim dispõe a Constituição Federal em seu art. 226, estabelecendo que a entidade familiar deve conter tais elementos, destacando como principal componente o afeto.

1.4 DO CASAMENTO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E SEUS EFEITOS

O casamento, assim como todas as instituições sociais, varia de acordo com o tempo, os povos e os costumes. É considerado um dos mais importantes institutos do direito privado e inúmeras são as definições apresentadas pela doutrina antiga e moderna para tal instituto, muitas das quais refletem suas concepções ou orientações religiosas ou filosóficas.

Acerca do casamento dispõe Maria Helena Diniz (2010, p. 37):

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.

Diante de tal diversidade, compilam-se os conceitos modernos para, por fim, definir o casamento como negócio jurídico de direito de família por meio do qual um homem e uma mulher vinculam-se, com o objetivo de constituir família, através da relação matrimonial que é uma relação personalíssima e permanente que compreende uma comunhão de vida ampla e duradoura.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 25) destaca, ainda, o fato de o casamento servir de base para o Direito de Família:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam das relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

A natureza jurídica do casamento é discutida sob a ótica de três correntes diferentes. No entanto, a doutrina majoritária utiliza-se da concepção de natureza eclética ou mista, que considera o casamento ao mesmo tempo contrato e instituição, tratando-se de um contrato especial de direito de família. Sendo assim, os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, alcançando o estado matrimonial.

A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 43) ainda observa:

Não se pode deixar de enfatizar que a natureza do negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de autonomia privada, presente na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não se casar. No plano dos efeitos patrimoniais, têm os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento. Esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, entretanto, dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica.

É com o mútuo consentimento que se dá o casamento, porém não se trata de uma manifestação de vontades qualquer, trata-se de manifestação de vontades com a principal finalidade de estabelecer comunhão plena de vidas motivada pelo amor e afeição existente entre o casal e alicerçado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na assistência recíproca, como prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002.

Neste ponto, ressalta-se a valiosa lição de Sérgio Resende de Barros (2002, p. 8):

O que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino

comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal.

Ademais, o casamento gera efeitos de ordem pessoal, patrimonial e social. Por sua importância, os efeitos do casamento incidem no ambiente social e refletem suas consequências por toda a sociedade.

O seu principal efeito é a constituição da família legítima ou matrimonial, sendo a base da sociedade como dispõe o art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Ainda, estabelece-se entre o cônjuge e os parentes do outro uma relação de parentesco por afinidade a partir do casamento.

Quanto aos efeitos pessoais, o casamento baseia-se no desenvolvimento de uma comunhão plena de vidas baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, nos termos do art. 1.511 do Código Civil de 2002. Tal comunhão implica na união exclusiva, com o dever de fidelidade recíproca observado o princípio da igualdade substancial dos cônjuges, para que sejam respeitadas suas diferenças, como destaca o art. 1.566 do Código Civil.

Ainda, com a orientação da Constituição que determinou a igualdade entre cônjuges em direitos e deveres quanto a sociedade conjugal prevê o § 1º do art. 1565 do Código Civil que o casamento ainda gera efeitos pessoais como a possibilidade de qualquer dos nubentes poderem acrescentar ao seu o sobrenome do outro e, segundo o art. 1.567 do Código Civil, a administração da sociedade conjugal será operada por ambos os cônjuges em colaboração.

Finalmente, o casamento gera efeitos patrimoniais, vínculos econômicos que se consubstanciam no regime de bens, nas doações recíprocas, no direito sucessório, na obrigação de sustento etc.

3 DO REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

São vários os efeitos produzidos pelo casamento que se disseminam no ambiente social, principalmente no que se refere às relações econômicas e pessoais dos cônjuges e destes com seus descendentes, gerando direitos e deveres juridicamente regulados. Inevitavelmente, a união conjugal traz reflexos patrimoniais para o homem e para a mulher, especialmente após a dissolução do vínculo conjugal. Ademais, durante a vida conjugal, o casal deve se organizar financeiramente para o sustento do lar, sendo necessária a coordenação dessas relações patrimoniais, as quais se traduzem no regime de bens.

Desse modo, o regime de bens compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Regula a propriedade, a administração e a comunicação dos bens anteriores ao casamento e dos adquiridos na constância da união conjugal. O regime de bens, poderia ser entendido, portanto, como o estatuto patrimonial dos cônjuges.

É necessária a existência de um regime de bens, não podendo o casamento subsistir sem ele e, por isso, ainda que os cônjuges silenciem e não manifestem sua vontade quanto ao regime que preferem, a lei supre esta vontade, determinando o regime a ser adotado.

Ao passo que o casamento é regulado por meio de normas rígidas, o regime de bens pode ser flexibilizado, adotando várias formas, privilegiando, dessa forma, a vontade dos cônjuges de dispor de seus bens.

3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS REGIMES DE BENS ENTRE CÔNJUGES

Os regimes de bens, entendidos como o conjunto de regras que regulam as relações pecuniárias entre os cônjuges ou entre estes e terceiros durante o casamento, são submetidos a três princípios fundamentais, a saber: a variedade de regimes de bens, a imutabilidade ou irrevogabilidade e a livre estipulação.

3.1.1 Princípio da variedade do regime de bens

O ordenamento jurídico dispõe aos nubentes quatro modelos de regimes de bens, sendo estes o regime de comunhão parcial de bens regulados do art. 1.658 a 1.666 do Código Civil, o de comunhão universal disciplinado pelos arts. 1.667 a 1.671 do Código Civil, o de separação convencional ou obrigatória de bens, nos arts. 1.687 e 1.688, e o regime de participação final nos aquestos dispostos nos arts. 1.672 a 1.686 do Código Civil brasileiro de 2002.

O princípio da variedade de regimes consiste na possibilidade de os nubentes adotarem um desses quatro regimes dispostos no Código Civil ou ainda combiná-los entre si, criando um regime misto e tal possibilidade é permitida desde que as estipulações deste regime misto não contrariem princípios e normas de ordem pública que definem o direito de família, sob pena de nulidade, como regula o art. 1.655 do Código Civil.

Sendo assim, percebe-se que acerca do regime de bens prevalece a autonomia da vontade das partes que é afastada somente nos casos previstos nos incisos do art. 1.641 do Código Civil.

3.1.2 Princípio da livre estipulação

O princípio da livre estipulação decorre do anterior, tendo em vista que é permitida aos nubentes a livre escolha do regime que mais lhes interessar. Tal permissão baseia-se no fato de que ninguém melhor do que eles próprios para avaliar a opção que lhes convém quanto às relações pecuniárias que irão vigorar em seu matrimônio.

A esse respeito Orlando Gomes (2002, p. 173) observa:

Os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando adstritos, sequer, à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais

de ordem pública, necessário que estipulem, mediante pacto antenupcial, o regime que escolheram. Na escolha há liberdade, mas o legislador, por motivo de precaução ou para punir os nubentes, impõe, em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório).

Assim é o que determina o art. 1.639 do Código Civil, pois diz que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Ainda, em seu parágrafo único, estabelece que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula”. Porém, para tanto, é necessária estipulação mediante pacto antenupcial acerca do regime que melhor lhes couber, como dispõe o parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil:

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

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Acerca do pacto antenupcial, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 448) explica:

O pacto nupcial é, portanto, facultativo. Somente se tornará necessário se os nubentes quiserem adotar regime matrimonial diverso do legal. Os que preferirem o regime legal não precisarão estipulá-lo, pois sua falta revela que aceitaram o regime da comunhão parcial. Presume-se que o escolheram, pois caso contrário teriam feito pacto antenupcial.

A escolha é feita no pacto antenupcial e não sendo este feito, ou se for nulo ou ineficaz, o art. 1.640 do Código Civil estabelece que “vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

A convenção antenupcial não pode ser estipulada por mero instrumento particular, pois é solene e é necessário que seja por escritura pública, sob pena de nulidade, como disciplina o art. 1.653 do Código Civil.

A eficácia do pacto antenupcial subordina-se à ocorrência do casamento, ficando aquele diretamente vinculado a este, como expõe o art. 1.653 do Código Civil, pois o pacto só passa a produzir efeitos a partir da celebração do casamento.

Maria Helena Diniz (2010, p. 158) ainda expõe:

O pacto antenupcial deve conter tão somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos etc. (CC, art. 1.655).

No entanto, embora o Código Civil preze pela variedade de regime de bens e assegure aos nubentes a liberdade na escolha do regime de bens que lhes aprouver, a lei impõe exceções, determinando que seja obrigatório regime da separação de bens para as pessoas que se encontrem nas situações previstas no art. 1.641 do Código Civil. Se, apesar da proibição legal, os nubentes regulamentarem de forma diferente seus interesses econômicos, este ajuste será nulo, prevalecendo a determinação legal, nos termos do art. 1.655 do Código Civil brasileiro.

3.1.3 Princípio da mutabilidade motivada

O Código Civil de 1916 acolhia o princípio da irrevogabilidade ou inalterabilidade do regime de bens entre cônjuges, de forma que enquanto durasse a sociedade conjugal o regime de bens permaneceria o mesmo. Sendo assim, celebrado o casamento, o regime de bens se tornava imutável.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no ano de 1964, aprovou a Súmula 377 que amenizou o princípio da inalterabilidade do regime legal do casamento, ao aclamar que “no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Desse modo, permitiu-se que, no regime de separação obrigatória de bens, houvesse o reconhecimento da colaboração e do esforço comum dos cônjuges.

Diferentemente do Código Civil de 1916, o atual Código Civil brasileiro, em seu art. 1.639, §2º, determina o seguinte:

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

[...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Enquanto que ao tempo do Código Civil de 1916 a imutabilidade do regime de bens era absoluta, no atual diploma civil esta inalterabilidade é relativa, sendo admitida sua modificação desde que o pedido seja formulado por ambos os cônjuges, devendo haver autorização judicial fundamentada em razões relevantes e, ainda, devem ser ressalvados os direitos de terceiros.

Ressalta-se a opinião de Maria Helena Diniz (2010, p. 165) acerca do tema:

O regime de bens que era inalterável, afora pequenas exceções introduzidas jurisprudencialmente, pode hoje ser modificado mediante decisão judicial, a requerimento de ambos os consortes, acatando-se as razões por eles apresentadas no pedido, ressalvados os direitos de terceiros. 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 ludíbrio 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.

A inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade é caracterizada como exceção, posto que só ocorrerá quando preenchidos os requisitos estabelecidos no Código Civil, não havendo, todavia, nenhuma imposição acerca de tempo mínimo de casamento para realizar o requerimento, nem especificações quanto a situações fáticas que justificariam o pedido.

Na sentença que modificará o regime de bens deve constar expressamente o alcance desta alteração, especialmente no que se refere aos efeitos diante dos bens adquiridos anteriormente devendo ser esclarecido se o novo regime irá atingi-los ou se prevalecerá, quanto a estes, o regime inicialmente adotado, conforme ensina Washington de Barros Monteiro (2007, p. 187):

Note-se que o alcance da modificação deve constar de modo preciso da sentença homologatória. Essas sentenças devem deixar consignadas se a alteração produz efeitos a partir de sua prolação, de modo que, quanto aos bens adquiridos anteriormente, prevalecerá o regime de bens anterior. Se a

modificação alcançar o patrimônio antes adquirido, deverá ser apresentada a relação de bens e estipulada a partilha, em caso de transformação de regime de comunhão em separação.

O regime de bens, que era inalterável ressalvadas as exceções acrescidas pela jurisprudência, passou a vislumbrar a possibilidade de alteração, desde que de forma motivada, com a vigência do Código Civil de 2002. No entanto, lamentavelmente ainda subsiste sua vedação nos casos submetidos ao regime de separação obrigatória de bens.

3.3 REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O regime da comunhão parcial de bens, com a Lei 6.515 de 1977, passou a ser o regime legal, em substituição ao regime de comunhão universal. O art. 50 desta lei, modificou o art. 258 do Código Civil de 1916, estabelecendo que, “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

Da mesma forma, no Código Civil, se os nubentes não houverem celebrado o pacto antenupcial, para dispor sobre questões patrimoniais, ou se o pacto celebrado restar nulo ou ineficaz prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens, como dispõe o art. 1.640 do Código Civil.

Acerca desse regime, Silvio Rodrigues (2004, p. 178) preleciona:

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso.

A comunhão parcial de bens proporciona uma solidariedade entre os cônjuges, pois estes irão se unir materialmente e permite, por outro lado, que cada consorte conserve aquilo que já lhe pertencia, até a celebração do casamento, como bens comunicáveis, exclusivos de cada cônjuge. Constitui, portanto, um regime

misto, composto em parte por regras referentes ao da comunhão universal e em parte pelo da separação.

O art. 1.659 do Código Civil elenca as hipóteses de bens excluídos da comunhão, chamados de bens incomunicáveis, que constituem o patrimônio pessoal do cônjuge, enquanto que seu art. 1.660 dispõe acerca dos bens que entram em comunhão.

Maria Helena Diniz (2010, p. 174) esclarece que “sinteticamente, esse regime caracteriza-se pela coexistência de três patrimônios: o patrimônio comum, o patrimônio pessoal do marido e o patrimônio pessoal da mulher”.

As dívidas adquiridas após a celebração do casamento, contraídas no exercício da administração do patrimônio comum, obrigam os bens comuns e os bens particulares de acordo com a dimensão do proveito obtido, nos termos do art. 1.663, § 1º, do Código Civil.

O art. 1.659, III, do Código Civil, estabelece que as obrigações anteriores ao casamento excluem-se da comunhão e, portanto, por elas responderão o patrimônio particular de cada cônjuge, pois os patrimônios conservam-se separados. Ainda, de acordo com o art. 1.666 do Código Civil, também não obrigam os bens comuns as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes.

Os bens comuns responderão em caso de dívidas contraídas com a finalidade de atender aos encargos da família, às despesas com administração e às decorrentes de imposição legal, como preleciona o art. 1.664 do Código Civil.

Por fim, nos termos do art. 1.663, § 2º do Código Civil, a administração dos bens comuns cabe a qualquer um dos consortes, sendo, no entanto, necessária a anuência de ambos para a prática de atos de alienação. Caso não estipulem em sentido contrário, quanto a seus bens particulares a administração cabe ao seu proprietário.

3.4 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

O Código Civil de 1916 originalmente escolheu o regime de comunhão universal de bens como regime legal, pois se entendia que a união do homem e da

mulher trazia como consequência também a união de patrimônios. Entretanto, essa ideia não mais reflete a realidade social, sendo este regime, inclusive, substituído pelo da comunhão parcial de bens, como já esclarecido anteriormente. Nesse sentido, Antônio Encinas Manfré (2003, p. 81) disserta:

Esse regime, em regra, caracterizado pela comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, assim como respectivas dívidas passivas, era reputado o mais importante, melhor ajustado à natureza do casamento, porquanto, no plano material, completa a união das almas, existente na ordem espiritual. A ideia inspiradora básica está no paralelismo entre a união íntima das vidas e a plena união patrimonial.

No regime de comunhão universal de bens comunicam-se todos os bens atuais e futuros dos consortes, de modo que tudo o que ingressar no patrimônio do casal fará parte da comunhão, bem como tudo o que cada cônjuge vier a adquirir, inclusive as dívidas. A lei, no entanto, traz exceções, pois estabelece bens incomunicáveis que pertencerão apenas a um dos cônjuges.

Sobre o regime de comunhão universal de bens, Maria Berenice Dias (2010, p. 239) aduz:

Pretendendo os noivos transformar o casamento em uma união não só de vidas, mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime da comunhão universal (CC 1.667 a 1.671). Assim, ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança. Os patrimônios se fundem em um só. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros, bem como as dívidas passivas contraídas por qualquer dos cônjuges durante o casamento. Instaura-se o que se chama de mancomunhão, que significa propriedade em mão comum. Cada consorte é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento.

Os cônjuges têm a posse e a propriedade em comum e indivisa dos bens, móveis e imóveis, cabendo a cada um a metade ideal. Consequentemente, qualquer

dos cônjuges pode defender a posse e a propriedade dos bens. Tal condomínio conjugal, entretanto, não impede as exceções descritas no art. 1.668 do Código Civil como bens comunicáveis, excluídos da comunhão, por serem personalíssimos ou devido à sua própria natureza. O art. 1.669 do Código Civil ainda dispõe que os frutos dos bens comunicáveis, quando se perceberem ou vencerem, ingressam na comunhão.

Salvo convenção em contrário feita em pacto antenupcial, a administração do patrimônio comum recai sobre ambos os cônjuges, e a dos bens particulares caberá ao cônjuge proprietário, assim dispõem os arts. 1.670, 1.663 e 1.665 do Código Civil. Ainda, é necessária a anuência de ambos os cônjuges para que sejam realizados atos de alienação.

Nos termos do art. 1.571 do Código Civil, a comunhão extingue-se com a dissolução da sociedade conjugal, pela morte de um dos cônjuges, pela sentença de nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela morte presumida do ausente. Quando não houver mais comunhão, a responsabilidade pelas dívidas torna-se individual, só respondendo por ela o cônjuge que a contraiu, como aduz o art. 1.671 do Código Civil.

3.5 REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

O regime de participação final nos aquestos foi introduzido no ordenamento jurídico com o Código Civil de 2002. Trata-se de regime híbrido, pois se aplicam a este as regras da separação de bens enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, e da comunhão dos aquestos quando da dissolução da sociedade conjugal.

A respeito desse regime, Maria Helena Diniz (2010, p.183) pontifica:

Neste novo regime de bens há formação de massas de bens particulares comunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio. Na constância do casamento os cônjuges tem a expectativa de direito à meação, pois cada um só será credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio (CC, art. 1.672), se houver dissolução da sociedade conjugal.

O cônjuge poderá dispor livremente de seus bens móveis, enquanto que dependerá da autorização do outro para dispor dos bens imóveis, nos termos do parágrafo único, do art. 1.673 do Código Civil. Após a dissolução da sociedade conjugal vão ser apurados os bens de cada cônjuge, pertencendo a cada um a metade dos bens adquiridos pelos consortes, a título oneroso, na constância do casamento.

Sobre a participação final nos aquestos Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 487) ainda acrescenta:

É considerado ideal para as pessoas que exercem atividades empresárias, pela liberdade que confere aos cônjuges de administrar livremente, na constância da sociedade conjugal, o seu patrimônio próprio, sem afastar a participação nos aquestos por ocasião da dissolução da aludida sociedade.

Na dissolução da sociedade conjugal, é realizada a partilha para apuração do montante dos aquestos. O art. 1.674 do Código Civil exclui alguns bens da partilha, dispondo ainda que se presumem adquiridos na constância do casamento os bens móveis, salvo prova em contrário.

Este regime possui a vantagem de possibilitar a manutenção da independência patrimonial de cada consorte, mesmo quanto aos bens adquiridos durante o matrimônio, proporcionando, assim, certa proteção econômica, mas por outro lado é criticado, posto que desencadeia complicações no que diz respeito à sua liquidação quando da dissolução conjugal. Observe-se o que diz Silvio Rodrigues (2004, p. 196) a esse respeito:

Superadas as questões próprias da dissolução do casamento, a apuração da participação se faz em etapas: 1º) com a verificação do acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges; 2º) a apuração do respectivo valor para a compensação e identificação do saldo em favor de um ou de outro; e, por fim, 3º) a execução do crédito. Este caminho pode ser tortuoso diante da morosidade da Justiça, considerando, também a expressiva quantidade de incidentes e recursos que podem surgir nas três fases distintas. Daí porque o regime de participação final nos aquestos, embora simpático na sua essência, acaba por vir a ser uma opção problemática.

Segundo determina o art. 1.683 do Código Civil, será verificado o montante dos aquestos a partir da data em que cessou a convivência nos casos de dissolução conjugal por separação judicial ou por divórcio. Tal fato é importante, tendo em vista que depois de encerrada a convivência, nesses casos, a situação patrimonial dos cônjuges pode ter se alterado e esta alteração não deve ser levada em conta para apuração da meação.

Por fim, vale ressaltar o que estabelece o art. 1.686 do Código Civil quando dispõe que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores a sua meação, não obrigam ao outro, nem aos seus herdeiros.

3.6 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

No regime de separação de bens cada cônjuge conserva para si o domínio, a posse e a administração de seus bens presentes e futuros, assim como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento, nos termos do art. 1.687 do Código Civil. Ambos os cônjuges, porém, ficam obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos seus rendimentos, salvo estipulação em contrário em pacto antenupcial.

Maria Helena Diniz (2010, p. 191) comenta acerca desse regime:

Há incomunicabilidade não só dos bens que cada qual possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges. Assim, esse regime em nada influi na esfera pecuniária dos consortes. Não há proibição de gravar de ônus real ou alienar bens, inclusive imóveis, sem o assentimento do outro cônjuge. Qualquer dos consortes poderá, sem autorização do outro, pleitear, como autor ou réu, acerca de bens ou direitos imobiliários, prestar fiança ou aval e fazer doação, não sendo remuneratória (CC, art. 1.647). Como o ativo, o passivo dos cônjuges também é separado, não se comunicando os débitos anteriores ou posteriores ao casamento, pelos quais responde o consorte que os contraiu, isoladamente, e, se créditos houver entre marido e mulher, regular-se-ão pelas normas atinentes às obrigações entre pessoas estranhas.

A característica mais proeminente deste regime é a incomunicabilidade dos bens, não sendo afastada, entretanto, a obrigação alimentar, tendo por base o dever de mútua assistência e a responsabilidade pelos encargos da família, dever este que independe do regime de bens do casamento. Por isso, questiona-se a restrição à autonomia da vontade dos cônjuges imposta pela lei, posto que no pacto antenupcial tudo pode ser convencionado, desde que não contradiga disposição absoluta de lei, como dispõe o art. 1.655 do Código Civil. Sendo assim, não há como ser estabelecida a autonomia da vontade em termos absolutos, a fim de evitar o enriquecimento sem causa de um cônjuge em detrimento do outro, pois esta não é a natureza do casamento.

Posto isso, a jurisprudência passou a admitir a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento em nome de um dos cônjuges nos casamentos celebrados sob o regime de separação legal de bens, por meio da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, já mencionada anteriormente neste capítulo.

3.6.1 Regime da separação convencional de bens

O regime da separação de bens poderá advir de lei ou de convenção entre as partes, podendo ser legal, também chamada de obrigatória, ou convencional, também chamada de absoluta. Na separação de bens convencional nada obsta que seja estabelecida a comunhão de determinados bens, se assim pretenderem, como também a sua forma de administração, por meio de pacto antenupcial.

Tal regime é explicado por Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 491) da seguinte forma:

No regime de separação absoluta os cônjuges unem suas vidas e seu destino, mas ajustam, por meio de pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial. Embora sejam marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertencia e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens.

O art. 1.687 do Código Civil regula este regime:

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Cada cônjuge, neste regime, conserva exclusiva propriedade, administração integral e usufruto de seus bens, podendo realizar alienação ou gravá-los de ônus real livremente, sendo eles móveis ou imóveis. Desta forma, o casamento não refletirá no âmbito patrimonial dos consortes, tendo em vista que a incomunicabilidade atinge a integridade dos bens presentes e futuros.

3.6.2 Regime da separação obrigatória de bens

Conforme tratado anteriormente, os princípios que norteiam a aplicação do regime de bens prezam pela autonomia da vontade dos nubentes, de forma que estes possam escolher e estipular livremente o regime de bens para reger seu matrimônio ou, ainda, enquanto casados possam modificar o regime inicialmente escolhido. Todavia, a legislação trouxe exceções a essa autonomia, não havendo liberdade de escolha, e o art. 1.641 do Código Civil expõe as hipóteses em que a lei impõe como obrigatório o regime de separação de bens:

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

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O Código Civil de 1916 possuía regulamentação diversa, especialmente no que concerne à idade, pois trazia a obrigatoriedade para os homens maiores de sessenta e para a mulher maior de cinquenta anos. O Código Civil de 2002, inicialmente, baseando-se na isonomia garantida pela Constituição Federal, estabeleceu a idade de sessenta anos de forma igualitária para homens e mulheres e, posteriormente, com a edição da Lei 12.344 de dezembro de 2010, elevou para setenta anos a idade para imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Sobre esse regime, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 464) faz o seguinte comentário:

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A hipótese do casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, dispostas no art. 1.523 do Código Civil, o torna irregular, sendo imposto como sanção o regime de separação de bens aos cônjuges. Destaca-se, entretanto, que é permitido aos cônjuges que, em algumas circunstâncias previstas no parágrafo único do art. 1.523 do Código Civil, solicitem ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas de suspensão e, sendo assim, na lição de Silvio Rodrigues (2004, p. 144), entende-se que a imposição do regime poderia ser abrandada, tendo em vista que cessada a causa suspensiva, cessa o obstáculo à livre estipulação.

No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 443):

Efetivamente, se o parágrafo único do art. 1.523 do Código Civil permite aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas no *caput* do dispositivo em tela, provando-se a inexistência de prejuízo, com maior razão devem ser afastadas as consequências da sanção se a omissão que provocou a sua imposição foi sanada.

Acerca da hipótese da imposição deste regime no caso dos menores que dependerem de autorização judicial para casar, Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 326) explica:

Acende-se a chama da suspeita para o legislador com relação a todos aqueles que necessitam de autorização judicial para se casarem. O legislador entende, por exemplo, que o menor que se casa com suprimento judicial da vontade de seus pais ou para furtar-

se à imposição de pena criminal necessita de maior proteção no curso do casamento. No entanto, o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra em nossa realidade social. Geralmente, os casamentos de pessoas nessas condições ocorrem nas classes menos favorecidas, cujo patrimônio se constituirá nos anos futuros do casamento.

Por fim, há a hipótese de mais interesse para este trabalho que é a da obrigatoriedade da aplicação do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos que se mostra uma restrição legislativa com finalidade protetiva. Pretende, com tal imposição, impedir a realização do casamento exclusivamente por interesse financeiro.

A imposição do regime de separação obrigatória de bens caracteriza tentativa de limitar a vontade dos nubentes. De todas as hipóteses a que a lei comina este regime, a mais incoerente é a que o impõe aos nubentes maiores de setenta anos, pois a limitação da vontade em razão da idade acaba sendo mais sancionatória do que protecionista. “Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem”, como ensina Maria Berenice Dias (2010, p. 246-247).

Não só os bens particulares, adquiridos antes do casamento, não se comunicam, mas também os bens futuros e os adquiridos na constância do matrimônio não se comunicarão, sem sequer observar o esforço conjunto para aquisição de tais bens.

O Código Civil de 2002 trouxe esta imposição contrariando a jurisprudência que, por meio da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, já havia estabelecido que no regime de separação legal os aquestos se comunicariam por terem sido adquiridos na constância do casamento.

A esse respeito, Maria Berenice Dias (2010, p. 249-250) preleciona:

A jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção de esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime de separação obrigatória. 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 matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.

De acordo com esta Súmula, portanto, a separação diz respeito aos bens presentes e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento. Após a entrada em vigor do atual Código Civil, todavia, indagou-se a respeito da vigência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e, apesar de ser questão que suscite divergência doutrinária, entende-se por sua vigência, “especialmente porque sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens auferidos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*”, como destaca Rolf Madaleno (2008, p.91). Corroborando esse raciocínio, vale trazer à colação, a título ilustrativo, o recente precedente jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO. Mesmo que tenha o de cujus casado pelo regime da separação legal de bens, é possível a habilitação da viúva no inventário, em face da aplicabilidade da Súmula nº 377 do STF, que garante meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Precedentes desta Corte e do STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70056185424, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/08/2013)
(TJ-RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 26/08/2013, Sétima Câmara Cível)

A obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens porque as pessoas possuem mais de setenta anos caracteriza a inobservância dos princípios fundamentais do Direito Constitucional, ferindo direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 que estima e prioriza, especialmente, a isonomia e a dignidade da pessoa humana.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

O Código Civil de 1916 já trazia a imposição do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos. Os casos concretos, em contrapartida, deram origem à Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que tem como objetivo afastar o enriquecimento ilícito. Ainda assim, o Código Civil de 2002, em intrigante retrocesso, manteve a norma restritiva de direitos no inciso II do seu art. 1.641.

A aludida restrição seria compatível com a Constituição Federal se fosse verificada a existência de uma finalidade razoável proporcional ao fim que se busca. Nesse sentido, as pessoas com idade superior a setenta anos não devem sofrer tal imposição restritiva, uma vez que não há razoabilidade em limitar a vontade da pessoa apenas por sua idade, de modo que tal conduta legislativa constitui tutela excessiva e imprópria, afrontando princípios constitucionais e ferindo a liberdade de escolha das pessoas septuagenárias.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são normas jurídicas que condensam o conteúdo de normas gerais, servindo como parâmetro para a elaboração de futuras normas. Constituem valores fundamentais do ordenamento jurídico, atuando como base de um sistema jurídico sobre a qual se funda o Estado Democrático de Direito.

Diante disso, percebe-se a importância que possuem os princípios constitucionais, pois estes estabelecem diretrizes para aplicação e interpretação das normas jurídicas. A seguir serão tratados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, posto que embasam a hipótese de inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens as pessoas maiores de setenta anos.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 não incluiu o princípio dignidade da pessoa humana no campo dos direitos fundamentais, elencados no amplo rol do seu art. 5º, mas o inseriu nos fundamentos da República Federativa do Brasil, disposto já no seu art.1º, III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana

A importância do aludido princípio é destacada não somente na Constituição, mas também na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. 22:

Art. 22 Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A preocupação do constituinte com a efetivação dos Direitos Humanos e da justiça social o levou a aclamar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Este princípio se mostra valioso na medida em que exprime a primazia da pessoa sobre o Estado, devendo o homem ser respeitado como indivíduo, pois o Estado é o meio utilizado para garantir e concretizar os direitos e garantias fundamentais da pessoa.

A dignidade da pessoa humana é considerado o mais amplo dos princípios, de forma que constitui o valor constitucional soberano e reflete em todos os demais princípios. A esse respeito Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 83) assevera:

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os

direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral.

O art. 230, *caput*, da Constituição Federal é uma das mais claras manifestações da dignidade da pessoa humana ao dispor que os idosos também fazem jus a uma vida digna e não podem ser deixados a margem. Observe seu teor:

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

Este princípio não só apresenta um limite à atuação do Estado, como também uma diretriz para sua atuação positiva, tendo em vista que o Estado deve se recusar a praticar atos que atentem contra a dignidade humana e, por outro lado, proteger a dignidade da pessoa por meio de condutas ativas. Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 94) argumentam:

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de posições ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Tal princípio é previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, devendo ser observado em todas as relações, privadas ou públicas. Desse modo, a dignidade da pessoa humana, entendida como valor máximo da Constituição, é um princípio que orienta toda a interpretação legislativa.

Alexandre de Moraes (2010, p. 50) fornece importante noção acerca da dignidade:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Sob este enfoque é necessária a adequação da visão do Direito Civil a este padrão constitucional, que prioriza os valores da dignidade da pessoa humana ante os eminentemente patrimoniais. Assim, qualquer norma que atinja a dignidade da pessoa humana deverá ser derogada ou declarada inconstitucional.

Nesse sentido é o caso da obrigatoriedade do regime de separação de bens às pessoas maiores de setenta anos, posto que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana ao reduzir a autonomia da vontade da pessoa idosa, assim como estabelece uma restrição à liberdade de contrair matrimônio.

4.1.2 Princípio da igualdade jurídica

O princípio da isonomia ou igualdade encontra-se disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, *caput*, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Este princípio é reforçado, ainda, por vários outros dispositivos da Carta Magna.

O referido princípio é primordial para a formação e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois a igualdade constitui a marca fundamental da democracia. Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 113) define a importância do princípio da igualdade para a Constituição Federal:

A igualdade é a regra de ouro, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. Regra de ouro no sentido de mandamento nuclear de todo o produto constitucional legislado, pois todas as demais prescrições desta Constituição convergem-se a ela.

A igualdade jurídica se ramifica em formal e material. A formal consiste em dar, ao legislador e ao executor do direito, a obrigação do tratamento igualitário entre os indivíduos, enquanto que a igualdade material, por outro lado, é o instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, tirando-o da letra fria da lei para viabilizá-lo no mundo prático. Pedro Lenza (2012, p. 973) assevera:

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a

igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nesse sentido, a igualdade material modera a conduta das autoridades públicas e dos particulares, já que impedem a prática de atos discriminatórios ou preconceituosos, sob pena de motivar a responsabilização penal e cível de quem os praticou.

O princípio da isonomia designa que sejam tratados de maneira igual aqueles que se encontrem em situação equivalente e de forma desigual os desiguais, mas na medida de suas desigualdades. Este princípio vincula a atuação do legislador e também daquele que aplica a lei, configurando a igualdade na lei e perante a lei. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 122) explicam:

A igualdade na lei tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a igualdade perante a lei dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais.

Não há impedimentos para que uma lei estipule um tratamento diferenciado entre pessoas de grupos sociais distintos, de sexos diferentes, que tenham condições econômicas adversas, com idades diversas etc. O que se busca, no entanto, é impedir que esse tratamento diferenciado ocorra de forma arbitrária, desrespeitando a razoabilidade, ou seja, o princípio da isonomia não veda a desigualdade entre pessoas aplicada pela lei, desde que haja razoabilidade para tal desigualdade. Nesse entendimento, argumenta Alexandre de Moraes (2010, p. 37):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamento abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações jurídicas idênticas.

No que tange ao regime de separação obrigatória de bens imposto às pessoas maiores de setenta anos é explícita a ofensa ao princípio da isonomia, pois

o idoso é pessoa, como qualquer outra, sujeito de direitos e deveres. A circunstância de o indivíduo atingir determinada idade, por si só, não caracteriza razão para que este tenha seus direitos restringidos.

A capacidade civil, inerente à pessoa humana, confere ao indivíduo o direito de reger sua vida, seus bens, praticar atos da vida civil, adquirir direitos e assumir obrigações, conforme dispõe o art. 1º do Código Civil quando estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Nesse sentido, a imposição do regime de separação obrigatória aos maiores de setenta anos constitui limitação da capacidade destes para fazer escolhas, pois a finalidade de proteção a eventual casamento por mero interesse econômico, não pode ser o argumento usado pelo legislador, posto que está presumindo a incapacidade mental destes indivíduos e ignorando princípios elementares do direito constitucional.

4.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA CARTA MAGNA

O neoconstitucionalismo passou a ser desenvolvido pela doutrina, em meados do Século XX, como sendo uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, a partir da promulgação de constituições de grande essência garantista, que resultaram das duras lições adquiridas com a segunda guerra mundial.

No Brasil, a primeira referência dessa corrente de pensamento foi a Constituição Federal de 1988, que possui como uma de suas principais diretrizes a constitucionalização de vários setores do ordenamento jurídico, tendo em vista que impôs o seu teor a todas as normas infraconstitucionais. Desta forma, acabou modificando o sistema de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Observe-se o que preceitua Luís Roberto Barroso (2007, p.6):

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Em decorrência da força normativa da Constituição advém a interpretação constitucional como modalidade de interpretação jurídica. Fora dada aos princípios o reconhecimento da normatividade, por serem preceitos que consagram determinados valores e, conseqüentemente, tal fato trouxe para o intérprete certa discricionariedade. Ainda vale mencionar a lição de Barroso (2007, p.20) ao afirmar:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

A Constituição, nesse sentido, apresenta-se no centro do sistema jurídico, possuindo supremacia formal e material. Atua, portanto, como critério de validade para normas infraconstitucionais e também como diretriz de interpretação de todas as normas do sistema jurídico.

Para o Direito Civil, as características de maior interesse do neoconstitucionalismo são a interpretação das leis conforme a Constituição e a aplicação direta da Constituição. Domina na doutrina e jurisprudência a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, que consiste no fato de a Constituição se aplicar de forma direta às relações privadas. Interessante observar o que argumenta Barroso (2007, p.24) acerca da interpretação do Código Civil sob a luz da Constituição:

A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como filtro axiológico pelo qual se deve ler o Direito Civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o Direito Civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral.

Os princípios da igualdade e, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, nesse sentido, se impõem como limite à atuação do Estado, na medida em que ensejam a repersonalização do direito civil ao afastar a predominância de seu caráter patrimonial, exaltando valores existenciais.

O Direito de Civil, necessariamente, deve ser analisado sob a perspectiva da Constituição Federal. Nesse sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p. 36):

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição.

O Direito Civil constitucionalizado sobrepôs o direito civil clássico. A legislação civil que outrora desempenhava funções relevantes e foi o centro do Direito Civil, hoje se mostra obsoleta e constitui obstáculo ao seu progresso, posto que as mudanças havidas no plano constitucional não caminharam juntas com as codificações civis que acabaram ficando presas a tutela dos valores do passado. Portanto, o Código Civil deve ser interpretado sob a luz da Constituição Federal, de forma que os institutos jurídicos sejam amparados na medida em que cumpram sua função de desenvolvimento do indivíduo e afastados se não o fizerem.

4.3 O DIREITO DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS PELA PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS

A escolha do regime de bens regula a situação patrimonial do casal e tem grande importância nas hipóteses de dissolução do vínculo matrimonial. No entanto, existem exceções à autonomia dos nubentes para realizar essa escolha, nas quais a lei impõe o regime de separação obrigatória de bens e, dentre as hipóteses, destaca-se, para o presente trabalho, a hipótese do art. 1.641, II, do Código Civil, que limita a vontade da pessoa maior de setenta anos.

Ao impor esta medida, a finalidade do legislador é protetiva, buscando afastar o casamento das pessoas septuagenárias realizado exclusivamente com a finalidade econômica. Washington de Barros Monteiro (2007, p. 218) defende a aplicação do mencionado artigo do Código Civil, contrariando a maioria dos doutrinadores civilistas, sob os seguintes argumentos:

[...] é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente do direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art.1.566,I). É de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.

Justifica-se a imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos, para aqueles que argumentam em favor da aplicação desta norma, tão somente pelos riscos de cunho patrimonial na constituição do relacionamento do septuagenário e a presunção de que este se encontraria em situação afetiva frágil, de forma que a finalidade do dispositivo legal é proteger essa suposta vulnerabilidade.

A norma, no entanto, parte de uma premissa errônea ao pressupor que o casamento ocorrerá entre pessoas de idades muito desconformes, por interesse financeiro e que não haverá mútuo empenho para adquirir e resguardar o patrimônio do casal.

No entanto, essa restrição se mostra violadora da liberdade individual e consiste em tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz que acaba por ser descabida e injustificável, conforme dispõe Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 194):

Não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir.

A partir desse entendimento, é necessário analisar o art. 1.639 do Código Civil que vem dispor que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Porém, ao se tratar de pessoas com idade superior a setenta anos essa liberdade não se aplica, quando claramente devia ser, já que tal medida tem se mostrado não razoável e até discriminatória, de acordo com os aspectos jurídicos e sociais da atualidade.

No momento em que os direitos individuais são feridos pela intervenção estatal, encontra-se diante de uma situação em desacordo com os valores constitucionalmente garantidos a cada indivíduo pela Constituição Federal de 1988. Quando a autonomia da vontade é restringida, dessa forma injusta, por suposta proteção, se está diante de uma situação que, inclusive, contraria o direito de família na sua atual acepção. Nas palavras de Caio Mário da Silva (2001, p. 173) “o Direito de Família, mais do que qualquer outro ramo do Direito, está sempre na dependência da evolução dos costumes, e obviamente sujeito às influências ético-sociais”.

A família, portanto, passou a ser vista sob uma nova perspectiva, uma vez que o autoritarismo, o pátrio poder e a discriminação nas relações familiares foram afastados em razão da busca pela concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, para que, assim, fossem privilegiados a igualdade, o respeito e a afetividade nas relações familiares.

A ideia de se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana está ligada à entidade familiar e sua nova concepção jurídica, pois passou a ser vista como centro de afetividade buscando satisfazer e proteger seus integrantes. Sendo assim, o patrimônio resta menos importante e desprivilegiado, pois a preocupação é com o interesse pessoal ou humano e, portanto, a imposição do regime de bens às pessoas maiores de setenta anos em caráter patrimonial protetivo resta insustentável no âmbito do atual ordenamento jurídico.

Sob o enfoque do princípio da igualdade jurídica que, como mencionado anteriormente, consiste em dar tratamento igual aos que se encontram em situações iguais e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, mas na medida da sua desigualdade, veda-se que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, não havendo razoabilidade, ou deixando de atender o interesse público, ou seja, o

princípio da isonomia não proíbe o tratamento diferenciado entre indivíduos, quando neste há razoabilidade para a discriminação.

Elucida, ainda, Alexandre de Moraes (2010, p. 37):

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais protegidos.

Ademais, o Direito Civil atual rejeita a essência patrimonialista e individualista que lhe deu origem e se volta para a tutela da pessoa humana e para a satisfação dos valores mais importantes da sociedade brasileira. No entanto, os valores constitucionais assegurados a todos não são compatíveis com as tradicionais relações civis baseadas no patrimônio e que ainda se encontram elencadas no Código Civil de 2002, sendo um exemplo o art. 1.641, II deste diploma.

O legislador acaba limitando a vontade da pessoa criando uma incapacidade em função da idade, elidindo o direito da pessoa maior de setenta anos de escolher o regime de bens que lhe aprouver para regular a situação patrimonial de seu casamento. A imposição do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos, conseqüentemente, restringe o exercício de direito destas pessoas, atribuindo-lhes tratamento diferenciado perante os demais.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 467) afirma:

[...] inexistente razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 70 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz – e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio –, chega aos 70 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade.

Sob outro ponto de vista, existem ao redor do mundo várias personalidades famosas que se destacam e são fontes de inspiração seja em seu desempenho artístico, político ou intelectual, que são septuagenários ou de maior idade e conservam admirável orientação mental e física. É o caso de muitos governantes, artistas, escritores e atores. Não há bom senso em impedir que pessoas assim decidam livremente sobre o regime de bens dos seus casamentos.

Para Rolf Madaleno *apud* Maria Berenice Dias (2005, p. 191), a determinação do regime compulsório de separação de bens para pessoas maiores de setenta anos implica em ignorar princípios elementares do Direito Constitucional:

Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou idade, como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

Determinar às pessoas que possuem mais de setenta anos, uma idade limite para deixar de exercer o direito de escolha de seu regime de bens no casamento, é desprezar princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal, como os já mencionados princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Ao fazer isso, abre-se espaço no ordenamento jurídico civil para discriminação em razão da idade, além de acabar por admitir que a idade seria causa natural para incapacidade civil e que pessoas septuagenárias não poderiam despertar um amor verdadeiro. Há pessoas idosas que realmente não possuem discernimento, mas para estas pessoas existe o instituto da interdição, de forma que não se pode presumir a senilidade, principalmente sem admitir prova em contrário.

Destaca-se ainda o posicionamento de Maria Helena Diniz (2010, p. 193) a respeito do tema, em que discorre:

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 [...]

Tendo em vista que a imposição do regime de separação obrigatória de bens baseia-se no critério da idade do nubente, maior de setenta anos, deve ser destacado, ainda, o Estatuto do Idoso que se trata de norma infraconstitucional criada com a finalidade de efetivar alguns direitos e garantias fundamentais da pessoa idosa, já dispostos na Constituição federal, que vigora desde 2003 e em seu art. 2º dispõe:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O art. 10º, *caput*, do mesmo diploma legal, no mesmo sentido, prevê a proteção dos direitos e garantias dos idosos ao dispor:

Art. 10º 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.

Esta norma infraconstitucional é um instrumento utilizado para atender aos anseios dos idosos, uma vez que exhibe uma série de direitos e garantias fundamentais, reconhecendo as necessidades dos idosos, e estabelecendo obrigações ao Estado. No aludido dispositivo do estatuto do idoso evidencia-se também a garantia da dignidade, junto com a liberdade e a autonomia.

Acerca da afronta ao Estatuto do Idoso, Maria Berenice Dias (2010, p. 246) aduz:

[...] das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores 70 anos (CC 1.461 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.

Sendo assim, resta claro que a idade não é critério de aplicação de direitos e garantias, sendo estes assegurados a todos, sem distinção. Segundo o Estatuto do Idoso, deverão ser assegurados a dignidade e o bem-estar do idoso, garantindo-lhe

o direito à vida, com dignidade e respeito e, a esse respeito inclui-se o direito de escolha do regime de bens que irá reger seu casamento.

Paulo Lôbo (2010, p. 323) ainda tece as seguintes considerações:

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. Consequentemente é inconstitucional esse ônus.

A atual hermenêutica não permite que a lei interfira na vontade individual com o fim de proteger o patrimônio, posto que o Direito de Família possui hoje em seu centro a pessoa e sua dignidade, não havendo espaço para qualquer interpretação que não esteja de acordo com as diretrizes definidas pelos princípios constitucionais.

Acrescenta-se, por fim, o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p. 244):

[...] nítida violação aos princípios constitucionais. Efetivamente, trata-se de dispositivo inconstitucional, às encâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrange-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

A partir da análise da razoabilidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, tendo em vista que as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com os princípios previstos na Constituição Federal, conclui-se que o aludido dispositivo legal é um preceito normativo abusivo, que não alcança finalidades legislativas constitucionalmente válidas, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica protegidos também pelo Estatuto do Idoso, uma vez que reduz a autonomia do indivíduo, além de reprimir a liberdade de escolha do seu regime de bens ao contrair matrimônio, sendo, portanto, inconstitucional.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo abordou a análise da inconstitucionalidade da norma prevista no Livro de Família do Código Civil que, em seu art. 1.641, inciso II, institui a incapacidade para livre escolha do regime de bens, impondo o regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos.

O tema abordado é bastante relevante frente à realidade de um Estado Democrático de Direito que tem como base a dignidade da pessoa humana, mas impede que, por uma questão desarrazoada, pessoas com idade superior a setenta anos possuam liberdade de escolher o regime de bens de seu casamento.

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo partiu de um breve resumo sobre as modificações pelas quais passou o Direito Civil ao longo do tempo, mostrando que a sociedade evoluiu e o Estado também, a Constituição alterou-se substancialmente, mas os Códigos Civis, ideologicamente, continuaram baseando-se no Estado liberal e não no Estado Social Democrático. Dessa forma, o Direito Civil atual busca afastar o caráter eminentemente patrimonialista, no qual se fundamentou o Código Civil de 1916, para dar espaço ao indivíduo como centro de suas relações. Sendo assim, as normas devem ser interpretadas com foco na dignidade da pessoa humana e os valores advindos da mudança da realidade social, consagrados como princípios constitucionais, é que devem orientar a efetuação do Direito Civil.

Fora apresentada a atual perspectiva do Direito de Família, que baseia-se na afetividade e na solidariedade dos membros da entidade familiar em detrimento da propriedade, abordando ainda a característica instrumental da família por ser esta o meio pelo qual a pessoa se realiza e se desenvolve plenamente e por ter como fim o desenvolvimento e a realização de seus membros. Nesse sentido, o Estado deve respeitar a liberdade de constituição, convivência e dissolução da família, posto que restrições legais que impeçam a manifestação de autonomia de vontade dos nubentes no momento de constituírem um núcleo de afetividade antes de analisar as características pessoais de cada pessoa constituem impedimento do objetivo principal da família que é o de satisfazer e proteger seus integrantes. A prevalência dos interesses patrimoniais que caracterizou o Direito de Família tradicional já não

encontra amparo na atual hermenêutica que se importa somente com a instrumentalidade constitucional da família.

No segundo capítulo realizou-se uma explanação acerca dos regimes de bens que são o meio de que dispõem as pessoas para dar efetividade aos seus interesses patrimoniais no momento de constituir família. Acerca deste tema, analisou-se os princípios fundamentais nos quais se baseiam os regimes de bens que, dentre outras garantias, permitem que as pessoas livremente elejam o regime de bens que entenderem melhor e mais adequado para reger a disposição patrimonial de seu casamento. No entanto, tal liberdade é limitada pelo Código Civil para as pessoas maiores de setenta anos.

Por sua vez, o terceiro capítulo analisou diretamente o tema, discutindo-se a principal justificativa da limitação imposta as pessoas maiores de setenta anos que seria a de afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem com outra que seja idosa no sentido de mostrar que, apesar de seu caráter protecionista, tal restrição resultou em norma de constitucionalidade duvidosa na medida em que prejudica e acaba discriminando as pessoas em razão da idade.

Apresentou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como eixo da vigente Constituição Federal, sendo este uma garantia a ser protegida e, dessa forma, suprimir o direito de escolha quanto ao regime de bens no momento de constituir matrimônio às pessoas septuagenárias é desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, foi introduzido a este estudo o princípio da igualdade, posto que atribuir ao idoso a condição de incapaz e discriminar as pessoas em razão da idade afronta o princípio da isonomia. A norma do Código Civil, portanto, não é razoável e não está em acordo com uma hermenêutica voltada à eficácia dos Direitos Fundamentais como é a hermenêutica contemporânea.

Foram opostos entendimentos doutrinários diversos, como o de Washington de Barros Monteiro que se manifesta a favor do regime legal de separação de bens, por interpretar que pessoas com idade superior a setenta anos se encontram vulneráveis afetivamente e tal imposição afasta o casamento com fim patrimonial que em alguns casos poderia lesar a família do nubente septuagenário. Por outro lado, a maioria dos doutrinadores entende pela inconstitucionalidade da norma prevista no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, ressaltando os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade e argumentando não ser razoável

cercear o idoso do direito de escolher livremente o regime de bens de seu casamento tratando como incapazes as pessoas com idade superior a setenta anos.

Desta feita, o presente estudo teve como objetivo discutir acerca da inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos, baseando-se, principalmente, nos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade para escolha do regime de bens.

Para a concretização destes objetivos, foi utilizado como método de abordagem o indutivo, e como método de procedimento, o histórico-evolutivo. Como técnica de pesquisa utilizou-se a teórica, lançando mão, como bibliografia, do uso de doutrinas, da legislação, jurisprudência, além de artigos científicos encontrados no meio eletrônico.

Ante o exposto, constatou-se que o Direito de Família deve ser analisado sob a luz da Constituição Federal e os institutos jurídicos devem ser tutelados de maneira a permitir o desenvolvimento do indivíduo. Instituir o regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos revela-se inconstitucional por privilegiar a tutela patrimonial em detrimento da tutela da dignidade da pessoa humana, na qual se acrescentam a autonomia da vontade e a afetividade. Tal restrição ofende ainda a igualdade jurídica, constituindo uma discriminação injustificável.

A manutenção do dispositivo supracitado no ordenamento jurídico afronta a Constituição Federal, ao desrespeitar profundamente princípios e garantias fundamentais que estão enraizados não só no texto Constitucional, mas também na cultura e nos sentimentos de cada pessoa. Desta forma, enquanto se aguarda solução para a questão, caberá aos operadores do direito, aplicar a norma à luz do Estado Democrático de Direito, dos princípios e garantias constitucionais, compreendendo que a norma mais do que um emaranhado de palavras, tem uma finalidade e um fim social, e que antes de se aplicar a norma deve-se honrar os princípios constitucionais e a justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.14, jul/set. 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17 fev 2014

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 3.071, 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Lei 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70056185424**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 26/08/2013, Sétima Câmara Cível. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113142845/agravo-de-instrumento-ai-70056185424-rs/inteiro-teor-113142855> >. Acesso em: 21 fev. 2014

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1641: inconstitucionais limitações ao direito de amar**. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>> . Acesso em: 15 fev 2014

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Maria Berenice. **Novos Tempos, Novos Termos**. In: Conversando sobre o Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____, Rolf. **Do Regime de bens entre os cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 38 ed. (Regina Beatriz Tavares da Silva. Atualização), 2007, v.2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **A constituição da primeira república brasileira**.

Disponível em:

<<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/200/178>>. Acesso em: 28 jan. 2014

TAISSUM, Amin Seba. **O regime de separação obrigatória de bens: Restrições à súmula 377 do supremo tribunal federal**. Disponível em:

<http://www.fasete.edu.br/revistarios/media/revistas/2012/o_regime_de_separacao_obrigatoria_de_bens.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.