

**FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU
ALICE PEREIRA DE JESUS**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Manhuaçu/MG

2018

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU
ALICE PEREIRA DE JESUS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso Superior de Direito das Faculdade Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito de Família
Orientador (a): Ana Paula R. G. Gonçalves

Manhuaçu/MG

2018

ALICE PEREIRA DE JESUS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso Superior de Direito das Faculdade Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito de Família
Orientador (a): Ana Paula R. G. Gonçalves

Banca Examinadora

Data de Aprovação:

Ana Paula R. G. Gonçalves
Prof.^a orientadora

Rosinete Cavalcante da Costa
Prof.^a avaliadora

Alcymar Rosa Paiva
Prof.^a avaliadora

Manhuaçu

2018

Dedico este trabalho ao meu Deus, minha família, meus amigos, e a todos que acreditaram que a realização desse sonho seria possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a quem escreveu os meus dias, e fez com que tudo isso fosse possível, obrigada Deus por ter cuidado com tanto carinho de cada detalhe.

Agradeço aos meus exemplos de vida, que com todo esforço fizeram com que eu pudesse conseguir aquilo que eles não conseguiram. Obrigada Pai e Mãe, por me criarem com princípios pautados na honestidade e determinação, me sinto honrada em ser filha dos senhores.

Agradeço aos meus irmãos que me incentivaram em todo esse trajeto, eu amo vocês.

Agradeço a toda minha família, por todas orações e amor.

Agradeço a minha Igreja, a todos meu irmãos que sonharam comigo; essa conquista também é de vocês.

Agradeço ao Escritório de Advocacia e Assessoria Jurídica Marcos Tadeu Alvim Cardoso, obrigada por todo apoio nesses cinco anos.

Agradeço aos meus professores e amigos, que me ajudaram em todos momentos.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu pudesse chegar até aqui, obrigada.

.

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir a constitucionalidade ou não do art. 1.641, II, do Código Civil, onde está previsto que, os maiores de setenta anos, ao contrair matrimônio, terão que, de forma compulsória, fazê-lo sob o regime de separação de bens. Tal obrigatoriedade institui afronta aos nubentes, que em função de sua idade, não poderão optar por regime distinto daquele estabelecido.

Destarte, averígu-se a necessidade de rever e questionar, se tal dispositivo infraconstitucional está em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e autonomia da vontade, previstos na Constituição Federal de 1988.

Para o desenvolvimento deste estudo, o método dedutivo foi utilizado. Tendo como base uma análise dos princípios constitucionais, e um estudo sobre a transformação nas relações da sociedade, objetivando alcançar uma conclusão sobre a finalidade do artigo mencionado.

Diante do estudo realizado, que ponderou os argumentos que fundamentam a constitucionalidade do inciso analisado, o entendimento obtido impõe a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Princípios; Regime.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the constitutionality or not of art. 1.641, II, of the Civil Code, where it is foreseen that those who are over seventy years of age, upon entering into marriage, will have to compulsorily do so under the separation of property regime. Such obligation imposes an affront to the spouses, who according to their age, will not be able to opt for regime different from that established.

Thus, the need to review and question whether this infraconstitutional device is in conformity with the principles of the dignity of the human person, equality, freedom and autonomy of the will, provided for in the Federal Constitution of 1988, is reviewed.

For the development of this study, the deductive method was used. Based on an analysis of the principles of the Federal Constitution of 1988, and a study on the transformation in the relations of society, aiming to reach a conclusion about the purpose of the mentioned article.

In view of the study carried out, which considered the arguments that support the constitutionality of the analyzed section, the understanding obtained printed the unconstitutionality of article 1.641, II, of the Civil Code.

Keywords: Unconstitutionality; Principles; Scheme.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

CC **Código Civil**

CF/88 **Constituição Federal de 1988**

IBGE **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**

STF **Supremo Tribunal Federal**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O DIREITO DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	11
1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	13
1.1.2 Princípio da Igualdade.....	15
1.1.3 Princípio da Autonomia da Vontade.....	16
1.1.4 Princípio da Liberdade.....	17
2 REGIME DE BENS.....	18
2.1 TIPOS E ESPÉCIES DE REGIMES.....	20
2.1.2 Comunhão Parcial de Bens.....	20
2.1.3 Comunhão Universal de Bens.....	21
2.1.4 Participação Final nos Aquestos.....	22
2.2 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS.....	23
2.2.1 Separação Convencional de Bens.....	23
2.2.2 Separação Obrigatória de Bens.....	24
2.3 LIVRE ESTIPULAÇÃO.....	25
2.4 FUNDAMENTOS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	25
3 APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF EM RELAÇÃO AO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	25
4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL.....	28
4.1 A NOVA TERCEIRA IDADE.....	31
5 CONCLUSÃO.....	33
6 REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

O presente estudo discutirá a respeito da obrigatoriedade do regime de separação de bens para os septuagenários. Num primeiro momento, o artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, revela uma proteção em relação a possível perda do patrimônio dos indivíduos maiores de setenta anos, mas essa proteção fere de forma evidente os princípios constitucionais, já que de maneira discriminatória subtrai a escolha dos septuagenários.

Atribuir ao septuagenário alguma imposição para decidir qual regime de bens irá adotar em seu casamento, é agir de forma preconceituosa.

Por esse motivo, esse trabalho tem como objetivo demonstrar a constitucionalidade ou não desse dispositivo, em face aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da autonomia da vontade, ferindo de forma clara a liberdade do indivíduo septuagenário.

Ademais, uma norma infraconstitucional não pode ir de encontro com uma lei constitucional, limitando dos indivíduos seus direitos fundamentais constitucionalmente previstos, baseados em justificativas tão frágeis, como simplesmente a proteção do patrimônio de pessoas tidas como incapazes ou impulsivas, se há a real necessidade de proteger esse patrimônio, que seja de uma forma que respeite os princípios previstos da nossa Constituição.

Este tema aborda um assunto de relevante interesse social, devido ao envelhecimento da população e do novo perfil das pessoas da terceira idade. Com uma melhor qualidade de vida, estão envelhecendo mais tarde, contando com os avanços da medicina, e a disponibilidade de uma variedade de tratamentos estéticos.

Com a intenção de proteger a entidade familiar, o Estado acabou dispondo de uma norma aparentemente punitiva, agindo não somente como defensor, mas também interventor.

Em contrapartida, a Carta Magna determina que os princípios constitucionais devem ser respeitados. Por consequência disso, há uma discussão entre jurisprudência e doutrina acerca da possível constitucionalidade ou não do artigo 1.641, II, do Código Civil, visto que poderia ferir os princípios mencionados.

O primeiro capítulo deste estudo irá tratar do Direito de Família, associando esse âmbito aos princípios supracitados. O segundo capítulo tratará dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídicos, e seus princípios. No último capítulo o regime de separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos será abordado, como também seus elementos, e a aplicação da Súmula 377 do STF, fazendo um estudo ao redor do tema.

Para o desenvolvimento deste estudo, o método dedutivo foi utilizado. Tendo como base uma análise dos princípios da CF/88, e um estudo sobre a transformação nas relações da sociedade, objetivando alcançar uma conclusão sobre a finalidade do artigo mencionado.

Diante do estudo realizado, que ponderou os argumentos que fundamentam a constitucionalidade do inciso analisado, o entendimento obtido impõe a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito de Família constitui o ramo do Direito Civil que estuda, dentre outros, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, os efeitos que dele resultam, e também a relação daqueles que vivem da união sem casamento. Estabelece e regula as normas de convivência familiar, contendo preceitos que abrangem a estrutura e proteção da família.

Esse direito diz respeito a todos cidadãos, sendo permeável as alterações sofridas pelas estruturas sociais e políticas da sociedade, especialmente seu caráter religioso e ideológico. Ele deve ser analisado sob o aspecto constitucional e, dessa forma, poderá verificar um tratamento distinto a esse ramo, das pessoas em detrimento dos bens. Conforme Madaleno

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar. (2017, p.15)

Segundo leciona o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 17), “é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculados durante a sua existência”.

Por ser uma instituição fundamental, a família necessita de proteção do Estado, para dar condições de gerar um indivíduo apto para o convívio em sociedade. Assim, se observa um interferência crescente do Estado nesse ramo do direito, intentando lhe conceder uma maior proteção gerando melhores condições de vida às novas gerações.

Dentro do conceito jurídico, a família foi um dos organismos que mais sofreu alterações com o passar do tempo, principalmente em virtude da mutabilidade natural do homem. Os momentos históricos influenciaram na formação dos mais diversos modelos familiares e a família vem acompanhando a mudança dos costumes, atendendo a necessidade de cada época. Com a evolução da sociedade e o rompimento de certas tradições, passou a existir a necessidade de se rever algumas leis.

De acordo com Nelson Rosenvald (2016 p.44) “a ciência jurídica entende a família a partir de uma abrangente relação, interligando diferentes pessoas que compõe um mesmo núcleo afetivo, nele inseridos”.

Entretanto, mudar regras relacionadas ao Direito de Família, pode ser uma tarefa complexa, considerando que esse ramo interfere na vida das pessoas e nos seus sentimentos, em especial quando se fala de relações afetivas, a tarefa é ainda mais complicada. Por conseguinte, passa a existir uma necessidade de adaptação das soluções para os problemas enfrentados, na tentativa de recompor os conflitos que surgem na vida familiar.

Embora a concepção de família tenha sofrido profundas mudanças em nossos dias, a organização da sociedade se dá em torno de sua estrutura, pois ela é o primeiro agente socializador do ser humano. Dessa forma o legislador deve estar atento às modificações que precisam ser feitas no decorrer do tempo, haja vista o novo conceito de família, e consequentemente um novo Direito de Família. De acordo com Gonçalves:

lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo de sangue que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pelas afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins. (2016 p.17)

Somente com a lei, não consegue prever todas as situações em face da complexidade da sociedade contemporânea e da constante evolução da família. Desta forma, a análise sistemática de um caso não deve ser feita apenas no texto legal, mas conta com a interpretação dos princípios jurídicos, a jurisprudência e a doutrina.

A CF/88 de acompanhou a evolução da sociedade, adotando uma nova ordem de valores, e abarcando os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana, especialmente no Direito de Família. Destarte esses princípios constitucionais devem ser apreciados.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais, são regras que estruturam o Estado, constituindo seus atributos fundamentais.

Gilmar Mendes leciona:

“Pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: primeiros são formulados genérica e abstratamente pelo legislador, depois se concretizam, naturalmente, como normas do caso ou normas de decisão pelos intérpretes e aplicadores do direito.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2016, p. 100)

Vale ressaltar que há uma hierarquia entre os princípios que baseiam o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, os princípios presentes em nossa Constituição estão no topo de tal hierarquia, trazendo consigo uma importância maior, devendo ser respeitados perante as suas orientações e seguidas pelas demais orientações jurídicas vigentes.

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui um dos elementos do Estado Democrático de Direito, sendo o Princípio base do nosso ordenamento jurídico:

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. (BRASIL, 1988, online)

Formado por um conjunto de valores, ele possui a função de certificar que os cidadãos tenham seus direitos respeitados pelo Estado, tendo como objetivo garantir seu bem estar.

A finalidade fundamental desse princípio é assegurar que os direitos dos cidadãos sejam respeitados pela sociedade, preservando dessa forma a valorização do ser humano.

Por tratar de um direito fundamental inerente a todos os indivíduos, com um valor supremo, atua como o alicerce da ordem jurídica democrática, sendo obrigação do poder público impedir toda lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Segundo o doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho (2016, p. 384) dignidade da pessoa humana “significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio”.

Este princípio hoje sustenta o ordenamento jurídico, ligado completamente a ideia de dignidade, abarcando outros princípios, como o da igualdade e liberdade. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

Seu reconhecimento é resultado da evolução do pensamento humano, ao qual se reporta a uma ideia democrática, tornando-se elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

O referido princípio previsto na CF/88, gerou uma alteração na concepção do Direito Civil, com o foco não mais no patrimônio, mas sim na pessoa humana. Desta feita, incumbe aos legisladores criar dispositivos, com o objetivo de impedir qualquer tipo de violação contra esse princípio.

A família tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, que integram a base familiar, garantindo pleno desenvolvimento aos seus membros. Segundo Madaleno:

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familiarista, pois configurando um único sistema, e um único propósito, que está em assegurar a comunhão de plena vida e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar (MADALENO 2016,p.46)

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 78) explicam sobre a preservação da dignidade da pessoa humana dizendo: “a dignidade somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito de suas relações”.

Portanto, esse princípio revela uma forma de conduzir as relações sociais em geral e não individual.

1.1.2 Princípio da Igualdade

A autora Carmen Lúcia Antunes Rocha (2016, p. 214) diz que, Igualdade constitucional “é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental”.

Há duas espécies de igualdade, quais sejam: igualdade formal e igualdade material, também conhecida como igualdade substancial.

O prisma formal trata-se da igualdade perante a lei, onde homens, mulheres e todos os cidadãos brasileiros são iguais conforme a legislação. O prisma material estabelece que todos os cidadãos devem receber um tratamento igual ou desigual, de acordo com a situação. Quando as situações são iguais, deve ser dado um tratamento igual, mas quando as situações são diferentes, é importante que haja um tratamento diferenciado.

O Princípio da Igualdade é de extrema importância para o Direito de Família, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, no qual dispõe:

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. (BRASIL, 1988, online)

Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores estabelecidos na Constituição Federal, cuja finalidade é limitar a atuação do legislador, do intérprete, autoridade pública ou do particular. De acordo com Maria Berenice Dias:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade. (2016, p. 102)

O legislador não poderá editar normas que afastem o princípio da igualdade, sob pena de flagrante constitucionalidade. O intérprete e a autoridade política não podem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades. O particular não pode pautar suas condutas em atos

discriminatórios, preconceituosos, racistas ou sexistas. Segundo Maria Berenice Dias:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. (2016, p. 104)

Assim, pode-se afirmar que esse princípio tem grande importância no nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo é o tratamento igual e justo perante todos, sem nenhuma distinção, seja ela por cor, raça, credo. E que está sendo ferido pelo ordenamento ora estudado no presente trabalho, uma vez que, de forma absurda, este trata o cidadão septuagenário de forma desigual perante os demais, constrangendo de forma preconceituosa, qualquer pessoa que venha a contrair matrimônio com essa pessoa.

1.1.3 Princípio da Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade é a liberdade que a obrigação contratual possui, onde a sua única fonte é a vontade das partes. A vontade humana se torna o núcleo, a fonte e a legitimação da relação jurídica. Destarte, a força que impõe as partes a cumprirem o contrato, encontra sua justificativa na vontade livremente estabelecida no instrumento jurídico, cabendo à lei assegurar apenas os meios que levem o cumprimento da obrigação, tornando-se portanto, posição supletiva.

Maria Helena Diniz (2016, p. 40-1) conceitua o princípio da autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

Segundo os ensinamentos do doutrinador Rolf Madaleno (MADALENO, 2017, p. 88) “a autonomia da vontade se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais”.

Por seu turno, Clóvis do Couto e Silva (1976, p. 17) reafirma o conceito como a “possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar, associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.”

Existem alguns elementos da autonomia da vontade que precisam ser analisados. O primeiro deles é a liberdade contratual, onde o indivíduo é livre para proferir sua própria vontade sem coação externa. É a liberdade de escolher a parte contratual e de estabelecer seus limites, em vista disso, exteriorizar sua vontade da maneira que pretender.

O segundo elemento é a força obrigatória dos contratos, onde o homem é livre para manifestar sua vontade e aceitar as obrigações que desejar. Sua vontade se torna fonte das obrigações.

Segundo Marquês de São Vicente (apud RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 40-41), “O direito ou liberdade de contratar é de tal modo evidente que ninguém jamais dirigiu-se a impugná-lo; seria para isso necessário pretender que o homem não pode dispor de sua inteligência, vontade, faculdade ou propriedade”.

Não basta somente reconhecer esse princípio, é necessário também respeitá-lo em toda sua totalidade, do contrário ele se tornaria inutilizado.

Desta forma, verifica-se que o cidadão, diante do princípio da autonomia da vontade, é livre para contratar o que bem entender, já que o mesmo é dotado de capacidade civil, observando apenas o interesse coletivo, que não pode ser ferido pelo interesse particular.

1.1.4 Princípio Da Liberdade

Segundo o Dicionário Aurélio, o termo liberdade significa “direito de proceder conforme nos pareça, contanto que esse direito não vá contra o direito de outrem, condição do homem ou da nação que goza de liberdade, conjunto das ideias liberais ou dos direitos garantidos ao cidadão”.

Quando se trata do Direito de Família, o princípio da liberdade faz referência ao poder de escolha, extinção, e constituição da entidade familiar. Dessa forma, se pode dizer que ele trata da livre iniciativa dos indivíduos em constituir família, sendo vedada ao Estado qualquer intervenção nesse meio.

A liberdade do indivíduo encontra seu campo de ampliação na democracia, pois a medida que esse processo prossegue, o homem vai se soltando das barreiras que o constrangem, conquistando mais liberdade. Segundo Maria Berenice Dias:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, homem e mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal. (2016, p. 38)

Desta forma, podemos perceber a importância desse princípio no cotidiano, sendo primordial sua observância.

2. REGIME DE BENS

Inicialmente, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2016, p. 314) conceituam regime de bens como “o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial dos cônjuges”, no qual começa a vigorar desde a data do casamento.

O sistema de regime de bens é constituído por um complexo de normas que regularizam as relações econômicas entre os cônjuges na constância do casamento, principalmente quando se diz respeito a administração dos bens de ambos, adquiridos antes ou depois da união conjugal. (GONÇALVES, 2016)

No ordenamento jurídico brasileiro são previsto os seguintes regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação total e participação final dos aquestos. Sendo importante salientar, que a separação legal prevista no artigo 1.641 do Código Civil é apontada como uma imposição legal, e não regime específico.

Além de permitir que os cônjuges escolham algum dos regimes mencionados, permite que as partes façam um combinação entre eles, regulamentando suas relações econômicas, desta forma criando um novo regime, sendo exceção as hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil, onde o regime de separação é imposto aos nubentes de forma compulsória. (GONÇALVES, 2016)

Há três princípios norteadores, quais sejam: princípio da liberdade de escolha, da variabilidade e o da mutabilidade.

O código Civil em seu artigo 1.639, determina que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Essa norma deixa claro o respeito ao princípio da liberdade de escolha quando ao regime de bens, fundamento no conceito de que ninguém melhor que os nubentes para escolher qual regime regulará suas relações econômicas.

A imutabilidade acontece por duas principais razões: o interesse do cônjuge e o de terceiros. Esse princípio evita que um dos cônjuges se aproveite de sua ascendência e obtenha vantagens em seu favor. Ficando também amparado o interesse de terceiros contra a mudança no regime, onde poderiam ser prejudiciais (GONÇALVES, 2016).

No Código de 1916 a imutabilidade do regime de bens era plena, tendo como única exceção uma regra constatada na LINDB, onde era assegurado que o estrangeiro ao se naturalizar brasileiro, poderia optar pelo regime da comunhão parcial, respeitando o direito de terceiros. Assim está disposto em lei:

Art. 5º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 7º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime da comunhão universal de bens, respeitados os direitos de terceiro e dada esta adoção ao competente registro.

No Código Civil de 2002 a imutabilidade não é absoluta, em seu artigo 1.639 § 2º sua alteração é concedida “mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros”.

Segundo Carlos Alberto Gonçalves “O Código Civil de 2002, dessearte inovou, substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pelo da mutabilidade motivada ou justificada, sendo que a exceção é mutabilidade, porém a inalterabilidade continua sendo regra, sendo obtida somente em situações especiais, por meio de sentença judicial e demonstrado a jurisdição voluntária e a pretensão mútua. (2016 p.437)

2.1 TIPOS E ESPÉCIES DE REGIMES

O ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas possibilidades acerca dos regimes de bens que podem ser adotados pelos nubentes, quais sejam: o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da separação e o da participação final nos aquestos.

Conforme está previsto no artigo 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002).

Os contraentes podem aderir um dos quatro regimes dispostos pela lei, ou ainda fazer uma combinação de regimes, criando um misto, sob condição de que estipulações sejam compatíveis com os princípios adotados pelo direito de família, segundo o artigo 1.655 do Código Civil. As partes podem escolher o regime mencionando-o pela rubrica constante do Código, pelos artigos de lei que o disciplinam, bem como pelos preceitos que o regem. GONÇALVES (2016, p. 449).

2.1.2 Comunhão Parcial de Bens

Esse regime é o mais difundido em nosso País. É conhecido como regime oficial ou legal, pois vigora no silêncio das partes ou quando ocorrer um eventual vício que macule o pacto antenupcial. Segundo Gonçalves:

O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art. 1.640, caput). Por essa razão, é chamado também de regime legal ou supletivo, como já mencionado. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns. (GONÇALVES, 2016, p. 328).

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

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III- os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, 2002).

Destarte, comunicam-se todos os bens obtidos onerosamente na constância do casamento, os bens que os cônjuges possuíam anteriormente ao matrimônio, continua a pertencê-los única e exclusivamente, bem como os bens que vierem depois do matrimônio através de sucessão ou doação.

Portanto, pode-se notar que a incomunicabilidade desse regime não é absoluta, sofrendo a influência dos artigos 1.659 a 1.661, do Código Civil. Visto que os bens incomunicáveis ou particulares de cada cônjuge, não são somente os que cada um possuía por ocasião do matrimônio, mas também os previstos no artigo 1.659 do Código Civil. Desta forma:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I- os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II- os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III- as obrigações anteriores ao casamento;

IV- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII- as pensões, meios-soldos, montepíos e outras rendas semelhantes. (BRASIL, 2002).

A administração dos bens neste regime pertence a qualquer um do casal, observando a isonomia, pois a administração dos bens de cada um será de responsabilidade do seu proprietário.

2.1.3 Comunhão Universal de Bens

Esse regime tende a unicidade patrimonial, ou seja, comunicam-se todos os bens adquiridos antes ou depois do casamento, independentemente da aquisição ter se dado de forma onerosa ou gratuita, sendo compartilhados entre os cônjuges não só os bens, como também as dívidas, a partir do momento que se casarem. Segundo Gonçalves:

Regime da comunhão parcial é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial. (2016,p.476)

No regime supracitado, o que vai prevalecer são os bens comuns ao casal, não levando em consideração sua natureza. Esses bens comuns não poderão ser divididos até o momento da ruptura do casamento. Mesmo que a comunicação atinja tudo que eles adquirem, podem também existir bens próprios de cada um. Não é permitido que um dos cônjuges se aposse de qualquer um dos bens excluídos comunhão com previsão em lei. Tendo cada um que defender a coisa possuída contra pretensão de terceiros. (GONÇALVES, 2016)

Em caráter de excepcionalidade, o artigo 1.668 do Código Civil estabelece os bens que deverão ser excluídos da comunhão, conforme assim dispõe:

“Art. 1.668. São excluídos da comunhão:
 I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
 II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
 III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
 IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
 V - Os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659.”

A administração dos bens neste regime pertence a qualquer um do casal.

2.1.4 Participação Final nos Aquestos

Esse regime é conhecido como híbrido, pois tem características do regime de separação de bens e do regime de comunhão parcial de bens. A noção geral está prevista no artigo 1.672 do Código Civil:

Art. 1.672 – No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Em comparação com o regime da comunhão parcial de bens, a noção geral é de que no regime da comunhão parcial os cônjuges participam dos aquestos desde a

celebração do casamento; no regime da participação final nos aquestos, os cônjuges participam dos aquestos apenas no final, quando da dissolução do casamento.

De acordo com Farias e Rosenvald:

durante o casamento, cada cônjuge mantém um patrimônio próprio, individual e livremente administrado e, quando da dissolução do matrimônio, cada um deles tem direito a meação sobre os bens que o outro adquiriu, a título oneroso, na constância da convivência. Aliás, esse direito que cada esposo tem à meação não admite renúncia ou cessão, bem como se apresenta impenhorável, na constância do casamento (CC, art. 1.682). (2016,p.373)

Na vigência do casamento as regras que vigoram são as do regime de separação de bens, no qual cada cônjuge irá administrar os bens que possuir.

Após o fim do matrimônio, as regras que passarão a vigorar são as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens, no qual serão partilhados os bens obtidos na constância do casamento a título oneroso.

2.2 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Esse regime divide-se em Separação Convencional de Bens e Separação Obrigatória de Bens, em ambos carecem a comunicação de bens, na medida em que cada cônjuge manterá patrimônio exclusivo, não importando a data em que foi adquirido ou se a forma de aquisição foi gratuita ou onerosa.

2.2.1 Separação Convencional de Bens

Nesse regime os cônjuges pretendem por meio de vontade expressa no pacto antenupcial, assegurar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, não importando a data e a forma da aquisição, tendo como objetivo a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges. De acordo com Gonçalves:

No regime da separação convencional, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, 32 podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis. (2016, p.494)

Se ocorrer a separação do casal, cada cônjuge deverá arcar com as obrigações que contraiu, com exceção daquelas despesas que reverterem em favor do casal, na qual deverá ser assumida por ambos.

Vale ainda ressaltar, que nesse regime não há a incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, pelo fato de que houve expressa manifestação da vontade dos cônjuges em relação a independência patrimonial, afastando, desta forma, a comunicabilidade derivada desse referido enunciado.

2.2.2. Separação Obrigatória de Bens

Esse regime é imposto pela lei em diversos casos, no qual não cabe aos nubentes o direito de escolher a comunicabilidade de bens por meio do pacto antenupcial, não havendo, via de regra, nenhuma comunicação patrimonial.

O artigo 1.641, do Código Civil, estabelece as hipóteses das imposições desse regime, que assim dispõe:

“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.”

Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 146), acerca do tema, dispõe que “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”.

Segundo Maria Berenice Dias:

trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais. (2016, p. 256)

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

Nesta categoria de regime de bens, não só os bens individuais que possuíam antes do casamento, ou seja, os particulares, não se comunicam, também os bens futuros, os aquestos, e dos que forem adquiridos durante a vida não se sujeitam a comunicabilidade.

Em contrapartida, não há regra que impeça o cônjuge com mais de 70 anos, casado sob o regime da separação obrigatória, fazer doação de bens ao outro, desde que se observe o princípio da livre disposição dos bens.

2.3 Livre Estipulação

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

Consoante o parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil, os nubentes poderão “no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes.” (BRASIL, 2002). Destarte, podem os nubentes adotar um dos regimes já aludidos, criar um regime misto fazendo uma combinação, ou eleger um novo.

Entretanto, para as pessoas que se enquadrem nas situações previstas no artigo 1.641 do CC/02, a lei fixa o regime de bens, tornando obrigatório para aqueles que casarem sem a observância das causas suspensivas; para os maiores de setenta anos; e para todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar. (BRASIL, 2002). Sendo assim, a livre estipulação não é absoluta.

A escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial. Se este não for ineficaz, nulo ou não for feito, segundo artigo 1.641 do CC/02 “vigorará quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (BRASIL, 2002). O pacto antenupcial é optativo, apenas necessário se os nubentes quiserem adotar regime diverso do legal. Na falta desse pacto, a aceitação do regime da comunhão parcial é presumida.

2.4 FUNDAMENTOS DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Existem alguns casos em que a vontade dos noivos não é acatada, sendo obrigatório o regime de separação de bens. Tais hipóteses estão previstas no artigo 1.641 do Código Civil. Dispõe o referido artigo.

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial

Comumente, quando as pessoas optam pelo casamento, elas podem escolher algum dos regimes previstos em lei, ou até mesmo gerar um novo regime. Se não for firmado o pacto antenupcial, o regime da comunhão parcial de bens entrará em vigor.

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

Não há régua que impeça o cônjuge com mais de 70 anos, casado sob o regime da separação obrigatória, fazer doação de bens ao outro, desde que se observe o princípio da livre disposição dos bens.

3. Aplicação da Súmula 377 do STF em Relação ao Regime da Separação Obrigatória de Bens

O enunciado da Súmula 377 do STF tem a intenção de impossibilitar que determinadas pessoas enriqueçam ilicitamente, utilizando do regime patrimonial para não dividir os bens com o cônjuge também responsável pelo enriquecimento do casal. Assim diz: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

De acordo com Madaleno:

A súmula n. 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era o de desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação moral e espiritual e para crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar. (2014, p.734)

Ao reproduzir uma norma da legislação arcaica, o Código Civil não se atentou para o fato das alterações na Justiça. A diminuição da autonomia, não permitindo a comunhão dos bens obtidos durante a vida comum, levou o Supremo Tribunal Federal a sumular a matéria. (DIAS, 2016)

A Súmula mencionada possui o efeito de aproximar o regime de separação em regime de comunhão parcial de bens, não excluindo os bens que foram adquiridos por testamento ou doação. A separação patrimonial fica ligada aos bens obtidos antes do matrimônio. Segundo Maria Berenice Dias:

A tentativa do Estado de reger a vida e os afetos das pessoas é de tal ordem que, além de impor um limite mínimo de idade - o que até se entende -, também impõe uma idade máxima para o casamento. A quem desobedece às recomendações legais simplesmente a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos quanto aos aspectos patrimoniais. (2016, p.37)

Destarte, ela ajudou a abrandar a imposição que ocorre nos regimes de separação obrigatória de bens, explicitadas no artigo 1.641 do Código Civil.

De acordo com o entendimento jurisprudencial:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 1641,II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.
2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.
3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça.
4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial.

Segundo Maria Berenice Dias:

Em face disso, passou a jurisprudência a admitir a divisão do acervo adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges, invocando a Súmula 377 do STF que visa a evitar o enriquecimento sem causa de um do par. O esforço comum sempre foi presumido, por decorrer da vida em comum e da solidariedade que deve unir o casal.

No entanto, o STJ, mudou de orientação e passou a exigir a prova do esforço comum ou da participação efetiva na aquisição do patrimônio para dar ensejo à divisão. (2016, p.60)

Analizar a ideia de esforço comum é de extrema relevância para o direito, devendo ser observado em várias discussões patrimoniais no âmbito dos casamentos e uniões estáveis.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL.

A finalidade deste tópico é demonstrar a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil, no qual uma lei infraconstitucional vai de encontro aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, colidindo com os princípios constitucionais, considerados fundamentais, que já foram analisados anteriormente.

Ao impor o regime de separação obrigatória de bens, o Código Civil está reduzindo a capacidade civil dos septuagenários, considerando-os incapazes de escolher o seu próprio regime de bens, simplesmente, por terem ultrapassado determinado patamar etário. Neste sentido, a visão coaduna com a fala de Pietro Perlingieri:

“[...] se faz necessário desvincular a avaliação dos atos e das atividades da pessoa da sua idade, porque, enquanto o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.471/2003) prescreve ser obrigação do Estado e da sociedade assegurar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, como valores intrínsecos da pessoa humana, sujeito natural de direitos e de obrigações, deixa de reconhecer a proteção que propugna como valor supremo ao estabelecer infundadas restrições, sustentadas na mera discriminação cronológica. A verdadeira expressão de garantia do princípio da dignidade somente pode ser relativizada quando as faculdades intelectivas realmente estiverem gravemente comprometidas, porque só nessa hipótese estará justificada a intervenção nos direitos do idoso, mas por limitação direta, objetiva e real e não nessa versão da presunção etária de generalizada incapacidade”. (2016, p.7)

Sobre o tema, preleciona Maria Berenice Dias:

“Das várias previsões que visam a suspender a realização do casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, 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 de 70 anos (CC 1.641 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 constitui em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem.

O legislador, sem buscar nenhum subsídio probatório, limitou a capacidade dos maiores de setenta anos retirando-lhes sua liberdade para escolher o regime de bens que melhor lhes satisfaça. Tal imposição é absoluta de modo que não há nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal". (2016, p. 106)

Segundo os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, consoante o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil:

"Infelizmente, o legislador confundiu senilidade com incapacidade, pois referido dispositivo legal versa-se sobre uma interdição parcial de direitos decorrente da idade. Sem razão, o Estado está invadindo a esfera pessoal dos noivos para impedir a escolha do regime de bens pelas pessoas maiores de setenta anos. Desprezando a proteção integral destinada aos idosos, impõe-se a vontade do Estado, em prejuízo da liberdade de autodeterminação das pessoas, afrontando a sua dignidade. Isto posto, o dispositivo legal é de duvidosa constitucionalidade, fazendo jus a ser rejeitado, até mesmo por ser contrário ao movimento da intervenção mínima na família" (2016, p. 115)

Prosseguindo em seus ensinamentos, os aludidos autores afirmam que impôs a legislação civil limitação à liberdade de escolha do regime de bens do casamento quando um dos noivos for septuagenário, configurando, clara, violação aos princípios constitucionais, dizendo que:

"Com efeito, por diminuir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição imprevista pela norma constitucional, versa-se de dispositivo legal inconstitucional, ferindo frontalmente o princípio base do nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, dignidade da pessoa humana" (2017, p. 278).

Neste sentido, a visão coaduna com a fala de Paulo Lôbo:

"A hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus" (2017, p.78)

Para Caramuru Afonso Francisco (2011, p. 71), "é lastimável a manutenção do regime compulsório da separação de bens por questão de idade dos noivos,

instituindo-se em um insulto ao fundamental princípio da dignidade da pessoa humana”.

A respeito da restrição à autonomia da vontade, Maria Berenice Dias salienta:

“A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. [...] A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 1.177 a 1.186). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatório que o interditando seja interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa” (2016, p. 476-474).

Discorrendo sobre a afronta a autonomia privada, Silvio Rodrigues (2011, p. 279), afirma que “tal restrição, a meu ver, é atentatória a liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificada”.

Atinente ao princípio da igualdade, a imposição do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, afronta tal princípio, pois não há nenhuma restrição na união estável referente ao regime de bens. Quando não dispuseram nada em contrato, será aplicado o regime da comunhão parcial bens.

Rolf Madaleno finaliza o estudo desse tema dizendo que:

“por colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana é vista como inconstitucional a restrição que impossibilita a livre escolha do regime de bens do casamento dos septuagenários. Também o princípio da igualdade não é preservado, uma vez as restrições são impostas pela idade e somente para o casamento civil, inexistindo na união estável”. (2016, p.78)

No Enunciado sob o número 125 da Jornada de Direito Civil, foi proposta a revogação da norma que impôs o regime da separação obrigatória de bens para às pessoas maiores de setenta anos, vejamos:

“125 – Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. Proposta: revogar o dispositivo. Justificativa: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

No mesmo raciocínio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 280), afirmam que: “o afastamento integral do dispositivo que impôs o regime da separação obrigatória de bens as pessoas maiores de setenta anos, isto é, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, é a única solução a respeitar os valores constitucionais”.

Corroborando todo o exposto, as certeiras palavras dos referidos autores, (2011, p. 282) “é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana”.

Posto isso, podemos concluir que a inconstitucionalidade do referido dispositivo é fundamentado pela violação dos princípios constitucionais, quais sejam: igualdade, liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

4.1 A Nova Terceira Idade

Segundo dados fornecidos pelo IBGE, entre 2012 e 2017, a quantidade de idosos cresceu em todas as unidades da federação, sendo os estados com maior proporção de idosos o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, ambas com 18,6% de suas populações dentro do grupo de 60 anos ou mais. O Amapá, por sua vez, é o estado com menor percentual de idosos, com apenas 7,2% da população.

O cenário brasileiro tem passado por transformações significativas nos últimos tempos, principalmente pelo aumento da expectativa de vida. A melhoria na qualidade de vida, os constantes avanços da medicina, e as grandes inovações dos tratamentos estéticos, são alguns elementos que contribuem para o envelhecimento populacional.

Com o aumento do número de idosos, a terceira idade se encaminha a representar uma maior parcela populacional. A crescente longevidade apresenta

inúmeros desafios, sendo assim, surgem políticas públicas designadas a estas pessoas.

A Lei nº 10.741/03 sobre o Estatuto do Idoso é um conjunto de regras que determina alguns direitos para os cidadãos da terceira idade. O referido estatuto objetiva proteger os idosos, como está previsto em seu art. 8º “o envelhecimento é um direito personalíssimo, e a sua proteção um direito social”.

Hoje, a denominada terceira idade, representa uma nova concepção de envelhecimento. As pessoas estão tendo acesso a uma melhor qualidade de vida, desta forma, envelhecendo mais tarde. O pensamento que liga as pessoas com mais de sessenta anos à invalidez e improdutividade, está se tornando cada vez mais distante.

Em seu artigo 1º, o Estatuto do Idoso determina a idade de 60 anos para a entrada na terceira idade. Nele estão previstas algumas vantagens, tais como prioridade na tramitação de processos e ações judiciais, desconto em atividades culturais, e gratuidade no transporte público urbano.

O perfil das pessoas pertencentes à terceira idade vem sofrendo certas alterações, pois elas se mostram cada vez mais ativas e saudáveis. Esta fase não está mais sendo usada para repousar, ficando reclusas, ou sem vida social.

O que realmente está acontecendo na atualidade, é que muitos idosos continuam trabalhando mesmo após sua aposentadoria, e desta forma contribuindo significativamente para a economia do país, uma vez que em várias situações, eles continuam sendo os provedores, responsáveis pelo sustento de suas famílias. Os que não possuem esses encargos estão se dedicando a outras atividades, como esportes, viagens e lazer, outros até voltando aos estudos.

Com uma social mais ativa, as relações afetivas estão crescendo na terceira idade também. Alguns decidem por se casar pela primeira vez, e os que são divorciados ou viúvos, se permitem voltar a refazer sua vida afetiva. Desta forma, essa idade está sendo vista como uma etapa adequada para também viverem novas experiências e relacionamentos.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a inconstitucional imposição do regime da separação obrigatória de bens aos septuagenários e sua colisão com os princípios da isonomia, autonomia da vontade e liberdade que são abrangidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da liberdade mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. Inclusive, o fundamento constitucional da autonomia privada é o princípio da liberdade. Liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa de direito público ou privado, conforme disposto no artigo 1.513 do Código Civil. Esse referido princípio abrange a livre decisão do casal no planejamento familiar, na livre aquisição e administração do patrimônio familiar, opção pelo regime de bens mais conveniente, dentre outras.

A imposição do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil ofende o princípio da liberdade, uma vez que o legislador está limitando a capacidade dos septuagenários, quando retira a sua liberdade de escolher dentre os diversos regimes de bens existentes o que melhor lhes agradem. Sendo, atribuída tal incapacidade para alguns atos da vida civil, tão-somente, por estas pessoas terem ultrapassado determinado patamar etário.

O referido tema também busca uma observação em relação ao limites da intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos. Deste modo, o dispositivo mencionando não considera a nova realidade social das pessoas que pertencem a classe da terceira idade. Essas pessoas hoje, possuem uma vida mais intensa e mais ativa, consequentemente, os relacionamentos amorosos se tornam mais comuns, inclusive a vontade de contrair matrimônio.

Desta forma, o idoso estando com completa lucidez, e em plena atividade intelectual, é justo que ele tenha o direito de escolher o regime de bens que mais achar adequado. Obviamente, se a pessoa não possuir absoluta competência e discernimento para os atos da vida civil, então que se proceda ao instituto da interdição, tendo que ser provada a falta de capacidade, e não simplesmente presumir a incapacidade pelo fato da idade avançada.

Sendo assim, não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil. Diante de todas as discussões ao redor do tema, na jurisprudência e doutrina, é de suma importância que o referido dispositivo seja revogado, considerando a necessidade do Direito acompanhar as mudanças na sociedade.

Outrossim, viola o princípio da igualdade, visto que não há qualquer restrição na união estável referente à escolha do regime de bens, não obstante, será aplicado o regime da comunhão parcial de bens quando não tiver sido celebrado o contrato de convivência, independente da idade do casal. Além disso, o legislador, não pode atribuir tratamento mais favorável ao casamento ou a união estável uma vez que a nossa Carta Magna lhes conferiu o mesmo status.

Por conseguinte, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil é inconstitucional, devendo ser revogado, pois afronta diretamente os princípios da liberdade, isonomia e da autonomia da vontade que são abarcados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como é contrário ao movimento da intervenção mínima na família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05,06 e 07 outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 6º vol., 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao7/DECLARA_201789.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Introdução e Princípios Constitucionais do Direito das Famílias**. Direito das Famílias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 01-134.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **O Regime de Bens do Casamento. Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 263-345.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Perspectiva Princiológica do Direito de Família. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 6. p. 73-109.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Regime de Bens do Casamento: Noções Introdutórias Fundamentais. Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 6. p. 313-341.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Regime de Bens do Casamento: Comunhão Parcial de Bens. Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 6. p. 343-359.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Regime de Bens do Casamento: Comunhão Universal de Bens. Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 6. p. 361-369.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Regime de Bens do Casamento: Separação Convencional de Bens. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 6. p. 371-379.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Regime de Bens do Casamento: Participação Final nos Aquestos. **Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 6. p. 381-392.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Do Direito Patrimonial. Título I: Do regime de Bens entre os Cônjuges. In: **Direito Civil Brasileiro**, volume VI. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 395-450.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados: Enunciado nº 125. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 31 de outubro de 2018.

MADALENO, Rolf. **Direitos Fundamentais e Princípios de Direito de Família**. Curso de Direito de Família. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39-97.

MADALENO, Rolf. Do Direito Patrimonial. **Curso de Direito de Família**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 675-820.

MOLINA, João Gabriel Guimarães; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. A problemática do regime de separação obrigatória de bens para o sexagenário. 2018. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2639/2422>>. Acesso em: 29 de outubro de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos e Garantias Fundamentais**. Direito Constitucional. 23^a ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 30-122.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Os Princípios Fundamentais para o Direito de Família**. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 91-191.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Direitos individuais e coletivos in specie. Curso de **Direito Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215-314.

SEREJO, Paulo. **Conceito de Inconstitucionalidade**: Fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm#13>. Acesso em: 04 de novembro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Dos princípios constitucionais do Estado brasileiro****Curso de Direito Constitucional** Positivo. 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005. p. 97-122.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados: Enunciado nº 125. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4^aed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Mártires Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4^aed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol. 6. 28^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2016.

SILVA, José Afonso da. Direito de Igualdade. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 211229.

SILVA, José Afonso da. Direito de Liberdade. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 230269

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** 7^o vol., 6^a ed. São Paulo: Método, 2015.