UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

GLÁUCIA MARIA CARVALHO BOTTI

O REGIME DE BENS NO CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO:

Possibilidade de Convenção

JUIZ DE FORA/MG
2008

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

GLÁUCIA MARIA CARVALHO BOTTI

O REGIME DE BENS NO CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO:

Possibilidade de Convenção

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Juiz de Fora/MG
2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

GRÁUCIA MARIA C. BOTTI

Aluno

O REGIME DE BENS NO CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Laura V. Vieira

Luciana Maria Braga

Maria Amélia da Costa

Aprovada em 30 / 07 / 2008.

Dedico este trabalho ao Eduardo pelas horas roubadas de seu convívio.

Agradeço ao Dr. Botti, eterno professor, Homem sem preço, pela dedicação e disponibilidade, presença carinhosa em todos os momentos, a minha gratidão.

RESUMO

O presente trabalho busca estudar os efeitos jurídicos do regime da separação de bens, por qual se pretende realizar uma análise comparativa da evolução do casamento e dos efeitos jurídicos do regime em exame.
O tema deste trabalho foi escolhido porque vem sendo estudado e analisado pelos Operadores do Direito e, pretende-se demonstrar a capacidade dos nubentes, a igualdade jurídica, autonomia da vontade e o direito de dispor e contratar sobre seus bens.
Desta feita, a pretensão do trabalho é responder a seguinte indagação: no casamento do sexagenário pode ser convencionado regime outro, que não o da separação de bens (art. 1641, II, Código Civil), através de pacto antenupcial (art. 1639, código Civil).
Será realizada uma pesquisa história, doutrinária e legislativa sobre o tema.

PALAVRAS CHAVE:
Outro regime de casamento para o casamento do sexagenário; Evolução do Casamento;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 08
CAPÍTULO 1 – O REGIME DE BENS NO CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO. 09
1.1 Prefácio..... 09
1.2 Da Questão Patrimonial..... 10
1.2.1 Evolução..... 10
1.3 Os Diversos Regimes de Bens..... 12
CAPÍTULO 2 – A QUESTÃO PROBLEMA..... 15
2.1 Artigo 1.641, II, CC – Inconstitucionalidade..... 15
2.2 Conflito com Normas Genéricas..... 17
2.3 Conflito com Normas Específicas..... 19
CAPÍTULO 3 – OBSERVAÇÕES NECESSÁRIAS..... 22
CONCLUSÃO..... 24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA..... 26

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar os efeitos jurídicos do regime da separação de bens, quando do casamento do sexagenário.

O art. 1642, II, do Código Civil de 2002, determina que é obrigatório o regime da separação de bens para maiores de 60 anos, o que fere a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5° "*todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza...*".

Desta forma, não pode haver discriminação quanto à idade dos nubentes para a escolha do regime de bens de seu casamento.

Assim, pretende-se provar a capacidade dos nubentes sexagenários e a prevalência do princípio da autonomia, que deve ser aplicado nesses casos.

CAPÍTULO 1 – O REGIME DE BENS NO CASAMENTO DO SEXAGENÁRIO

1.1 Prefácio

Na definição ampla de Portalis, citada por Orlando Gomes[1], ***"o casamento é a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar sua espécie, para se ajudar, por assistência mútua, a suportar o peso da vida e para compartilhar do mesmo destino"***.

Para Pedro Nunes[2], mestre da terminologia jurídica, casamento ***"é o contrato 'sui generis', por meio do qual um homem e uma mulher se unem em comunhão de vida e de interesses, com direitos e deveres recíprocos, para constituírem uma família legítima"***.

Sendo ato bilateral e solene, o casamento pode ser ***natural*** (que, num antigo dizer, ***"se consuma sem lei, sem papel, sem juiz e sem cartório"***, semelhante à "união estável"), **civil**, **religioso** (que pode ter efeitos civis), **morganático** (de membro da realeza com plebeu), **nuncupativo** ("*in extremis*) e **putativo** (contraído de boa-fé, com impedimento ignorado pelos nubentes), numa classificação simples, que não pretende ser exaustiva.

---

[1] GOMES, Orlando **Direito de Família** - 2ª ed., pg. 480.
[2] NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica - 8ª ed., pg. 244

De natureza contratual, verdadeiro negócio jurídico, é hoje regulamentado, na maioria dos países, pela legislação estatal; no Brasil, o ordenamento rege tanto o casamento civil como o natural (Código Civil), além do religioso (Lei nº 1.110, de 23.5.1.950).

Entretanto, conforme a advertência sempre respeitada de Orlando Gomes[3], ***"trata-se, porém, de contrato de feição especial, a que não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: a) à capacidade dos contraentes; b) aos vícios de consentimento; c) aos efeitos"***, mas ***"aplicam-se à relação matrimonial, no entanto, as regras de interpretação dos contratos de direito privado"***, o que deverá ser observado nas relações pessoais entre os cônjuges, compreendendo os deveres e direitos de cada qual, a criação e educação da prole e as questões de ordem financeira e patrimonial do casal, com perfeita aplicação do que a respeito dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu art. 5º, determina que, ***"na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige..."***

Na mais ampla visão histórica, um ponto é inquestionável, quando se trata de buscar a origem desta instituição: ***o casamento é contemporâneo do homem, um surgiu com o outro, ambos são interdependentes e, sem um, o outro não existiria.***

Basta, para os que crêem, buscar na Bíblia Sagrada, a mais antiga das fontes escritas, o que está no Gênesis I, 26 a 28, quando ***"Deus disse: façamos o ser humano à nossa imagem e segundo nossa semelhança, para que domine sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todos os animais selvagens e todos os animais que se movem pelo chão. Deus criou o ser humano à sua imagem, à imagem de Deus o criou. Homem e mulher ele criou. E Deus os abençoou e lhes disse: SEDE FECUNDOS E MULTIPLICAI-VOS, ENCHEI A TERRA E SUBMETEI-A !..."*** (tradução da CNBB, 3ª ed. págs. 13/14).

Assim, na pré-história do Cristianismo, para os que nele crêem – repete-se, há mais de 4.200 anos atrás, no sexto dia da criação do universo, ao mesmo tempo em que deu vida ao primeiro homem e à primeira mulher, Deus também celebrou o primeiro casamento e criou a própria instituição, nos mesmos moldes e para os mesmos fins até hoje existentes, conforme as definições inicialmente citadas.

Para os que não crêem que se respeitem os conceitos oriundos das diversas teorias científicas sobre a origem da espécie humana, como a do "*Big Bang*" e tantas outras, mas que não se lhes poupe do dever de, tanto como os cristãos, sem medo do erro, afirmar que a união

---

[3] GOMES, Orlando **Direito de Família** - 2ª ed., pg. 53.

de um homem e uma mulher, numa só palavra **o casamento**, é mesmo contemporâneo da espécie, pois sem ele não haveria a humanidade, fruto da multiplicação.

Assim, é possível afirmar, como inquestionável verdade, que o casamento, tanto quanto a família que dele decorre, antes de ser sacramento ou contrato, é um fato social, anterior a qualquer norma que tenha pretendido regulamenta-lo.

1.2 Da Questão Patrimonial

1.2.1 Evolução

Ao longo dos tempos, sejam séculos ou milênios, a instituição humana do casamento, mesmo sem normas escritas, mas submetida aos mais diversos costumes e princípios, veio se adaptando à cultura de cada povo, seja nas relações pessoais entre marido e mulher, ou seja na criação da prole; desta forma, seria impossível que, em certo momento da união conjugal, não se manifestasse o interesse de ambos pela questão patrimonial, o que modernamente ocorre até entre os chamados "*mais pobres*" que, com o fruto do trabalho de cada qual, adquirem bens e, mesmo sem o casamento formal, querem saber como fica equacionada esta questão da "propriedade".

É verdade que, durante a maior parte da existência humana, acabava prevalecendo, com mais freqüência do que seria desejável, a vontade de um dos cônjuges - geralmente o homem, sobre o outro - em regra a mulher, sendo raras as exceções, como as de Cleópatra do Egito, Vitória e as Elizabeth I e II da Inglaterra, vinculadas à nobreza, quando todas as questões, entre elas alguns casamentos, eram ou ainda são tratadas como "negócios de Estado".

Nas civilizações primitivas eram raros os solteiros, mas com absoluta ausência de leis que às uniões pelo menos se referissem, até que, por força mesmo de tais interesses, os puramente pessoais e os patrimoniais, no chamado "mundo ocidental", a que estamos diretamente ligados, o casamento começou a evoluir jurídica e legalmente, passando, aos poucos, a ser objeto de normas nos diversos países.

A partir do Digesto e das Institutas de Justiniano, no Direito Romano, a que o nosso Direito Civil está umbilicalmente ligado, o casamento foi normatizado e tratado como **contrato**, sem prejuízo de sua natureza sacramental, o que acabou se espalhando por todo o mundo ocidental.

No Brasil, como ensina Sílvio de Salvo Venosa[4], ***"nosso direito anterior, na época do Império, apenas conhecia o casamento católico, por ser esta a religião oficial do Estado"***, até que uma lei de 1.861 "permitiu", ao lado do casamento eclesiástico, o casamento civil que, já na República, viria a tornar-se obrigatório, por força do Decreto nº 181, de 24.1.1.890, como conseqüência da separação da Igreja do Estado.

Assim, em termos de Direito Civil positivo, especialmente no Direito de Família, tudo só veio a ocorrer a partir da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916, o ***"Código Civil dos Estados Unidos do Brasil"***, que na sua ***"parte especial"***, dedica ao casamento um título inteiro, com 150 artigos, desde as "formalidades preliminares" até a "proteção da pessoa dos filhos", passando pelos "efeitos jurídicos do casamento" e, no que aqui interessa diretamente, fixando as normas relativas ao ***"regime de bens entre os cônjuges"***.

Em ordem cronológica e de vital importância para o estudo da questão patrimonial, vieram a Lei 4.121, de 27.8.1.962 (o ***"Estatuto da Mulher Casada"***), a Emenda Constitucional nº 9, de 28.6.1.977 (que permitiu o ***divórcio***, com a ***dissolução do vínculo conjugal***), esta que motivou a Lei nº 6.515, de 26.12.1.977 (chamada ***"Lei do Divórcio"***), a Constituição Federal de 1.988 e, finalmente, o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.1.2.002), em vigor a partir de 11 de janeiro de 2.003.

Assim, compulsando o Código Civil em vigor, vamos encontrar as questões do patrimônio, de cada qual dos cônjuges e da própria sociedade conjugal, regulamentado de formas diversas, segundo o regime adotado.

1.3 Os Diversos Regimes de Bens

Se é verdade que as pessoas resolvem se unir para o exercício da mútua cooperação e da assistência moral, constituindo família, verdade também é que o casamento possui conteúdo econômico, trazendo reflexos patrimoniais para os cônjuges.

---

[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família** - 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2005., pg. 48.

Desta forma, a formação de patrimônio comum é uma das conseqüências mais comuns do casamento, e o regime de bens nada mais do que é o estatuto que regula as relações patrimoniais dos cônjuges, entre si e em relação a terceiros.

O Código Civil (Título II, "Do Direito Patrimonial") contempla quatro espécies de regimes de bens: a) o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); b) o da comunhão universal (arts. 1,667 a 1.671); c) o da participação final dos aqüestos (arts. 1.672 a 1.686); c) o da separação (arts. 1.687 e 1.688), além de conter importantes disposições outras, dentre as quais se destaca o capítulo dedicado ao pacto antenupcial.

A **comunhão parcial** é o regime legal, que vigora nos casamentos celebrados sem pacto antenupcial ou quando o pacto for nulo; nele, os bens adquiridos na vigência do casamento integram a comunhão, salvo os havidos por cada um deles nas condições expressamente constantes do art. 1.659, em razão do que se formam, como ensina Sílvio de Salvo Venosa[5], *"três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio"*, dissolvendo-se a comunhão pela morte, separação, divórcio ou anulação do casamento, quando cada cônjuge, ou os herdeiros dele, retirará os seus bens particulares e, posteriormente, serão divididos os bens comuns.

A **comunhão universal**, que era o regime legal vigente ao tempo do Código Civil de 1916, conforme a tradição das ordenações portuguesas, só pode ser adotada pelos cônjuges com prévia contratação, através do indispensável pacto antenupcial; nele, se a disposição do contrato prévio não for diferente, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, e suas dívidas, salvo as poucas exceções constantes expressamente do art. 1.668 do Código Civil, em razão do que, como regra geral, há um condomínio dos bens do casal, presentes e futuros, verdadeiro patrimônio comum, constituído pelos bens presentes, ao tempo da realização do casamento, e pelos futuros, adquiridos na constância da sociedade conjugal, apenas ressalvados os das exceções antes referidas, estendendo-se tal comunhão à posse e administração, não podendo um fazer alienações ou instituir gravames imobiliários, sem o consentimento do outro.

Na **participação final nos aqüestos**, o sistema é híbrido, ou seja: aplicam-se, conforme dispuser o pacto antenupcial, tanto regras próprias da separação de bens e da comunhão parcial, tratando-se de inovação no direito brasileiro, mas já adotado em outras

---

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família** - 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2005., pg. 365.

legislações, sendo preferido, ainda que raramente, por cônjuges que já possuem certo patrimônio ao casar-se ou que têm a potencialidade profissional de formá-lo posteriormente.

Neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe caberá, quando da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Na constância do casamento, assemelha-se ao regime de separação, pois a administração dos bens é de cada um; já na dissolução, assemelha-se a o regime da comunhão parcial de bens.

O da **separação**, também denominado da *separação total*, é o regime em que há uma completa distinção entre o patrimônio de cada cônjuge, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens, podendo ser voluntário, através de pacto antenupcial, ou obrigatório, por causas diversas, entre ela a idade de um ou de ambos os cônjuges.

De notar que, mesmo os bens sendo totalmente separados, ambos os cônjuges têm o dever de contribuir para as despesas do casal, na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Por ser o tema deste estudo, merece especial atenção e desenvolvimento o **regime da "separação de bens", facultativo ou obrigatório**,

Repetindo o que a respeito dispunham os arts. 276 e 277 do antigo Código Civil de 1.916, o novo Código Civil de 2.002, em seus arts. 1.687 e 1.688, estipula as condições da "separação de bens" e as obrigações de cada cônjuge nas despesas do casal, regime **facultativo** e que deve ser objeto de pacto antenupcial, a depender tão somente da vontade soberana dos nubentes.

Do mesmo modo, repetindo na essência a disposição do art. 258, § único, II, do CC/1.916, apenas com modificação no que tange à idade da mulher, o art. 1.641 e seu inciso II do CC/2.002 dispõem que ***"é obrigatório o regime da separação de bens no casamento" "da pessoa maior de sessenta anos"***.

Cumpre salientar, a respeito do tema, que o art. 259 do CC/1.916 não foi recepcionado pelo CC/2.002, ficando superada a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal; desta forma, também os bens adquiridos na constância do casamento (aqüestos) **ficarão incomunicáveis**, para tanto bastando que um dos nubentes seja maior de sessenta anos, só não ocorrendo esta situação se houver verdadeira contribuição de cada um na formação do contrato de aquisição do bem, caso em que ambos serão compradores e terão o bem em condomínio.

Vê-se, pois, que o sistema do Código Civil de 2.002 torna ainda mais rigorosa a questão, contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 39/413, RT 691/194 e RF 320/84) ***e*** **repudia a comunicação dos** ***"aqüestos resultantes da conjugação de esforços do casal"***, o que é inadmissível, à luz do melhor direito a seguir examinado, num verdadeiro retrocesso, que cumpre ser melhor interpretado.

CAPÍTULO 2 – A QUESTÃO PROBLEMA

2.1 Art. 1.641, Ii, C. Civil. Inconstitucionalidade

Como já exposto, o artigo 1.641, II, do Código Civil restringe aos nubentes, com 60 (sessenta) anos de idade ou mais, o direito de escolha quanto ao regime de bens, que não pode ser outro, que não o da separação total (*até mesmo não permitindo a comunhão dos aqüestos)*, previsto nos arts. 1.687 e 1.688 do mesmo diploma legal.

A **restrição** é tão somente fundada na questão da idade, se superior a sessenta anos, mas conforme o princípio fundamental constitucional da igualdade, não pode haver discriminação em razão da idade e, portanto, a norma do Código Civil não está em conformidade com o princípio da isonomia, ferindo a proclamação do art. 5º, caput, da CF/88: *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."*

Conforme a doutrina de José Afonso da Silva[6], *"nossa Constituição é rígida"*; *"em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro"*; *"por outro lado, todas as normas que integrem a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal"*.

---

[6] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo - 30ª ed., pg. 460.

Assim, o citado mestre (30ª ed/215), quando se volta para o estudo do princípio da igualdade, lembra que, *"aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil"*.

Logo, fiel ao princípio da igualdade, o legislador não pode editar leis ou atos normativos aos casos concretos, de forma a criar ou ampliar desigualdades, do mesmo modo que deve o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, dizer qual o direito aplicável em cada caso, utilizando os mecanismos constitucionais, para dar interpretação única às normas jurídicas.

A limitação ora questionada (art. 1.641, II, do Código Civil/2.002), até por ser posterior à rígida Constituição Federal de 1.988 (*o que não aconteceu quando da edição do Código Civil de 1.916*), além de odiosa, é também inconstitucional, até porque, tratando-se de questão relativa ao estado da pessoa, é imprescindível toda cautela.

Assim, se a plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade civil, só pode ser afastada em situações extremas, por meio do processo judicial de interdição, com procedimento especial de jurisdição voluntária (arts. 1.177 a 1.186 do Código de Processo Civil), sendo indispensável não só a realização de perícia, mas a audiência de exame pessoal do interditando, pelo magistrado, estando este entre os processos revestidos de mais requisitos formais, imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes, para conhecimento de terceiros, denotando tal rigor o extremo cuidado do legislador, quando trata da capacidade da pessoa, **que é presumida** e não pode ser afastada sem a fiel observância das garantias, também constitucionais (art. 5º, LIV e LV, cf/88), do **devido processo legal, do contraditório** e **da ampla defesa**.

Desta forma, não poderia o legislador de 2.002 simplesmente inserir no Código Civil uma redução pontual da capacidade do maior de 60 (sessenta) anos, posto que se trata de violação do princípio da igualdade, reafirmando-se que todos são iguais perante a lei e devem ser tratados sem distinção.

Cumpre salientar, sob tal aspecto, a notável circunstância de que, no direito brasileiro como um todo, mesmo com mais de 60 anos de idade, sem limite previsto em lei, pode qualquer cidadão, desde que civilmente capaz, dispor livremente de seus bens, ser comerciante ou industrial, assumir cargo público eletivo ou de confiança, ser Magistrado, membro do Ministério Público, Deputado, Senador ou Presidente da República, como, aliás, também ocorre nos demais países civilizados.

De resto, quanto o Constituinte de 1.988 pretendeu, em situações especiais, estabelecer, ele próprio, limites de idade mínimos (por exemplo, para cargos eletivos, cf. o art. 14, VI, CF) ou máximos (por exemplo, para o exercício do funcionário público efetivo, cf. o art. 40, § 1°, II, CF), o fez de maneira expressa e a não permitir qualquer dúvida, não deixando espaço para a atuação do legislador infraconstitucional, até porque, como é da essência do estado democrático de direito, qualquer restrição a direito individual, em condições de normalidade social, só pode ter origem na Constituição.

Assim, inicialmente vista a questão sob o aspecto da prevalência da letra da Constituição, aquela disposição restritiva, em razão da idade, do direito de contratar livremente, inserida no Código Civil (art. 1.641, II) *é absolutamente insustentável.*

2.2 Conflito com Normas Genéricas

Não fosse a intransponível barreira constitucional, capaz de tornar inexigível a regra do art. 1.641, II, do Código Civil de 2.002, no mesmo diploma legal há outras disposições, com as quais não pode conviver a norma impugnada, por ser isolada, destoar do conjunto e contrariar outras, da mesma espécie ou natureza, principalmente as que versam sobre a capacidade de contratar, restando, para solução do evidente conflito, negar-lhe vigência.

Atente-se, em primeiro plano nesta fase, para a questão da capacidade, sob a ótica do Código Civil e da orientação doutrinária que a sustenta.

O homem adquire personalidade juridica, a partir do nascimento com vida, consoante o art. 2° do Código Civil, embora resguardados, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Tais direitos são aqueles que a pessoa possui sob seus atributos fundamentais, como a honra, a vida, a intimidade e a integridade física; adquirida a personalidade, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e deveres, possuindo, portanto, capacidade de direito ou de seu gozo.

Assim, todo ser humano, até irrefutável prova contrária à presunção de que goza, tem capacidade de direito, posto que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição; porém, nem todos têm a necessária aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações de naturezas diversas, que a lei prevê e admite.

As pessoas que podem agir desassistidas e por ato próprio, possuem também a chamada capacidade de fato ou de exercício, reunindo os dois atributos, que constituem a capacidade civil plena.

Já ao indivíduo a que falta algum requisito material para dirigir-se com autonomia no mundo civil, a ordem jurídica não lhe nega capacidade de gozo, somente recusa a autodeterminação, pois será necessária a intervenção de uma outra pessoa para faze-lo exercer seus direitos, o que é a chamada incapacidade, que se encontra prevista nos artigos 3º a 5º do Código Civil.

Por se tratar de restrição ao poder de agir, há de ser sempre encarada sob o princípio segundo o qual a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção; logo, qualquer incapacidade só pode resultar da lei, que estabelece uma restrição legal à prática pessoal dos atos da vida civil.

A teoria da incapacidade existe para proteger os incapazes, já que uma pessoa incapaz, ou seja, que não possui discernimento suficiente para gerir seus próprios bens, pode praticar algum ato da vida civil, como por exemplo, a compra de um imóvel, e ser facilmente ludibriado, além de tornar nulo o ato, em razão de sua própria incapacidade, certamente com prejuízos recíprocos; logo, quando for praticar tais atos, será devidamente representada ou assistida, conforme for a incapacidade absoluta ou relativa, respectivamente.

Adquirida a capacidade civil plena, uma pessoa somente poderá tornar-se novamente incapaz após um processo de interdição, com sentença transitada em julgado, consoante os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, devendo a sentença declaratória ser devidamente levada ao registro público, em conformidade com o inciso III do art. 9º do Código Civil.

O processo de interdição, como anteriormente salientado, é extremamente formal e a pessoa só será declarada incapaz depois de ter passado por uma perícia médica e ser pessoalmente examinada pelo magistrado, o que ocorre, não por amor ao formalismo e à burocracia, mas exatamente por ser a capacidade fundamental para o indivíduo em nosso ordenamento jurídico.

A interdição é prevista nos já referidos artigos 1.767 a 1.778 do Código Civil, elencando o primeiro dispositivo as pessoas que podem ser submetidas ao respectivo procedimento judicial, por enfermidade ou deficiência mental que lhes reduza ou suprima o necessário discernimento para os atos da vida civil.

Assim, os maiores de sessenta anos, salvo se forem declarados incapazes, por sentença proferida em processo regular, com observância dos princípios constitucionais,

possuem a capacidade civil plena, não podendo, portanto, apenas em razão da idade (mesmo que fosse ela superior a setenta, oitenta, noventa ou cem anos), serem considerados incapazes de praticar atos da vida civil, pessoalmente e sem a intervenção de qualquer outra pessoa, notadamente de escolher o regime de bens por ocasião de seu casamento, até porque têm a capacidade de contratar e a doutrina não discrepa quanto a natureza contratual do casamento.

Desta forma, analisada a questão, sob este aspecto abrangente, com a demonstração de que a regra ora impugnada (art. 1.641, II, do C. Civil), além da sua evidente inconstitucionalidade, está em conflito com os princípios gerais relativos à capacidade civil e ao direito de contratar, também sob outros aspectos se verifica a existência de conflitos com normas específicas que, a partir de agora, serão examinadas, uma a uma, demonstrando a mais completa impossibilidade de a vista delas, sobreviver o texto em exame.

2.3 Conflito com Normas Específicas

Vários negócios jurídicos, para os quais o Código Civil exige, tão somente, a capacidade para o exercício do direito de contratar, têm conseqüências patrimoniais idênticas às do casamento, por regime outro que não o da separação de bens; mas em tais transações, como a seguir veremos, não há qualquer restrição referente à idade do contratante.

> *1.- Na compra e venda, contrato amplamente regulado a partir do art. 481 do Código Civil, em nenhum momento, encontra-se restrição, principalmente no que se relaciona ao vendedor, relativa à idade do contratante.*

Basta, portanto, para vender, que o contratante tenha capacidade e atenda aos demais pressupostos específicos do negócio, sendo notável a circunstância de que, conforme a disciplina do art. 499 do Código Civil, "*é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão*".

Logo, no caso de sexagenários, que tenham contraído o casamento, obedecendo ao art. 1.641, II, do Código Civil, nada impede que um venda ao outro os bens de sua propriedade particular, não integrantes da comunhão que aquela odiosa norma proíbe, o que comprova a sua inoperância prática.

2.- *Também a doação, regulada nos arts. 538 e seguintes do Código Civil, não exige do doador mais do que a capacidade de contratar e a disponibilidade dos bens, além de submeter-se a certas regras especiais, como as dos arts. 548 e 549, tenha ele a idade que tiver.*

Mas nada impede, dentro dos limites da parte disponível do doador, que a doação se faça ao cônjuge, como está expressamente previsto no art. 544, que a liberalidade, neste caso, importa em adiantamento do que cabe na herança, se herdeira vier ser.

Assim, se o cônjuge, que tenha se casado sob o comando da norma impugnada, pode doar, como efetivamente pode, toda a sua parte disponível ao outro cônjuge, durante e até mesmo antes do próprio casamento, mais uma vez resta claro que, dependendo apenas da autonomia da vontade do contratante, o art. 1.641, II, do Código Civil é letra morta.

3.- ***Quando o Código Civil trata do*** *testamento,* ***está expresso no art. 1.857 que*** *"toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte",* ***cuidando o Código, nos arts. 1.860 e 1.861, da capacidade de testar, neste capítulo não havendo qualquer limite de idade.***

Deste modo, da mesma forma que ocorre na doação, antes ou depois do casamento que deva obedecer à regra impugnada do art. 1.641, II, do Código Civil, pode um dos cônjuges testar em favor do outro, destinando-lhe até o limite da sua parte disponível.

Mais uma vez, em virtude de outra norma do mesmo Código Civil, a disposição impugnada perde a significação e o alcance que tenha pretendido dar-lhe o legislador.

4.- ***O art. 1.420 do Código Civil, que trata dos diversos gravames, dispõe que*** *"só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese",* ***sem qualquer restrição referente à idade do contratante.***

Esta referência é feita para deixar claro, tão somente, que mesmo fora das relações patrimoniais do casamento, não há qualquer regra no Código Civil que imponha idade limite ao contratante, desde que este tenha **capacidade**.

5.- ***Finalmente, neste campo do estudo, deve ser analisado, mais detidamente, o que a respeito dispõe o Código Civil sobre a*** *união estável,* ***principalmente na questão do patrimônio dos conviventes.***

A Constituição Federal de 1.988, ao dispor em seu art. 226, § 3º, que *"para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como*

entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", **deu o primeiro e fundamental passo para a legalização do** *casamento natural.*

Veio finalmente a lei geral, que é o Código Civil de 2.002 e, no Título III do Livro IV (Do Direito de Família), arts. 1.723 a 1.727, todos plenamente em vigor, trata da União Estável.

Especialmente no que interessa à matéria em exame, o legislador de 2.002 dispôs, no art. 1.725, que *"na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens"*.

Resta claro que, independente da idade dos companheiros**, podem eles ajustar, quanto aos bens que levem para a união estável ou para os que vierem a adquirir durante o tempo de duração da convivência,** O REGIME QUE QUISEREM**,** independente da idade que tenham ao tempo do contrato**, mesmo que sejam sexagenários, setuagenários ou octogenários, não havendo qualquer disposição outra a respeito, só se aplicando o regime da comunhão parcial (***também independentemente da idade)* **na falta de contrato escrito.**

A comparação do **casamento** com a **união estável** sejam os companheiros maiores de sessenta anos ou não, nesta questão patrimonial, é tão perversa que, na verdade, só está servindo, como a experiência de profissionais do direito mostra, para desestimular o casamento civil, preferindo muitos manter a sua liberdade de contratar, sem submeter-se à imposição legal do art. 1.641, II, do Código Civil.

Tudo a caracterizar sério conflito de normas, entre aquela impugnada e as ora analisadas, numa demonstração clara de que, se não fosse pela inconstitucionalidade, é evidente que não pode a primeira sobreviver.

CAPÍTULO 3 – OBSERVAÇÕES NECESSÁRIAS

1.- O estudo cuidadoso da questão, como não poderia deixar de ser, exige pesquisa doutrinária sobre a gênese do art. 1.641, II, do Código Civil:

Sustentam alguns juristas, voltados apenas para a questão da idade, que tal norma restritiva se justificaria para retirar do casamento (melhor dizendo da decisão de uma pessoa ainda jovem se casar com um sexagenário, ou vice-versa), o fator patrimonial que seria, em muitos casos, decisivo.

Tal argumento, por ferir a liberdade individual e a autodeterminação, sem fundamento outro que não o da idade, quebra o princípio constitucional da igualdade e a própria lei civil, que assegura o direito da livre contratação, desde que existente a capacidade do contratante, a qual, como anteriormente lembrado, é presumida.

Assim, com todo o respeito que podem merecer os defensores desta posição, ela não se sustenta, à vista de todos os fundamentos suscitados no presente estudo, valendo aqui a observação de Sílvio de Salvo Venosa, ancorado em Sílvio Rodrigues, com base no antigo diploma, afirmando que,

> "aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinqüagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver".

Outros doutrinadores, na verdade integrantes de acentuada minoria, querem ir mais além, sustentando que o preceito impugnado teria o sentido de proteger eventual prole,

anterior ao novo casamento, claramente referindo-se ao exercício futuro ao direito de herança que, com a nova união do ascendente, por regime outro que não o da separação de bens, ficaria prejudicado.

Este fundamento não se sustenta de forma alguma, até mesmo diante de disposição da própria lei civil, desde o Código Civil de 1.916, em seu artigo 1.089, repetido integralmente pelo Código Civil de 2.002, no artigo 426, que, de modo imperativo, dita: *"NÃO PODE SER OBJETO DE CONTRATO A HERANÇA DE PESSOA VIVA"*.

Se assim é, pretendendo o legislador que a herança de pessoa viva não seja objeto de transação, certamente também não há licitude no próprio ato legislativo que, ainda que de forma indireta, tenha a pretensão de atingir aquele objetivo de, simplesmente, proteger direito que só pode ser exercido com a abertura da sucessão.

2.- Para que o diagnóstico não fique sem o remédio adequado, cumpre dizer que ao judiciário compete declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, ou, à vista do evidente conflito de normas, negar-lhe vigência.

Ideal será que um dos legitimados (art. 103 da CF/88) proponha a ***ação direta de inconstitucionalidade***; mas, na hipótese de não ocorrer esta providência, nada impede que os interessados, antes do casamento ou mesmo depois dele (art. 1.639, § 2º, C. Civil), em ação própria, pleiteiem a inaplicabilidade da norma, seja por inconstitucionalidade (que o juiz de primeiro grau pode declarar como fundamento da decisão, sem efeito "*erga omnes*"), ou seja, por incompatibilidade dela com outros princípios do Código Civil, autorizando assim a realização do casamento sem a restrição ou, na segunda hipótese, decretando a alteração do regime de bens, neste caso ressalvados os direitos de terceiros.

CONCLUSÃO

A HIPÓTESE PROPOSTA: A RESPOSTA

O presente estudo, relativamente longo, pretendeu demonstrar, à luz do fato que aborda, que determinada regra – a do art. 1.641, II, contida no nosso Código Civil/2.002, especialmente no Direito de Família, no capítulo do casamento e do respectivo regime de bens a que se sujeitam os nubentes, não pode sobreviver, por força de outros preceitos.

Assim, na introdução ao tema foram analisados o **conceito de casamento**, sua **origem** e **súmula histórica**, passando em seguida à **questão patrimonial**, sua **evolução**, os **diversos regimes de bens** para, finalmente, ser abordado o problema propriamente dito para, após análise dos aspectos constitucionais e da legislação codificada, permitir a resposta desejada.

Resposta que se impõe: ***no casamento do sexagenário, pode ser convencionado regime outro, que não o obrigatório da separação de bens, através de pacto antenupcial.***

Adotada esta solução, mais conforme os textos da Constituição e do próprio Código Civil, para que ela se torne definitiva será necessária a introdução de expressão, no questionado inciso II do art. 1.641, passando ele a vigorar com a seguinte redação: ("*é*

obrigatório o regime da separação de bens no casamento") **"DA PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS, QUANDO NÃO HOUVER PACTO ANTENUPCIAL".**

Assim, o Código Civil passaria a contemplar três situações de regime legal: o da "**comunhão parcial**", na hipótese do art. 1.640; o "**obrigatório da separação de bens**", nas hipóteses dos incisos I, II (primeira parte) e III do art. 1.641; o **convencionado** pelos cônjuges, **sempre através de pacto antenupcial**, na hipótese da opção prevista no art. 1.641, II (segunda parte), admitida qualquer outra solução, de melhor técnica de redação legislativa, que o legislador resolver adotar, desde que submetida ao que é da essência do tema, como ora lançado.

Desta forma é concluído este trabalho, na certeza de que se trata de uma efetiva contribuição acadêmica para o aperfeiçoamento do casamento, no que concerne ao regime de bens, melhor atendendo os pressupostos constitucionais e legais, tudo a fazer com que fiquem assegurados aos nubentes os princípios da igualdade e do direito de contratar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

A Bíblia Sagrada, tradução oficial da CNBB.

Constituição Federal de 1.988.

Código Civil de 1.916 e legislação complementar.

Código Civil de 2.002 e legislação complementar.

GOMES, Orlando **Direito de Família** - 2ª ed.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica** - 8ª ed.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo** - 30ª ed.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família** - 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2005.