



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATALIA ADRIANA DA SILVEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME
DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS
PARA MAIORES DE 70 ANOS

BARBACENA

2015

A inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos

*Natália Adriana da Silveira

**Ana Cristina Silva Iatarola

Resumo

O presente artigo visa, em linhas gerais, uma breve análise das disposições patrimoniais no casamento no que refere ao tratamento jurídico dado aos bens aquestos no regime de separação obrigatória de bens. Cabe ao Estado a proteção do Direito de Família. O Código Civil prevê a liberdade de escolha no regime de bens do casamento, porém nos casamentos septuagenários impõe o regime de separação obrigatória, como intuito de proteger os bens de família, impedindo o casamento argentário, por mero interesse financeiro. Esta obrigatoriedade é alvo de críticas, uma vez que a Constituição Federal não admite discriminação por causa da idade e também por alegação de ofensa a outros princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da dignidade humana que tira do nubente a liberdade de escolha de optar pelo regime que mais lhe convir, principalmente por não admitir sequer pacto antenupcial prevendo outro regime de bens, tampouco alteração do regime após o casamento, ainda que justificado. O ponto de partida é o artigo 1641, II do Código Civil, vez que o Estado torna tal nubente como absolutamente incapaz. Será feita uma abordagem da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, abordando a Súmula 377.

Palavras-chave: Regime de bens, Inconstitucionalidade, Casamento Septuagenário, Direito de Família.

1- Introdução

Objetiva-se com o presente artigo analisar a imposição legal do regime de separação obrigatória de bens para nubente acima de 70 anos de idade.

O direito busca pacificar os conflitos sociais, mantendo a ordem e harmonia necessárias à preservação e desenvolvimento da sociedade, assim é necessário que esteja em

** Professora Orientadora. Mestre em Direito Público, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho. Professora Titular da disciplina de Direito Tributário na Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Barbacena – MG – e-mail: anaiatarola@unipac.br

consonância com os valores sociais, mas para isso é importante atentar-se para as disposições previstas no nosso ordenamento jurídico.

Nota-se que o Direito Civil possui previsão legal para o casamento dos nubentes maiores de setenta anos casar-se em regime de separação obrigatória de bens, que é imposição descabida e já superada pelos valores defendidos pela sociedade.

O ponto de partida para o presente artigo é a pesquisa do artigo 1641, II, do código Civil, que fixou imposição do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes septuagenários.

A doutrina majoritária posiciona-se pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, vez que sustentam que tal dispositivo violaria o princípio da dignidade humana.

Neste contexto, será primeiramente abordado o Direito de Família recebendo total proteção do Estado como centro de preservação os interesses do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares. Em seguida será tratada a relação jurídica do Casamento, que remete à ideia de constituição de família e, assim inserido, está no âmago do Direito de Família e os regimes de casamento previstos em nosso ordenamento.

Após, parte-se para o ponto maior deste artigo que é a obrigatoriedade de regime de separação de bens para o casamento de nubentes com mais de 70 anos. Será feita a abordagem deste dispositivo legal, a ofensa aos princípios constitucionais e por fim a posição do STF sobre o tema.

Ao final, são expostas as conclusões deste trabalho, refletindo sobre a imposição de obrigatoriedade do regime de separação de bens, sua inconstitucionalidade frente as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade.

A metodologia utilizada consistiu em vasta pesquisa bibliográfica, consulta a livros, periódicos e sites, com posterior seleção precedida de análise qualitativa das evidencias comprovadas.

2- Direito de Família

Toda pessoa quando nasce torna-se membro de uma entidade familiar, onde fica ligado durante toda sua existência, mesmo posteriormente adquirindo novos membros familiares. O envolvimento entre os membros familiares gera a necessidade de se criar o direito de família, que é o núcleo fundamental para toda a sociedade, devido no meio familiar

originar diversos hábitos, sentimentos, para cada indivíduo, por isso a necessidade de defender a instituição familiar, seus interesses e, evitando assim, sua desagregação.

O Estado visa proteger a família em todos os âmbitos, estabelecendo a nível constitucional conforme se vê no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso.

Assim, o Estado é o guardião e o defensor das liberdades individuais e o garantidor do desenvolvimento integral do homem e da mulher, nas famílias e na sociedade, é-lhe defeso interferir nas atividades privativas das sociedades conjugais, pela ordem natural que só a elas compete. Compete ao Estado, sobretudo no cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais, zelar pela vida, na defesa do homem em sua origem, em sua evolução e em seu declínio, vedando ativamente a violação daqueles valores, superiores a todos os demais, que resguardam o direito à vida humana com dignidade.

Partindo dessa perspectiva a dignidade da pessoa humana ganha especial atenção, dentre os princípios fundamentais, conforme o artigo 1º da Constituição Federal.

O Direito de Família era definido por Clovis Beviláqua(1937, pag.6) da seguinte forma:

é o complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência.

É no Direito de Família, que a tutela da dignidade humana haverá de se aplicar, seja na fundação e desenvolvimento das relações familiares, seja na sua dissolução, pois é na família que se centra a pessoa, em relação de preexistência com as demais.

Anteriormente, o direito de família era dividido tão somente em casamento, relações de parentesco e institutos protetivos da tutela, curatela e ausência. Com o advento do novo Código Civil Brasileiro, a Lei 10.406 de 10 janeiro de 2002, o direito de família passou a se dividir em direito pessoal, direito patrimonial, união estável, tutela e curatela. O Direito de Família constitui-se como ramo do Direito Civil, dotado de características peculiares, integrado pelo rol das normas que regulam as relações familiares, dentre elas o casamento, a mais poderosa e importante de todas as instituições de Direito Privado.

Durante a evolução do direito de família, que é parte do direito privado, recebendo total proteção do Estado, verificou-se que tal instituto, tida como célula básica da sociedade, passou a ser tratada como centro de preservação os interesses do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares.

A nova formulação fundamental do Direito de Família reconhece e legitima a dignidade natural das pessoas dentro dos diferentes núcleos, grupos ou entidades familiares. Essa dignidade surge do simples fato de o homem ser pessoa. Não necessita ser declarada pela lei, apenas ser positivada e protegida, pois nenhuma lei pode derogá-la. Ao distinguir essas entidades no art. 226, abrangendo a diversidade de famílias, a Constituição procurou resguardar a dignidade única de cada uma delas, preservando, no seu próprio interior, o caráter pessoal de seus membros.

Assim, temos que o Direito de Família, comporta, entre outras coisas, o direito a fundá-la, mantê-la e viver nela estavelmente. Podemos dizer que esta parte do Direito é uma das partes do Direito Civil que mais estritamente se encontra vinculada ao Direito Natural e aos princípios fundamentais da Constituição.

A família é, portanto, uma sociedade natural que supõe relações éticas e jurídicas prévias a todo Direito positivo; a este incumbe apenas a criação de normas para reconhecimento e proteção desse status. Deste caráter natural da família decorre sua transcendência para o desenvolvimento e o bem da Humanidade.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz, tratam do casamento como subdivisão do Direito de Família, qual seria o “Direito Matrimonial”. Segundo Diniz (2007, p. 35):

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 sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do País.

O casamento é uma instituição que muito se altera com o tempo e entre os povos. Entretanto, algo que permanece inalterado é a sua ligação aos conceitos de família. O casamento sempre remete à ideia de constituição de família e, assim inserido, está no âmago do Direito de Família. Segundo VENOSA (2011, p. 40), “o casamento é o centro do Direito de Família”.

3- Casamento

O instituto do casamento abarca divagações históricas, políticas e sociológicas. O tema é tão amplamente definido por tantos estudiosos e até escritores desde a época clássica do Direito Romano, adotando definições filosóficas e até tendências de cunho religioso, podemos dizer o quanto é difícil estabelecer um conceito que a tudo isso unifique.

O Código Civil de 2002 não conceitua de forma direta o casamento, embora o artigo 1.511 do Código Civil preceitua, de forma sucinta, mas bastante abrangente, que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Tal preceito se amolda perfeitamente à definição de Guillermo Borda citada por Venosa (2011, p. 39) que assim definiu o casamento: “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

Segundo Silvio Rodrigues, casamento pode ser definido como “um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

A figura do casamento é tratada no Código Civil como uma união legal entre o homem e uma mulher com o objetivo de estabelecer a família legítima, estabelecendo a comunhão plena de vida baseada na igualdade de direito e deveres dos cônjuges. A referida comunhão plena é tanto no aspecto pessoal como no patrimonial. Ressalte-se que a definição de união legal é a celebrada com a observância das formalidades exigidas na lei. Através do casamento origina-se a família legítima, embora tal adjetivo jurídico tenha se esvaziado no tempo, no que tange à produção de efeitos, vez que com o texto constitucional vigente no Brasil temos a igualdade entre os filhos e o reconhecimento à união estável, de praticamente, os mesmos direitos que concedeu aos cônjuges. Existem nas sociedades modernas, ao lado de famílias de fundação matrimonial, outras entidades, como as uniões estáveis, ou até mesmo como produto das novas técnicas de reprodução assistida¹, as quais a Constituição qualifica, em sentido amplo, de entidades familiares.

A chave para entender o casamento está, pois, na estabilidade, que nasce do compromisso que lhe deu origem, assim, o que fundamenta o casamento é o consentimento matrimonial dos cônjuges. Consentimento não é casamento, mas causa dele.

O consentimento matrimonial qualifica o ato de fundação do casamento como um contrato. Mas o acordo de vontades entre os cônjuges institui um vínculo matrimonial que, a partir daí, cria vida própria: não fica mais submetido à vontade das partes, nem do Direito positivo, mas à sua estrutura natural.

Explica Silvio Rodrigues (2006, p. 24) que o casamento, sendo um contrato, obedece à vontade dos contratantes, desde que essa vontade não seja contrária à lei: “conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo e ao qual as partes têm apenas a faculdade de

¹ Art 1.597 do NCC, no Capítulo sobre Filiação.

aderir, pois, uma vez dada referida adesão, a vontade dos cônjuges se torna impotente e os efeitos da instituição se produzem automaticamente.”

O reconhecimento, pela lei positiva, desta instituição natural, está expressa no art. 1.514 do Código Civil de 2002: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados, e uma vez instituída a família o Estado a protege, proibido a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”

As exigências de formas solenes, impedimentos matrimoniais, processo e cabeçalho, provas e invalidade, estão expressos nos artigos 1.515 a 1.564, principalmente. A Constituição não apresenta uma regra expressa a respeito, mas a autonomia da família como instituição pode ser deduzida do art. 5º, que procura proteger todos os direitos individuais como invioláveis.

É o casamento uma instituição de interesse social pelas suas funções e finalidades, em especial pela prole que gera, e portanto, pela formação de uma família. Casamento e família têm uma estrutura interna objetiva, em seus aspectos essenciais, não os contingentes ou relativos, que se poderia chamar de juridicidade intrínseca, constitutiva da família. Deriva do caráter conjugal, como princípio próprio do casamento: o compromisso de vontade dos cônjuges.

O casamento estabelece um elo jurídico entre homem e mulher e, assim, a Lei estabelece finalidades e também diversos deveres e direitos que advém deste vínculo. É o casamento o negócio jurídico que confere o condão de família legítima aos contraentes. Assim, o casamento não é apenas comunhão de afetos, mas impõe aos nubentes obrigações recíprocas, pois possui efeitos pessoais e patrimoniais.

3.1- Capacidade para o casamento em relação à idade nupcial

Pela nossa legislação, temos que no Brasil, exige-se apenas idade mínima para casar. A diferença de idade entre eles ou idade avançada são aspectos que não fazem parte da análise da capacidade para o casamento. Temos que a capacidade nupcial se dá a partir dos 16 anos.

Entretanto, os nubentes maiores de dezesseis anos, podem se casar, mas para isso necessitam de autorização dos pais ou do representante legal, pois o nubente não tem capacidade para todos os atos da vida civil, e o regime de bens será facultado às partes.

Há ainda previsão legal para o casamento de quem ainda não atingiu a idade núbil. A legislação civil vigente, em seu art. 1.520 do CC, em caráter extraordinário, admite que o

casamento se realize mesmo quando não atingida à idade núbil de 16 anos em duas hipóteses: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Quanto à idade máxima não há restrição, contudo o artigo 1641 do Código Civil, alterado pela Lei 12.344 de 2010, estabelece, de maneira obrigatória, o regime de separação de bens para os casamentos entre nubente após os setenta anos de idade, assim, este estará obrigado a contrair o matrimônio no regime de separação total de bens. Com esta determinação, a lei inspira-se na intenção de subtrair do casamento o interesse financeiro e incentivando o aspecto relacionado ao afeto. Na defesa desta determinação, Venosa (2011p. 175) afirma que: “a lei afasta o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso”.

Assim, temos que o Estado impõe tal condição com objetivo de proteger o matrimônio e os bens de família, impedindo o casamento argenteiro, por mero interesse financeiro e garantindo também a dignidade da pessoa humana.

4-Regime de bens no casamento

O casamento, ato dotado de formalidade, gera diversos efeitos, que podem ser divididos em efeitos de cunho pessoal e de cunho patrimonial. Entre os primeiros estão as relações de cunho ético estabelecidas entre os cônjuges e entre estes e seus filhos, como os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos, todos previstos no art. 1566 do Código Civil.

Já nos efeitos de cunho patrimonial, destacam-se os regimes de bens, que tem por objetivo regulamentar as relações dotadas de valor econômico, surgidas em virtude da celebração do casamento, propiciando, maior segurança jurídica as relações sociais.

O regime de bens é o conjunto de regras que os noivos devem escolher antes da celebração do casamento, para definir juridicamente como os bens do casal serão administrados durante o casamento e disciplinam as relações econômicas entre os nubentes durante o casamento.

O regime de bens deve ser escolhido quando os noivos fazem o pedido da habilitação do casamento.

Os regimes de bens existentes no Brasil permitidos pelo ordenamento jurídico, tem como objetivo regulamentar os efeitos econômicos oriundos das relações conjugais. Contudo

a necessidade de um complexo organizado de normas jurídicas que estipulem as características e vantagens de cada um dos regimes previstos.

Nesse sentido Maria Berenice Dias sintetiza: “O regime de bens é umas das consequências jurídicas do casamento. A bem da verdade, não existe casamento sem regime patrimonial de bens. Se os nubentes não escolhem, há uma escolha da lei pelo regime legal.”

Para dissertar sobre o tema do presente trabalho, necessário se faz dissertar sobre tais regimes previstos em nosso ordenamento.

4.1 Comunhão parcial de bens

Todos os bens adquiridos onerosamente após a data do casamento e durante a união serão comuns ao casal, seja por salário ou investimentos de um ou de ambos os nubentes, ainda que os bens estejam em nome apenas de um dos nubentes.

E todos os bens adquiridos por cada um individualmente antes da data do casamento permanecem de propriedade individual de cada um, inclusive uma herança.

Esse regime também é aplicado ao casamento onde os nubentes não celebram pacto antenupcial, deixando de escolher o regime de bens que melhor se adequa a relação e a seus patrimônios. Antes a regra era a Comunhão Universal.

Os bens de uso pessoal e os instrumentos de profissão não entram na divisão, observando-se o valor representado por esses bens.

4.2- Comunhão universal de bens

Neste regime todos os bens, atuais e futuros, de ambos os nubentes irão se comunicar após a celebração do casamento, e mesmo que adquiridos em nome de um único cônjuge, assim como as dívidas adquiridas antes do casamento serão comuns ao casal. Somente não se comunicarão os bens expressamente excluídos pela lei ou por convenção das partes no pacto antenupcial. Por ser considerado um regime convencional, deve ser expressamente firmado no pacto antenupcial.

Para dar entrada ao processo de habilitação de casamento civil com este regime, é necessário que o casal compareça a um tabelionato de notas e faça uma escritura de pacto antenupcial, antes de dar entrada no casamento no cartório.

Há ressalva em alguns casos em tal regime, como nos casos de doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade, bens adquiridos com valores da venda de outros bens, bens com fideicomisso, dívidas anteriores sem proveito comum, bens de uso pessoal.

4.3- Participação final nos aquestos

Os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento e aqueles que adquiriram após, permanecem próprios de cada um, como se fosse uma separação total de bens. Porém, se houver a dissolução do casamento (divórcio ou óbito), os bens que foram adquiridos na constância do casamento serão partilhados em comum.

De acordo com o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, autoriza a alteração do regime ao dispor que "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".

4.4- Separação total de bens

Todos os bens atuais e futuros de ambos os cônjuges permanecerão sempre de propriedade individual de cada um.

Para dar entrada ao processo de habilitação de casamento civil com este regime, é necessário que o casal compareça a um tabelionato de notas e faça uma escritura de pacto antenupcial, antes de dar entrada no casamento no cartório.

Este regime pode se dar por vontade entre os nubentes ou por obrigatoriedade. Ou seja, na separação total de bens deve haver vontade de ambos os nubentes, ou também quando o casamento ocorrer por força de sentença judicial, ou quando um dos nubentes possuir idade superior a 70 anos, e também nos casos em que um dos nubentes for viúvo e o inventário do casamento anterior ainda não estiver finalizado para assim não prejudicar os herdeiros.

Tanto no regime imposto por lei como na escolha dos nubentes, o patrimônio de um e outro não se comunicam, cada um é dono do seus bens.

5- Obrigatoriedade do regime de separação total de bens aos maiores de 70 anos

Sobre o assunto, em linhas gerais, o percurso da obrigatoriedade de separação total de bens para o casamento com idade avançada se deu primeiramente com a sua normatização pelo antigo Código Civil. No Código Civil de 1916 estabelecia-se a obrigatoriedade de bens no casamento do homem maior que de sessenta anos e da mulher maior que cinquenta anos (art. 258, paragrafo único, inciso II, CC/ 1916). Com o Código civil de 2002 o regime legal obrigatório aos maiores de sessenta anos, ou seja, estabeleceu apenas uma previsão de um critério etário único, sem distinção entre o homem e a mulher, em atenção ao princípio isonômico. Posteriormente entrou em vigor a lei nº 12.344 de 09 de dezembro de 2010 esta idade foi aumentada para 70 anos.

Dentro do aspecto histórico, temos que no ano de 1977, a chamada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) abriu exceção à regra da incomunicabilidade prevista no artigo 258, II, da lei civil, prevendo:

Art. 45. Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil.

Embora tenha se tratado de importante avanço da legislação a respeito do assunto, há que se reconhecer sua pouca eficácia, já que a aplicabilidade do dispositivo é restrita às uniões de fato existentes antes de 28 de junho de 1977, data da Emenda Constitucional nº 9, que introduziu o divórcio no Brasil, exigindo-se ainda que entre os nubentes tenha havido comunhão de vida com duração mínima de dez anos consecutivos ou da qual haja resultado prole.

5.1- Posição dos doutrinadores em relação ao conceito de regime de bens

A obrigatoriedade de adoção do regime de separação total de bens geram questões que, de longa data, dividem opiniões na doutrina e nos tribunais. No cerne das discussões, surge a seguinte polêmica: poderia o Estado, com fundamento protetivo, interferir na liberdade e autonomia de tais pessoas, impondo ao casamento por elas celebrado um determinado regime de bens? Ao assim proceder, não estaria o ente estatal invadindo a esfera privada além de um limite que se possa considerar razoável ou tolerável?

A moderna visão da matéria, sem dúvida, aponta para soluções que afastem, tanto quanto possível, ingerências do Estado no domínio privado. A propósito, o Código Civil em vigor contém dispositivos que consagram esse valor, como o artigo 1.513, onde se lê: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Assim, de um lado, temos quem considera a presença do dispositivo no ordenamento plenamente justificável, reconhecendo-lhe natureza protetiva destinada a evitar casamentos motivados por interesses exclusivamente patrimoniais. Sustentam, assim, que a norma tem por objetivo maior afastar do casamento o conteúdo patrimonial, privilegiando o aspecto que nele se relaciona à comunhão de vida, ao afeto, à formação e ao desenvolvimento da família.

Pontes de Miranda (2000, p. 179), embora crítico da imposição do regime da separação obrigatória, reconhece que a lei veio para evitar “explorações consistentes em

levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva.” E conclui:

Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse.

No mesmo sentido, embora sem pronunciamento expresso a respeito da constitucionalidade do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil revogado, a Ministra Nancy Andrighi, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ressaltou o *caráter protetivo* da disposição em voto proferido ao ensejo do julgamento do Recurso Especial nº 260462-PR.

Assim, para os que defendem esta corrente, afirmam que sendo protetiva ou restritiva a norma inscrita no artigo 1.641, II, do Código Civil, embora traga uma restrição à autonomia da vontade do maior de 70 anos, tal restrição se faz com nítido caráter protetivo.

De outro lado argumenta-se que não há razão justificadora de tão grave intervenção na esfera patrimonial da pessoa maior de 70 anos, que é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, especialmente nos dias de hoje, em face do aumento da expectativa de vida do brasileiro. E com base nesse e em outros ponderáveis argumentos, a norma é taxada inconstitucional por atentado à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, sustentando-se que, na prática, o dispositivo legal presumiria a incapacidade do seu destinatário.

Em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria de Antônio Cezar Peluso, desembargador à época, este declarou a desconformidade do dispositivo com a Constituição Federal de 1988. Em trecho do acórdão, que se tornou autêntico paradigma sobre o tema, proclamou-se:

“(…) Sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei..., já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil”. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 007.512-4/2, julgado em 18.08.1998).

5.2 - Imposição do regime de bens: ofensa aos princípios constitucionais

O Estado não intervém nas relações dos particulares, porém como a família é a base da sociedade há momentos de necessidade em que o Estado deve intervir para preservá-la e fortalecer cada vez mais. Portanto, tal dispositivo possui característica preconceituosa no que se trata da imposição do regime de bens para o nubente acima de 70 anos.

Não há porém, como se justificar tal imposição, pois na maioria dos casos, uma pessoa com 70 anos, é capaz totalmente de discernir sua vida social, pessoal, física e mental, assim o levantamento de estar em ofensa ao princípios constitucionais previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade, autonomia da vontade.

No que se refere ao princípio da igualdade, cita-se o Estatuto do idoso (Lei 10.741/2003), em seu artigo 2º no qual prevê:

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

Em consonância com o artigo 2º, podemos também destacar o artigo 4º que diz que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e todo atentado aos seus direitos por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

No mesmo sentido temos também o artigo 10º que prevê: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade respeito, a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas Leis”.

No entanto, há pontos em contradição, se o Estado tem o dever de preservar os direitos fundamentais da pessoa idosa, conforme citado, qual a explicação para imposição de tal regime, no que se refere a obrigação de assegurar os direitos civis, à discriminação, e aos direitos individuais?

Tal imposição fere todos os artigos citados acima, se justificando de que o idoso maior de setenta anos não teria discernimento suficiente para os atos do casamento. A obrigatoriedade do regime de separação de bens para tal nubente, deixa claro a violação dos princípios já mencionados, porém o legislador ao criar tal norma, provavelmente partiu do ponto em que o individuo com idade indicada, estaria em situação totalmente diferente do restante da sociedade, o que não se pode observar diante da modernidade e da tecnologia que

está cada vez mais avançada, e nessa situação pode-se afirmar que causa grandes constrangimentos e fere diversos preceitos constitucionais.

Vale ressaltar que, o legislador previu que a norma seria eficaz no casos de má-fé e interesse econômico das pessoas interesseiras e oportunistas, portanto, é necessário partir da hipótese de que o oportunista poderia, simplesmente realizar a união estável, que mediante apenas declaração escolheria o regime de bens que fosse mais viável. Além do mais, também poderia sugerir ao cônjuge a doação de alguns de seus bens e pertences como pagamento de favores pessoais, ou até mesmo mediante testamento, lembrando que quaisquer desses atos não é imposto nenhum tipo de regra ou limites quanto a idade, devendo apenas observar os limites da reserva de bens ou renda suficiente à subsistência do doador ou, nos casos do testamento, respeitar os herdeiros necessários.

No mesmo sentido podemos ainda notar, a ineficácia da imposição do regime de bens do nubente maior de 70 anos, devido ao fato de que tal nubente, se os familiares percebessem que o mesmo estaria dispondo de seus bens sem necessidade e sem fins úteis, poderiam pedir a interdição do mesmo, sendo que poderia ser considerado pródigo e nesse caso a legislação já poderia estar protegendo-o, pois o mesmo necessitaria de intervenção de terceiros para realização dos atos a vida social e, no entanto, estaria limitado ao direito de dispor de seus bens.

5.3- Súmula 377 e a Separação Obrigatória

Para muitos autores o regime de separação obrigatória de bens reduz a autonomia da vontade dos nubentes, pelo fato das pessoas terem reduzidas as escolhas da sua vontade do regime de bens a ser adotado, durante o casamento, devido a imposição do regime estar contra a liberdade dos cônjuges, o que deve ser presumido é a comunhão de esforços.

É nesse ponto que a jurisprudência vem discutindo o tratamento dado à separação obrigatória de bens. O STF interpretou que a comunhão dos aquestos se impunha à separação obrigatória, e editou em 1964, em outro contexto histórico, a súmula 377: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Com efeito, a intenção da Corte Suprema não foi outra se não proteger ainda mais as partes envolvidas, evitando, principalmente o enriquecimento ilícito. Entretanto, sua redação tem, acertadamente, sofrido duras críticas.

Tal dispositivo pode ser aplicado no sentido de que os aquestos se comunicam por terem sido adquiridos na constância do casamento, mesmo não sendo por esforços de ambos os nubentes.

Segundo Madaleno (2002, p.166):

a Súmula nº 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era desamparar o consorte que não teve a fortuna de acumular em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral na formação moral e espiritual e no crescimento econômico-financeiro de seu parceiro.

Nesse entendimento, o STF ao tratar de recursos que envolviam a separação obrigatória de bens prolatou decisões que deram origem à súmula 377.

O enunciado da súmula abre a possibilidade dos bens serem divididos nos casos de divórcio, mas isso não é feito automaticamente, pois a matéria deve ser tratada nas ações de divórcio ou em inventário, lembrando que tais fatos ocorreram no código de 1916, no qual a imposição do referido dispositivo seria para os nubentes com idade de 60 anos e não para 70 como o código de 2002.

A intenção do legislador foi de desestimular casamentos que ocorrem em algumas circunstâncias, que tem como base anterior o artigo 259 do Código Civil de 1916, que no silêncio aplica-se a comunhão universal, porém há alguns pontos controversos, pois permitir que tal dispositivo seja aplicado seria burlar a lei, ou seja, admitir que os cônjuges fugissem do regime que a lei impôs.

Nesse sentido é o entendimento de RODRIGUES (2011,p.89), que diz:

A locução "no silêncio do contrato", inserta na lei, está a indicar o intuito do legislador de reduzir o alcance da norma que se circunscreve aos casos de regime convencional de bens. Entretanto, no intuito de proteger pessoas porventura obrigadas a se casar pelo regime da separação absoluta.

Quanto às condições para a participação dos cônjuges sobre os bens do outro, já tiveram vários posicionamentos, mas o posicionamento majoritário reconhece que o direito está além do esforço comum dos nubentes. Há que se considerar que a jurisprudência tem papel norteador e orientador para os interpretes da norma, porém com o surgimento da súmula vinculante, houve mudanças para nosso ordenamento, possibilitando que uma decisão judicial tenha caráter vinculativo em nosso país.

A doutrina majoritária entende que a súmula 377 é a que dá suporte legal para o tratamento da problemática da exigência do regime de separação, entretanto outros doutrinadores entendem que a súmula 377 do STF não tem mais competência para julgar toda a matéria, portanto a necessidade de defender a legalidade absoluta, diante dos valores constitucionais e princípios existentes em todo o ordenamento. Assim grande parte da doutrina afirma que é possível considerar o dispositivo devido ao princípio da solidariedade no Direito de Família, assim como a vedação do enriquecimento sem causa.

Para estes, o dispositivo é inconstitucional, por violar o princípio da dignidade humana, princípio da igualdade.

6- Considerações Finais

Como foi exposto ao longo deste trabalho, o regime de separação obrigatória de bens advém do Código Civil de 1916, de perspectiva essencialmente patrimonialista, e, com a Constituição Federal de 1988, passou-se a entender que não havia sido por ela recepcionado, mas tal dispositivo foi reproduzido no Código Civil de 2002.

Assim, diante dos atos normativos que trataram do assunto e ainda o tratam, temos que o Poder Legislativo demonstrou querer o regime de separação de bens, posto que mantém esta disposição normativa desde sua criação através da reedição constante no curso de um século. Entretanto, não apenas o legislador, mas também nossos Tribunais, pois estes estendem o alcance e a exegese da norma do art. 1.641, II do Código Civil à união estável.

O legislador foi ineficaz ao manter tal dispositivo, uma vez que contraria diversos princípios constitucionais. Como se verificou diante do abordado no presente artigo, mesmo que não esteja configurada nenhuma das causas de incapacidade civil legalmente previstas, a capacidade civil do maior de 70 (setenta) anos é diminuída relativamente ao casamento, apenas em virtude de sua idade.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens em razão da idade dos nubentes, como se demonstrou no presente estudo, ofende os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, princípios estes que constituem os principais norteadores do Direito de Família. A Constituição da República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental à dignidade da pessoa humana e veda expressamente, todas as espécies de discriminação.

Podemos perceber que, ao estabelecer a obrigatoriedade de regime de separação de bens para os nubentes maiores de setenta anos, estaremos ferindo a norma magna, pois estaremos diante de um afrontamento em relação ao princípio da isonomia, onde a Lei Maior não admite discriminação por causa da idade.

Se por um lado há quem defenda que não fere a isonomia, parece não ser possível negar que a norma flagrantemente fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Principalmente por não admitir sequer pacto antenupcial prevendo outro regime de bens, tampouco alteração do regime após o casamento, ainda que justificado.

O Estatuto do Idoso prescreve que o mesmo goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas 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. Vedando também a discriminação ao idoso. Assim, tratá-lo como um incapaz fere também este dispositivo normativo.

Deste modo, o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 contraria frontalmente as normas de proteção ao idoso e de combate à discriminação por idade, violando a própria Constituição Federal. Ao instituir a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens para as pessoas maiores de setenta anos, a lei discrimina as pessoas tão somente em virtude de sua idade, presumindo a redução do seu discernimento, com o agravante de não exigir o processo de interdição e de não admitir prova em contrário.

Esta imposição é uma discriminação aos nubentes septuagenários, uma vez que muitos desses nubentes são provedores de seus lares e são totalmente capazes de discernir sobre o que melhor se adequa na relação, além do mais, nem todos os casamentos dessa faixa etária será um casamento por meros interesses financeiros.

Podemos dizer que tal norma partiu apenas dos princípios patrimonialistas, nos esquecendo dos princípios da dignidade da pessoa humana, dentro outros.

Por fim, temos que o dispositivo legal objeto deste artigo, não se compatibiliza com a nova realidade social, onde temos uma expectativa de vida maior e as pessoas da terceira idade em plena atividade, o que afasta a associação da idade avançada à invalidez.

Diante dos atuais valores consagrados no Direito de Família, temos que o art. 1.641, inciso II, do Código Civil padece de vício de inconstitucionalidade.

Melhor seria se ao invés de tirar dos nubentes a liberdade e disponibilidade de seus bens, engrandecer a experiência vivida com o passar dos anos.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF GOODS MANDATORY SEPARATION SCHEME LEVY FOR MORE THAN 70 YEARS

Abstract

This article aims, in general terms, a brief analysis of balance sheet provisions in marriage with respect to the legal treatment of aquestos goods in the mandatory separation of property

regime. The State protection of family law. The Civil Code provides for freedom of choice in matrimonial property regime, but the septuagenarian marriage imposes the mandatory separation regime, the intention to protect the family assets, preventing the Argentario marriage, for mere financial interest. This obligation is criticized, since the Constitution does not permit discrimination because of age and also for alleged offense to other constitutional principles such as the principle of human dignity that takes away the betrothed freedom of choice to opt for regime that suits you, especially not even admit prenuptial agreement providing another property regime, nor regime change after marriage, although justified. The starting point is Article 1641, II, of the Civil Code, when the State makes such a betrothed as abysmally. An approach to the position of the Supreme Court on the matter will be made by addressing the Precedent 377.

Key Words: Property regime , |Unconstitutionality , Septuagenarian Marriage , Family Law .

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 05 de outubro de 1988.

_____, **Código Civil . Lei nº 10.406/2002.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 22/06/2015.

_____, **Estatuto do Idoso. Lei 10.741/ 2003.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em 30/09/2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377.** Disponível em : http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 20/07/2015.

ANDRIGHI, Nancy. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/> Acesso em: 27 ago. 2015.

BARROS MONTEIRO, Washington. BEATRIZ TAVARES DA SILVA, Regina. **Curso de Direito Civil 2. Direito de Família.** Volume 2. 41ª Edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil -Comentado.** 5ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. **O idoso e o direito de família.** Disponível em: <http://direitoidoso.braslink.com/01/artigo007.html>. Acesso em: 15/08/2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 6º vol. 21ª ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família- as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v 6, 2012.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os conjugues. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PELUSO, César. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/> Ap. Cív. 007.512-4/2-00 – comarca de São José do Rio Preto Acesso em: 05 de setembro. 2015

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 8. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. vol 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004

RODRIGUES, Silvio. Regime de separação de bens. In: CAHALI, Yussed Said; CAHALI, Francisco José (org). **Doutrinas essenciais: família e sucessões: direito de família patrimonial**. São Paulo: Revista dos tribunais, v.5, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil. Direito de Família**. Volume 6. 11ª Edição. SÃO Paulo, Editora Atlas, 2011.

Ribeiro de Andrade Rosas, Daniela. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2015

BORGES, Bruno Malta. **Revista Jus Navigandi**, Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/30371>. Acesso em: 15 set. 2015

Felipe Vargas Simões, Thiago. Disponível em: [http:// www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br). Acesso em 16 set. 2015