



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

Ana Cecília Alves Silva

REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES:

Análise de constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código
Civil brasileiro

UBERLÂNDIA – MG

Junho/2019

Ana Cecília Alves Silva

REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES:

Análise de constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código
Civil brasileiro

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado na Faculdade de Direito da UFU
como requisito básico para conclusão do curso
de Direito.

Orientador: Professor Paulo Henrique da
Silveira Chaves

UBERLÂNDIA-MG

Junho/2019

ANA CECÍLIA ALVES SILVA

REGIME DE BENS ENTRE CÔNJUGES:

Análise de constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código
Civil brasileiro

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis,
da Universidade Federal de Uberlândia, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Banca examinadora:

Professor Paulo Henrique da Silveira Chaves

Examinador

Uberlândia, _____.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Uberlândia e à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis pela oportunidade de realizar o curso de Graduação em Direito.

À minha mãe e meus irmãos que me apoiaram e incentivaram ao longo de toda a graduação.

À minha colega de turma e parceira de vida Giovana Sopranzetti Alves, que sempre esteve ao meu lado durante os cinco anos de graduação.

Agradeço especialmente ao meu companheiro de vida Wainer Cunha de Siqueira, pelo apoio e incentivo.

Aos professores que não mediram esforços para que conseguíssemos concluir a graduação com excelente aprendizado. Em especial, ao professor orientador Paulo Henrique da Silveira Chaves que ofereceu o suporte necessário para a realização deste trabalho.

ALVES SILVA, A.C. **Regime de bens entre cônjuges: Análise de constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil brasileiro.** 2019. 48 p. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG.

RESUMO

Em linhas gerais, o presente trabalho objetiva a análise de constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil brasileiro, por meio de discussão crítica, inferindo sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da igualdade entre os cônjuges e o da autonomia da vontade, além disso, pretende examinar a proteção jurídica estabelecida para pessoas maiores de setenta anos ao estabelecer que o regime de bens entre cônjuges acima de 70 (setenta) anos deverá ser o de separação de bens.

Palavras-chave: Regime de bens, Inconstitucionalidade, princípios, idoso.

ALVES SILVA, A.C. Property regime between spouses: Analysis of the constitutionality of subsection II of article 1.641 of the Brazilian Civil Code. 2019. 48 p. Bachelor of Law - Federal University of Uberlândia, Uberlândia, MG.

ABSTRACT

In general, the present work aims at the analysis of constitutionality of subsection II of article 1.641 of the Brazilian Civil Code, through a critical discussion, inferring on the principles of the dignity of the human person, isonomy, freedom, equality between the spouses and that of the autonomy of the will, in addition, it seeks to examine the legal protection established for persons over seventy years old by establishing that the property regime between spouses over 70 (seventy) years should be that of separation of property.

Keywords: Property regime, Unconstitutionality, principles, elderly.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. REGIME DE BENS	8
1.1 Visão histórica	8
1.2 Do casamento	9
1.3 Meação	11
1.4 Pacto antenupcial.....	12
2. TIPOS E ESPÉCIES DE REGIME	15
2.1 Comunhão parcial.....	15
2.2 Comunhão universal de bens	17
2.3 Participação final de aquestos	19
2.4 Separação de bens.....	21
2.5 Separação de bens obrigatória.....	22
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	25
3.1 Princípios e regras	25
3.2 Dignidade da pessoa humana	27
3.3 Da isonomia.....	28
3.4 Da liberdade	29
3.5 Da autonomia da vontade	30
4. INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO DO IDOSO.....	32
5. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DA PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS - ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	38
6. CONCLUSÃO.....	44
7. REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a imposição do regime de bens de forma obrigatória, bem como realizará a análise de sua constitucionalidade, mostrando quais tipos e regime de separação de bens os cônjuges podem optar, assim como analisará o artigo 1.641, II do Código Civil à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade e autonomia da vontade, visando sempre a proteção do idoso.

O Código Civil de 1916 era essencialmente patrimonialista e buscava a proteção dos bens, visão essa que foi refletida nas disposições dos regimes patrimoniais. O regime da comunhão total de bens era o legal e não havia possibilidade de mudança da escolha realizada. Desta maneira, baseada nessa concepção, foi estabelecido no art. 258, parágrafo único, II, do CC de 1916 o regime da separação obrigatória que buscava a proteção dos bens e a sua incomunicabilidade com o cônjuge. Para abrandar essa imposição foi editada a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Quando da edição do Código Civil de 2002, optaram por prosseguir no mesmo sentido do código anterior, mesmo com a jurisprudência consolidada na súmula, continuando com a obrigatoriedade de separação no regime de bens. O que fez com que gerasse divergências na aplicação, já que não se recepcionou a súmula já consolidada.

Ao longo do trabalho será tratado sobre as consequências do referido artigo, debatendo sobre os seguintes tópicos: regime de bens, tipos de regime, princípios constitucionais, incapacidade no direito brasileiro e o direito do idoso, regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos (análise da constitucionalidade), direito de amar na melhor idade.

Uma vez já estudadas as bases que influenciam o tema, também será analisado algumas jurisprudências dos Tribunais de primeira e Superior Tribunal de Justiça no que concerne à separação obrigatória de regime de bens à pessoa maior de 70 anos.

Isso posto, o trabalho busca levantar discussão sobre o regime obrigatório de bens baseado nos princípios constitucionais. Procura-se demonstrar a

constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil e como deverá ser harmonizada com o parâmetro constitucional. Dessa forma, busca-se analisar sobre a necessidade de interferência do Estado na escolha do regime de bens pelos cônjuges acima de 70 (setenta) anos de idade.

1. REGIME DE BENS

1.1 Visão histórica

Na visão do anterior Código Civil, o de 1916, o casamento era a única forma de constituição de família, com o objetivo de união e constituição de patrimônio. Naquele tempo, o regime legal de bens era o da comunhão, em que se tinha o condomínio de todos os bens arrecadados pelo do casal.

Anos mais tarde veio a criação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) que instituiu a incomunicabilidade dos bens que eram adquiridos pela mulher durante o matrimônio, esses bens foram chamados de bens reservados, já que eram fruto do trabalho feminino, considerado na época para proteger a mulher casada. Entretanto, com a consagração dos princípios constitucionais na Constituição Federal, mas objetivamente do princípio da igualdade entre homens e mulheres a incomunicabilidade dos bens da mulher foi superado pela ideia de isonomia social, mesmo que socialmente não se tenha superado a discriminação de gênero e o patriarcalismo. Mas por outro lado, sabendo destes problemas criou-se a ideia de alimentos compensatórios, fixados àquele que não detém a administração dos bens do casal.

No ano de 77 houve a criação da Lei do Divórcio em que o regime legal de bens deixa de ser o da comunhão universal e passa a ser o da comunhão parcial, deixando para trás a comunicabilidade dos bens adquiridos anteriormente ao matrimônio. O condomínio, então, passa a ser somente dos bens adquiridos durante o período de casamento, excetuando alguns poucos casos.

No Código Civil de 1916 foram instituídos quatro regimes de bens, sendo eles, o regime dotal, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens.

O regime dotal tem origem no dote, em que poderia ser oferecido ao homem pela própria mulher, por qualquer de seus antecedentes ou por terceiro. Com o casamento era transferido ao poder do marido a administração dos bens dotais, bem como o recebimento dos frutos e rendimentos produzidos por este patrimônio, para ocorrer aos encargos da vida conjugal. Em caso de dissolução do vínculo, o

patrimônio era restituído pelo homem à mulher dentro de prazo estabelecido. Este regime não teve a menor aceitação em nosso ordenamento, foi simplesmente retirado do Código seguinte, o de 2002. Aí então, acrescentaram o regime da participação final dos aquestos.

O atual Código Civil em 2002 introduz o regime de participação final dos aquestos e admite a possibilidade de alteração do regime de bens durante o casamento. Inova ainda, quanto à união estável, em que foi adotado também o regime da comunhão parcial de bens em benefício dos conviventes, mas podendo eles escolherem outro regime por meio de contrato firmado.

Assim, atualmente, os regimes de bens existentes em nosso ordenamento jurídico são os seguintes: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens, separação convencional de bens e o regime de participação final nos aquestos.

1.2 Do casamento

Segundo Pontes de Miranda (1947, pág. 93) o casamento é um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade de vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer

A Constituição Federal de 1988 trata da Família no art. 226, trazendo um rol exemplificativo, o qual não exclui a possibilidade de outros modelos de entidade familiar. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em leitura rápida ao referido artigo é possível perceber o Estado considera a família a base da sociedade, e por isso a instituição do casamento é por meio de normas imperativas, já que são de ordem pública. Assim, as partes que quiserem constituir o casamento devem passar por diversos requisitos, e por muitos anos tinha a ideia de dificultar a sua dissolução, criando prazos a serem cumpridos e a discussão da existência de culpa do desfecho do casamento.

O casamento estabelece plena comunhão de vida (art. 1.511, CC) e impõe deveres e obrigações recíprocos (art. 1.565, CC): pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da Família, comprovando que o casamento é muito além do que a união pelo afeto. O casamento gera a solidariedade entre os cônjuges para com a entidade familiar, também gera a assistência mútua, já que o casal responde pela criação dos filhos e a manutenção do lar comum. São ambos responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um. Tornando a relação muito além do aspecto sentimento, o casamento traz o entrelaçamento dos bens e das responsabilidades, por isso o Estado faz com que algumas questões sejam tratadas antes das núpcias.

A lei não só regulamenta a sua constituição e sua dissolução, mas também estabelece e regulamenta questões de ordem pública ainda que durante a vigência do casamento ou união estável. A inclusão e a exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, dão significados aos diversos regimes e servem para definir a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal. A separação ou a comunhão dos bens individuais, a comunicabilidade ou não do acervo amealhado depois da união é que permite diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, criar um modelo

novo da forma que melhor satisfaça os objetivos do casal, ou ainda usar os existentes e formatar um outro, feito por meio da junção de outros existentes. Os companheiros podem fazer isto antes de darem início à união estável e durante a sua vigência, de forma livre, sem a necessidade de interferência judicial.

Pela doutrina são chamados de primários os quatro tipos de regime de bens previstos na lei e chama de secundários aqueles regimes em que os nubentes, por meio de pacto antinupcial ou contrato de convivência, criam um novo regime. Entretanto, ainda que as partes possam exercer suas vontades a autonomia é relativa, já que existem algumas limitações quanto ao direito sucessório e sobre direito aos alimentos, tratados nos artigos 426 e 1.707 do Código Civil, mas quanto a questões patrimoniais, as partes podem dispor livremente, e, deixando de escolherem o regime de bens o Estado faz opção pelo regime de comunhão parcial, da mesma forma para a união estável.

1.3 Meação

A meação é simplesmente a ideia de cada cônjuge ou companheiro possui metade dos bens adquiridos antes e/ou durante o período de convivência. A diferenciação fica quando o casal de forma livre escolhem o regime de bens, entretanto há casos em que a lei impõe um regime de bens a ser adotado, é o caso quando um ou ambos tiverem mais de 70 (setenta) anos ou quando descumprirem a recomendação de não casar (art. 1.641 CC).

Para entender sobre os regimes de bens, tem-se que analisar se os conviventes adquiriram com condomínio, se foram adquiridos de forma gratuita ou onerosa, durante a vigência do casamento ou anteriormente à sua constituição. Esta é a única forma de apurar o patrimônio a ser dividido ao meio, por isso é chamada de meação.

A identificação do regime de bens tem grande significado durante a vigência da união e quando da dissolução do casamento pelo divórcio, pelo fim da união estável ou pela morte. O direito à meação é irrenunciável e durante o período de convívio não pode ser cedido e nem penhorado.

Em síntese, no regime da comunhão universal são meados todos os bens particulares dos cônjuges e os são adquiridos antes e depois do casamento. Na comunhão parcial, a meação é do patrimônio adquirido durante o matrimônio. Na separação obrigatória, em que é imposta pela lei, há direito à meação dos bens adquiridos durante a constância do matrimônio, por interpretação pela Súmula 377 do STF¹. No regime da participação final nos aquestos, somente há meação quanto aos bens amealhados em comum durante o casamento. Os adquiridos em nome próprio, na vigência da sociedade conjugal, sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Por último, no regime da separação convencional, inexistente comunicação de patrimônios. Esta é a única hipótese primária em que não há direito à meação, entretanto a jurisprudência vem admitindo o direito à partilha mediante prova da contribuição na formação do acervo patrimonial.

Quanto à doação a lei não a veda, mas a doação entre cônjuges é considerada adiantamento de legítima.

1.4 Pacto antenupcial

O artigo 1.639 do Código Civil estipula que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. O referido artigo autoriza a elaboração de pacto antenupcial, que também pode ser chamado de pacto pré-nupcial. O pacto antenupcial está disposto entre os artigos 1.653 e 1.657.

Sendo assim, é possível durante o processo de habilitação, os noivos podem livremente estipularem sobre o regime de bens, conforme o artigo 1.640 parágrafo único². Entretanto, há casos em que lei delimita essa liberdade para escolher o próprio regime de bens, como é o caso do regime obrigatório, mas a jurisprudência vem mitigando isso e afastando a imposição do regime obrigatório.

1 Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

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

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

Como característica do pacto, é essencial que seja feito por meio de escritura pública e mesmo que o casamento seja firmado por procuração, é possível que o pacto também seja firmado por procurador, desde que tenha os poderes para tal.

Quanto a natureza jurídica do pacto antenupcial existe na doutrina certa divergência, uns dizem se tratar de um contrato outros que é um negócio jurídico.

A sua eficácia está sujeita a data de início do casamento, portanto, é de eficácia suspensiva, mas não é imposto nenhum prazo para sua elaboração, mesmo falando que pode ser confeccionado durante o processo de habilitação. No caso de opção pelo regime de comunhão parcial de bens, não será necessário a elaboração de pacto, já que este regime é o legal. Quando vencido o prazo da habilitação, e este for renovado, é necessário novamente ser feita a opção pelo regime da comunhão parcial.

A dúvida surge quando o casal elabora um pacto antenupcial, o casamento não acontece e depois passam a viver sob união estável. Ainda que editada escritura pública, sua eficácia será suspensa até o dia do casamento, se o casamento não acontecer ainda assim continuará suspenso. A partir do momento em que o casal optou por viver em união estável o regime de bens do casal será o da comunhão parcial.

Quando no pacto se opta pelo regime de comunhão universal, e se pretende doar imóvel ao outro cônjuge é necessário que na doação exista cláusula de incomunicabilidade, já que com a constituição do casamento todos os bens são comunicáveis, até mesmo o que se doou, assim para que a doação seja efetivada deve haver a cláusula de incomunicabilidade ao outro cônjuge. Esse instituto é chamado de reserva de bens.

Conforme o artigo 546 do Código Civil podem outras pessoas podem participar do ato de lavratura do pacto, bem como podem fazer doação ao casal, mas ainda assim sua eficácia dependerá do evento casamento.

Além as estipulações patrimoniais, o casal poderá estipular outras condições como o exemplo tratado pela Maria Helena Diniz (2015, pág. 314), que face da ausência da criminalização dos atos praticados via internet, possível ser estipulado

no pacto a proibição de ser divulgado, em qualquer meio eletrônico, imagens, informações, dados pessoais ou vídeos do outro.

Isso tudo para proporcionar maior autonomia da vontade e reduzir a intervenção estatal no anseio da vida privada, mas sobre algumas matérias o casal não poderá pactuar, são os casos de exercício do poder familiar e da ordem de vocação hereditária.

Sendo um dos nubentes menor de idade, podem confeccionar o pacto, mas será necessária a sua transcrição no instrumento de autorização do casamento, conforme artigo 1.537 do Código Civil e nos termos do artigo 1.654 do mesmo código a eficácia do pacto estará condicionada à aprovação de representante legal. Para o casamento de menor, é necessário a autorização de ambos os representantes e no caso de recusa de um, poderá ser suprida sua autorização por meio judicial, mas para a retificação do pacto constituído a lei não exige a outorga de ambos os genitores e somente faz referência a um dos representantes, sendo que a aprovação do pacto não pode ser feita por via judicial.

Do assento de casamento deve constar o regime de bens e todos os dados referentes ao contrato antenupcial (artigo 1.536, VII, CC³). Para ter efeito perante terceiros, é necessário que o pacto seja registrado no Cartório Civil do domicílio conjugal e no Cartório do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (artigo 1.657, CC⁴). Tais atos devem ser praticados após a celebração do casamento, até porque antes disso o pacto não gera efeitos. O pacto também deve ser averbado no registro de todos os bens imóveis particulares do casal e no registro dos imóveis que forem sendo adquiridos durante o casamento. Incumbe ao Ministério Público zelar pela fiscalização e observância dessa providência.

3 Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

4 Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

2 TIPOS E ESPÉCIES DE REGIME

2.1 Comunhão parcial

A comunhão parcial é o regime legal adotado no Código Civil vigente. Não tendo os cônjuges elaborado pacto antenupcial, prevalece o regime da comunhão parcial, assim como nos casos em que é nulo o pacto antenupcial.

No caso deste regime, os bens particulares são reservados e é garantida a comunhão dos bens que foram adquiridos durante o matrimônio, buscando evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. O patrimônio familiar é integrado pelos bens comuns, que não se confundem com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais⁵.

Mesmo sendo o regime legal é possível que se faça pacto antinupcial para deliberar sobre a administração dos bens, nos termos do artigo 1.665 do CC⁶. Além de ser possível a doação e a compra e venda de bens entre o casal fora da comunhão, já que inexistente vedação legal. No caso da doação por terceiro, para que haja comunicação deve ser expresse a doação em favor do casal⁷.

O Código Civil traz o rol de bens que são comunicáveis:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

5 Rolf Madalena, Do regime de bens entre os cônjuges, 92.

6 Art. 1.665 A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

7 Partilha. Possibilidade. Bem doado. Regime de comunhão parcial de bens. Debate sobre a comunicabilidade de doação de numerário para a quitação de imóvel adquirido pela recorrente, em casamento regido pela comunhão parcial de bens. O regime de comunhão parcial de bens tem, por testar, a ideia de que há compartilhamento dos esforços do casal na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio decorre, diretamente, do labor de apenas um dos consortes. Na doação, no entanto, há claro descolamento entre a aquisição do patrimônio e uma perceptível congruência de esforços do casal, pois não se verifica a contribuição do não donatário na incorporação do patrimônio. Nessa hipótese, o aumento patrimonial dele um dos cônjuges prescinde da participação direta ou indireta do outro, sendo fruto da liberalidade de terceiros, razão pela qual, doação realizada a um dos cônjuges, em relações matrimoniais regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, somente serão comunicáveis quando o doador expressamente se manifestar neste sentido e, no silêncio, presumir-se-á feitas apenas ao donatário. Recurso provido com aplicação do Direito à espécie, para desde logo excluir o imóvel sob tela, da partilha do patrimônio, destinando-o, exclusivamente à recorrente. (STJ, REsp1.318.599/SP, 3.ªT., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/04/2013)

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.

Além disso, também descreve os bens que não são comunicáveis:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III - as obrigações anteriores ao casamento;

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

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Com relação aos bens pessoais previstos no artigo 1.659, V do CC, há na doutrina certa divergência quanto a partilha de joias. Pontes de Miranda (2002, pág. 280) sustenta que se comunicam as joias adquiridas durante o matrimônio, já Paulo Lôbo (2013, pág. 288) diz que as joias não se comunicam, porque seriam bens de uso pessoal. Por outro lado, quando as joias são recebidas pelo outro cônjuge, configura doação e, portanto, não se comunicam, mas se forem recebidas para investimentos financeiros, são comunicáveis.

Maria Helena Diniz (2015, pág.317) critica a incomunicabilidade dos bens previstos nos incisos V, VI, VII do artigo acima, dizendo que é desarrazoado excluir tais bens dos da universalidade, já que se um dos cônjuges adquire os bens para o lar comum, enquanto o outro apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, os bens adquiridos por aquele serão partilhados, enquanto o que este entesourou resta injustificadamente incomunicável.

Quanto a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (art. 1.663, caput⁸, CC). Urge anotar que embora os cônjuges possam administrar os bens, caso atuem com negligência ou má-fé, dilapidando ou desviando-os, o outro cônjuge poderá vir em juízo e requerer que esta administração lhe seja concedida com exclusividade (art. 1.663, §3º, CC). Outra particularidade prevista é a convenção em pacto antenupcial (art. 1.639, CC) que a um dos cônjuges (marido ou mulher) caiba a administração dos bens do outro, agindo como seu representante (parte final do art. 1.665).

2.2 Comunhão universal de bens

Previsto no entre os artigos 1.667 e 1.671 do CC, o regime da comunhão universal de bens é aquele em que os noivos não só pretendem a união pelo casamento, mas também pretendem a união de seus bens e, por isso, deve ser feito por meio de pacto antinupcial, permitindo assim a comunicabilidade de todos os bens pertencentes ao casal. É o único regime que permite a transferência de bens para o outro sem a necessidade de registro ou pagamento de impostos referente a transferência.

Com o ato do casamento ocorre a transferência dos bens ao outro, cada qual, passa a ser proprietário de metade de toda a fusão patrimonial, daqueles bens adquiridos de forma onerosa, gratuita ou decorrentes de herança, bem como de todos os bens presentes e futuros, além de dívidas passivas.

O artigo 1.668 prevê a quais bens são excluídos deste regime.

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;

⁸ Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Quanto a exclusão dos instrumentos profissionais, previsto no artigo 1.659, V, CC, não há como definir se foram adquiridos pelo esforço de um dos cônjuges, por isso alguns doutrinadores criticam essa exclusão. Já quando aos frutos, não fazem parte das incomunicabilidades, como bem exposto pelo art. 1.669 do CC, a não ser se for afastada pelo pacto antenupcial ou por meio de instrumento de doação⁹.

Com relação a dissolução do vínculo e já com a separação de fato do casal, rompe-se o estado condominial dos bens adquiridos e das dívidas contraídas por um dos cônjuges ou por ambos¹⁰, assim o que for adquirido depois do fim do relacionamento não pertencerá mais ao universo de bens a serem partilhados, da mesma forma são tratadas as dívidas contraídas após a separação de fato, como bem aponta do artigo 1.671 do CC: *Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um elos cônjuges para com os*

9 Recurso especial. Regime ele bens. Comunhão ele bens. Doação. Matrimônio anterior. Art. 265 cio Código Civil ele 1916. Cláusula genérica. Frutos civis. Incomunicabilidade. Possibilidade. Cláusula expressa. Inexistência ele vedação. Conta conjunta no exterior. Incontroversa. Princípio ela boa-fé objetiva. Necessidade ele partilha. Fundamento autônomo. Enriquecimento sem causa. Súmula 283/STF. Alimentos. Dever de sustento. Filho comum. Binômio necessidade e possibilidade. Súmula 7/STJ. Necessidade ele pacto antenupcial. Súmulas 282, 356 e 284/STF. 1. O doador pode dispor em cláusula expressa a incomunicabilidade cios frutos ele bem doado no benefício exclusivo cio cônjuge beneficiário antes da celebração do casamento sob o regime ele comunhão parcial cios bens. 2. O mandamento legal previsto no art. 265 cio Código Civil ele 1916 (correspondente ao art. 1.669 cio atual Código Civil), ele natureza genérica, não veda previsão em sentido contrário. [...] 4. O princípio ela boa-fé objetiva (art. 422 cio Código Civil) rege as relações ele família sob o prisma patrimonial. 5. Incide o óbice ela Súmula 283 cio Supremo Tribunal Federal, pois há fundamento autônomo inatacado no especial, a saber: a possibilidade ele locupletamento ilícito cio cônjuge varão ele quantia pertencente ao casal. [...] 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (STJ, REsp 1.164.887/RS, 3.^a T., Rei. Min. Ricardo Yillas Bôas Cueva,j. 24/04/2014)

10 [...] Benfeitorias realizadas pela esposa após a separação de fato. Comprovação. Exclusão, da partilha, de parte do valor da edificação levantada. 1. O fim do regime de bens do casamento se dá com a separação de fato do casal, mesmo que a formalização do rompimento em âmbito judicial lhe seja muito posterior. 2. As benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel apenas pela ex-esposa, com recursos financeiros próprios e após a separação de fato, não integram o conjunto de bens partilháveis do casal. Exclusão da partilha de parte elo valor ela edificação levantada no bem imóvel. 3. Apelo provido em parte. (TJMG, AC 1.0344.10.004778-8/001, 5.^a C. Cív., Rei. Des. Áurea Brasil, J 23/05/2013).

credores do outro. A separação de fato já significa o fim da comunhão, não sendo necessário o divórcio para significar o rompimento da comunhão.

Para a venda de bens do casal, exige-se a manifestação de concordância de ambos os cônjuges e essa exigência não pode ser afastada nem como o pacto antinupcial, podendo apenas onerar bem sem a permissão do outro quando este for excluído da comunhão, artigo 1.668 do CC. Para a administração dos bens, *aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens* (artigo 1.670 do CC), o mesmo tratado pela comunhão parcial de bens.

2.3 Participação final de aquestos

Tratado entre os artigos 1.672 e 1.686, é considerado um regime misto, alternando regras do regime de separação total e da comunhão parcial. Este regime é pouco aplicado na prática, já que tem normas de difícil entendimento e com grande dificuldade de aplicação quando da dissolução do matrimônio. Esse regime exige grande controle de contabilidade, o que muitas vezes pode até ser usado um perito para identificar os aquestos partilháveis.

Neste regime há bens comuns e particulares, além dos aquestos, que são os bens próprios de cada um dos cônjuges amealhados durante o casamento e mais os bens que foram adquiridos por eles em conjunto no mesmo período. Esse é o acervo com esses nuances a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento. Cada cônjuge faz jus à metade dos bens comuns (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais à metade do valor do patrimônio próprio (adquirido pelo outro durante o casamento). Apurado o montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, os valores são compensados e divididos entre o par.

Quanto a administração dos bens, é exercida de forma livre pelos cônjuges, cada um mantém a titularidade do seu patrimônio próprio, estes bens são os compostos dos bens que tinham antes de casar e os que foram adquiridos após o matrimônio.

Conforme o artigo 1.681, cada cônjuge é proprietário do bem cujo nome consta do registro, entretanto para sua alienação é preciso a anuência do outro cônjuge¹¹, mas os cônjuges podem alterar isso por meio de pacto antinupcial, convencionando a livre disposição dos bens particulares, como previsto no artigo 1.656 do CC.

Quando da separação, cada cônjuge ficará: (a) com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento; (b) com a metade dos bens comuns, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união; (c) com os bens próprios adquiridos durante o enlace; e (d) e fará jus à metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal. A diferença frente ao regime da comunhão parcial é que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento. No regime da comunhão final, como o próprio nome já diz, a comunhão só ocorre quando do fim do casamento. A participação é sobre o patrimônio adquirido pelo outro, mas de forma contábil, e não por meio da constituição de um condomínio. Após a compensação, a eventual diferença que for apurada se constitui em crédito de um frente ao outro, não havendo direito a parcela de bens. O direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o eventual saldo após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um.

São excluídos da partilha:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

É imprescindível a apuração dos bens de cada cônjuge pelo valor dos bens anteriores ao matrimônio; os bens sub-rogados a eles; e os adquiridos por cada um,

¹¹ Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

por sucessão ou doação. Além das dívidas relativas aos bens próprios, já que todos são excluídos da partilha.

O patrimônio adquirido em comum deve ser partilhado na metade e quando essa partilha for inviável, o outro cônjuge deverá ser restituído pelo valor em dinheiro correspondente a partilha do bem.

Quanto aos valores líquidos, deverá ser feito um balanço contábil e financeiro e no caso de dissolução pela morte de um dos cônjuges a meação é transmitida aos seus herdeiros, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária (artigo 1.685 CC). No caso de existirem dívidas superiores à meação do falecido, por estas não respondem nem o viúvo nem os herdeiros (CC 1.686). Apesar da expressão dissolução da sociedade conjugal (artigo 1.672 CC), o direito aos bens nasce quando cessa a convivência (artigo 1.683 CC). São momentos distintos que não se confundem. Quantificam-se os aquestos existentes no fim da vida em comum, por ocasião da separação de fato, data que não corresponde à dissolução do casamento. A não ser quando da morte de um dos cônjuges, nas demais hipóteses a dissolução da sociedade conjugal ocorre com o trânsito em julgado da sentença, e este não pode ser o marco divisor do patrimônio.

2.4 Separação de bens

Previsto entre os artigos 1.678 e 1.688 do Código Civil, pode ser constituído por meio de pacto antenupcial. Este regime é considerado pela ausência de um regime patrimonial, já que o casamento não interfere na esfera patrimonial de cada cônjuge, sendo que cada um poderá administrar seus bens de forma livre, bem como alienar ou doar, sem que seja preciso a anuência do outro. Nenhum dos bens são comunicáveis, nem os passados, presentes ou futuros à comunhão. Assim, cada qual também responde pelas suas dívidas contraídas antes ou depois do casamento. Como bem tratado no artigo 1647 do Código Civil.

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

A incomunicabilidade dos bens não significa que os cônjuges não tem direito aos alimentos, que para isso analisa-se o dever de assistência, independentemente do regime de bens do casal, podendo serem fixados alimentos compensatórios pelo princípio da solidariedade familiar.

Os cônjuges poderão ter autonomia para elaborar o pacto antinupcial, por outro lado, não poderão dispor sobre conteúdo absoluto previsto em lei, artigo 1.655 do CC, é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei, inclusive sobre o que dispões sobre os deveres do casamento, comunhão de vida plena, deveres da família e obrigações, como os deveres de vida comum em domicílio conjugal e mútua assistência. E para evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges, já que esse regime pode ser imposto pela lei, a jurisprudência têm aceitado a divisão do acervo patrimonial adquirido durante o casamento, por meio da súmula 377 do STF.¹² Assim, o esforço comum é presumido, mesmo neste regime, sendo pouco analisado a contribuição financeira de cada um.

2.5 Separação de bens obrigatória

É imposta legalmente no momento do casamento, os noivos são privados de escolherem o regime por alguma causa prevista.

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; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

É uma tentativa de controle da vida privada, com justificativa protecionista de um ou de ambos os cônjuges. Maria Helena Diniz (2015, pág.326) critica dizendo que

¹² Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

é 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, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento.

Quanto à imposição do regime pela idade, é possível perceber certa reverência ao direito do idoso, no decorrer deste trabalho será tratado esse assunto com mais aprofundamento. Quando o casamento, neste caso, é antecedido de união a imposição do regime deve ser analisada¹³, já que a jurisprudência tem imposto o regime também para os casos de união estável.¹⁴

No caso de o noivo ter idade inferior a 18 anos, precisa da autorização de ambos os pais para casar (artigo 1.517 CC). Negando qualquer dos genitores o

13 Civil. Família. Recurso especial. Regime de bens. Separação obrigatória. Doação anterior ao matrimônio. Vigência de união estável. Doação na constância do casamento. Requisitos formais. Artigos analisados: arts. 258, parágrafo único, II; 312 do CC/16. 1. Inventário de bens em razão de falecimento, cuja abertura foi requerida em 31.03.2003. Recurso especial concluso ao Gabinete em 01.06.2011. 2. Discussão relativa à validade de doações efetuadas pelo de cujus à sua consorte, antes e após o casamento, realizado sob o regime de separação obrigatória de bens. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 5. Não obstante, de acordo com a boa regra de hermenêutica, as normas que limitam o exercício de direitos devem ser interpretadas restritivamente, a mera utilização de outro instrumento, que não a escritura ou pacto antenupcial para formalização do negócio, não é suficiente para conferir-lhe validade. 6. Se tivesse sido, desde logo, celebrado o casamento, quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não haveria a obrigatoriedade da adoção do regime de separação obrigatória de bens, pois o de cujus ainda não completara 60 anos de idade. 7. Mesmo não sendo expresso, naquela época (1978), o princípio segundo o qual a Lei deverá reconhecer as uniões estáveis, fomentando sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º, da CF), não havia - e não há - sentido em se admitir que o matrimônio do de cujus e da recorrida tenha implicado, para eles, restrição de direitos, ao invés de ampliar proteções. 8. Ausente qualquer outro vício que macule a doação anterior ao casamento; e ainda incontroversamente da parte disponível do doador, a doação realizada na constância da união estável das partes, iniciada quando não havia qualquer impedimento ao casamento ou restrição à adoção do regime patrimonial de bens, não se reveste de nulidade somente porque algum tempo depois, as partes celebraram matrimônio sob o regime de separação obrigatória de bens. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ, REsp 1.254.252/SC (2011/0122717-2), 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/04/2014).

14 Ação de divórcio. Reconhecimento de união estável. Regime de bens. f... 1 Separação legal de bens. Partilha de imóvel adquirido na constância do relacionamento comum. Súmula 377 do STF Esforço comum não demonstrado. Sentença mantida. I. É obrigatório o regime de separação de bens na união estável quando um dos companheiros for maior de 70 (setenta) anos, em analogia ao art. 1.641, II, do CC. 2. A não extensão do regime de separação obrigatória de bens à união estável em razão da senilidade de um ou de ambos os conviventes, seria um desestímulo ao casamento e destoaria da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, que se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário. 3. Apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser partilhados entre os ex-conviventes, nos termos da Súmula 377 do STF. 4. Recurso conhecido e improvido. (TJDF, AC 20130110666922, 3ª T. Cív., Rel. Des. Getúlio De Moraes Oliveira, j. 08/05/2014).

consentimento, pode o juiz suprir a ausência de autorização (artigo 1.519 CC). O Juiz poderá suprir a falta de autorização por um dos genitores do menor, entretanto o suprimento não altera a imposição do regime, o suprimento tem efeito apenas quando a possibilidade de casar.

A exigência também é para os casos em que os cônjuges contraem causas suspensivas do casamento, como nos casos de ausência de partilha de bens do casamento anterior, mesmo que o divórcio tenha sido decretado.

Parte da doutrina critica esse posicionamento da lei, já que a ausência da partilha de bens do casamento anterior não poderia interferir no novo casamento, além das questões patrimoniais não gerarem impedimento quanto ao divórcio.

Quanto a elaboração de pacto antenupcial, somente é válido se tratar sobre o regime de separação total dos bens, já que a imposição é legal e os cônjuges não tem autonomia para modificar tal limitação.

A partir deste momento, será tratado com mais detalhes a imposição deste regime aos nubentes que tem idade igual ou superior a 70 (setenta) anos. Passando por uma análise principiológica e voltada a constitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do CC.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 Princípios e regras

Nosso ordenamento jurídico é composto por princípios e regras, sendo que os princípios funcionam como base para toda a edificação jurídica e constitucional, além disso funcionam como mandados de otimização no sistema jurídico, segundo Robert Alexy, 2001, p.84. Os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos, de acordo com a obra de Maria Helena Diniz, 2015, p. 40. Já as regras trazem em seu conteúdo maior especificação, disciplinam uma determinada situação e fazem parte de uma estrutura jurídica inferior aos princípios, assim este último é compreendido com maior generalidade e, portanto, maior alcance. Sendo assim, a violação de um princípio é muito mais gravosa do que a infringência de uma regra.

Com a ampliação da aplicação dos princípios em todos os ramos do direito, começaram aparecer os problemas de conflitos entre um princípio e outro que, com a aplicação do princípio da proporcionalidade e do sopesamento diante do caso em concreto, é possível solucioná-los, como é chamado por alguns de “diálogo das fontes”.

Quando diante de um conflito entre princípios em um caso concreto, não se escolhe qual princípio aplicar, mas sim permite a flexibilização de ambos como forma de solucionar o conflito existente e proporcionar aos envolvidos uma ponderação.

Os princípios também podem, de forma muito eficaz, funcionarem como verdadeiros preenchedores de lacunas existentes em nosso ordenamento jurídico. O seu caráter universal permite com que sua natureza seja interpretativa, e dependendo do caso, são capazes de oferecer uma complementação na sistemática do direito positivo.

Neste diapasão, o grande jurista e professor Miguel Reale esclarece com enorme brilhantismo que

(...) o legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana,

restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado se quer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. (REALE, 2002, p. 304).

Além disso, os princípios são elaborados por meio de enunciados e possuem em seu corpo um conteúdo finalístico, capaz de proporcionar mais extensão de sua aplicação pelo caráter abstrato, abrangendo diversos casos, bem como são construídas para descrever condutas sociais, de modo a garantir segurança jurídica e viabilizar os valores existentes.

Partindo dessa premissa que fora descrita no texto acima, o grande e conceituado autor de elevada repercussão, Luiz Flávio Gomes aduz que

o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”, ao caso concreto uma só será aplicável, pois uma afasta a aplicação da outra. O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc... Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico, ou parte dele. Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles podem haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos, às vezes concomitantemente dois ou mais deles. (GOMES, 2005, s.p.).

Neste sentido, para a elaboração do conceito de pessoa o nosso ordenamento buscou proteger o direito a personalidade, ressaltando a qualidade da vida humana, garantindo maior segurança jurídica e viabilizando os valores humanos existente.

Tendo em vista tudo que foi dito, as normas são muito importantes em nosso ordenamento jurídico, e os princípios possuem, contudo, supremacia em nosso sistema, já que oferecem subsídios para a complementação das leis.

Essa monografia será, portanto, desenvolvida para ressaltar a importância de alguns princípios, visando analisar a constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil em detrimento com o direito de amar na melhor idade.

3.2 Dignidade da pessoa humana

Este princípio está voltado ao mínimo existencial humano, a garantia do que ter uma vida digna e de ter seus valores protegidos, por isso possui grande carga axiológica, fazendo com que os doutrinadores tenham dificuldade para formularem sua conceituação e delimitarem sua amplitude.

Presente em nossa Constituição Federal, o princípio traz consigo uma valoração distinta para cada ser humano, bem como a qualidade intrínseca.

Traz Alexandre de Moraes que:

“A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

Neste sentido, é possível entender que o princípio da dignidade humana tem por propósito garantir a todo ser humano, as condições mínimas indispensáveis para uma existência digna, somente pelo fato de ser humano. Assim, a dignidade é própria da qualidade da pessoa humana, proporcionando direitos básicos a essa existência. Conforme bem preceitua José Afonso da Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Ademais, a dignidade da pessoa humana é cláusula aberta, permitindo a criação de direitos novos, mas sempre dependendo de interpretação.

O direito de família, a tutela da dignidade da pessoa humana, deve ser protegida tanto nas relações humanas como no desfazimento dessas relações,

cabendo ao direito oferecer instrumentos necessários para impedir ou minimizar a violação a este princípio tão importante.

Para a garantia da dignidade dos membros da família, a Constituição da República expressa não só o princípio da dignidade da pessoa humana, mas também outros que complementam esta garantia, que a seguir serão tratados.

3.3 Da isonomia

O princípio da isonomia, ou também chamado de princípio da igualdade, está tutelado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, assim “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Este princípio tem por objetivo equilibrar as diferenças existentes entre as pessoas, sempre buscando a paridade. Este princípio está distribuído em diversos locais em nossa constituição: o de igualdade racial (art. 4º, VIII), igualdade entre os sexos (art. 5º, I), igualdade de credo e convicção religiosa (art. 5º, VIII), igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII), paridade trabalhista (art. 7º, XXXII), paridade tributária (art. 150, II), nas relações internacionais (art. 4º, V), nas relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV), na organização política (art. 19, III) e na administração pública (art. 37, I).

Há diversos exemplos deste princípio no Código Civil, podendo ser citado a igualdade entre homens e mulheres, o qual fez ser feita a substituição da expressão "pátrio poder" por "poder familiar" em todos os dispositivos a partir do art. 1.630 do CC, estabelecendo-se que "durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade" (art. 1.631).

De acordo com este princípio, todos os brasileiros são iguais perante a lei, independente de diferenças físicas ou de idade e com isso, temos a Lei Federal 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso, que criou proteção específica que busca, exatamente, proteger o idoso de discriminação em seu artigo 2º: “*O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...)*” e no artigo 4º, *caput*: “*Art. 4º 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.*”

Assim, trata-se de equiparação legal e não discriminatória ao idoso, tão importante que se estende por toda a Magna Carta atual, ao falar que a igualdade é

um direito fundamental do homem e que merece ser resguardada, podendo aplicar sanção para aqueles que o desrespeitarem, tornando este princípio um bem supremo.

Por outro lado, é possível perceber que nosso ordenamento oferece a diferenciação de casos particulares, distinção esta necessária para se atingir a justiça. A origem da igualdade material vem para reconhecer que para um tratamento igualitário, seria necessário a criação de lei beneficiando determinados grupos sociais.

O que fez permitir o tratamento diferenciado aos maiores de 70 (setenta) anos de idade no Código Civil de 2002.

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

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

Isto posto, ainda que exista o estabelecimento de igualdade formal entre as pessoas, o ordenamento permite com tratamentos diferenciados sejam concedidos a determinados grupos, a fim de lhes proporcionarem maior igualdade material. Entretanto, cabe questionar se o tratamento de proteção aos idosos maiores de 70 (setenta) anos quanto ao regime patrimonial adotado no momento do casamento realmente lhes proporciona igualdade social.

3.4 Da liberdade

Vemos que liberdade é conceituada no livre arbítrio que os indivíduos têm, sem que sua vontade prejudica a terceiro. Aí entra a igualdade, a paridade existente entre o direito de um, não poderá se sobrepor ao direito do outro, sem que ambos concordem para o desfecho final de seus pactos. Na relação entre cônjuges não é diferente, o princípio da liberdade entre os cônjuges deve ser analisado juntamente com o princípio da igualdade entre eles.

O direito à liberdade entre cônjuges abrange o exercício do poder familiar, liberdade do casal no planejamento familiar, a escolha do regime matrimonial de bens, bem como da autonomia para administração do patrimônio e direito de escolherem o regime de separação, sem qualquer imposição ou restrições.

Neste sentido, o Código Civil preceitua:

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

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

O princípio da liberdade é um princípio fundamental ao direito de família, já que os cônjuges devem ter suas vontades de casar, separar, divorciar, contrair união estável, escolherem seu regime de bens. No plano patrimonial, temos que é direito disponível e, portanto, podem dispor do patrimônio a qualquer momento, podem também escolher o regime de bens e lhes são potestativos o direito de alterar o regime de bens de acordo com a necessidade do casal e de suas vidas em comum.

Sendo assim, o Estado deveria intervir minimamente na relação patrimonial entre os cônjuges, somente intervindo em situações para a garantia da vontade das partes e para proporcionar o respeito entre eles. Já que temos como fundamento básico deste direito a igualdade entre homens e mulheres, causando maior igualdade de gênero nas relações familiares.

Conforme a Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 5º, temos:

Art. 226, parágrafo 5º, CF - os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Temos assim, que a intervenção estatal nas relações patrimoniais entre cônjuges deveria ser para manter a isonomia dessa relação, bem como permitir com que suas vontades sejam respeitadas, em preservação do direito de liberdade patrimonial que decorre da comunhão.

3.5 Da autonomia da vontade

O casamento nada mais é do que o um contrato de vontades, a fim de obterem uma finalidade jurídica, além de serem usados para delimitação patrimonial adquirida antes ou depois deste contrato.

Conforme bem tratado por Maria Helena Diniz, 2006, contratos são como acordos de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar e extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Deste modo a esfera individual dos contratantes deve ser preservada e a liberdade de contratar gera a autonomia da vontade das partes.

No âmbito do direito de família, é inerente o exercício da autonomia da vontade, já que é concedido ao particular o direito de escolher e ordenar sua própria vida, fazendo suas escolhas de acordo com as convicções e desejos que entendem serem as melhores, sem a intervenção de outrem ou até do Estado, por isso o casamento é uma forma de contrato, pois depende da vontade das partes para existir, e depende apenas da vontade de um para ser extinto. Fazendo que as partes criem sua forma e garantam suas vontades mesmo diante de sentimentos de afeto para com o outro contratante.

Dentro da autonomia da vontade negocial é possível com que as partes pactuem sobre o pacto antenupcial do regime da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação absoluta de bens, com a faculdade assegurada aos nubentes de fixarem um regime patrimonial misto, isto é, reunindo através da manifestação de vontade elementos de vários regimes de bens capazes de expressarem suas vontades, além de possibilitarem maior dinâmica às suas vidas. Assim, o contrato de casamento pode ser constituído para a melhor realizada do casal.

Há grande discussão doutrinária a respeito dos limites da autonomia da vontade no ato do casamento, indagando-se sobre a limitação dos direitos decorrentes das vontades das partes em relação ao conteúdo patrimonial e às situações jurídicas existenciais, como a referente a guarda e regulamentação de visitas de filhos.

Na visão de Washington de Barros Monteiro, de que “em primeiro lugar, fazendo lavrar o pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos” (2007,193). Para Maria Berenice Dias, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas” (2010,233).

4. INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO DO IDOSO

Para tratar sobre a incapacidade no direito brasileiro, devemos lembrar que a teoria das incapacidades sofreu diversas alterações com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei 13.146/2015, que institui inclusão de pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), trouxe alteração no Código Civil em seu art. 3º, revogando todos os seus incisos, e, a única hipótese de incapacidade civil absoluta é a do menor de dezesseis anos.

O artigo 4º trata sobre a incapacidade relativa, vejamos:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

Sendo assim, o simples fato de uma pessoa ter uma deficiência, não a torna incapaz, tendo que ser comprovada a sua incapacidade por meio de ação voluntária de curatela e, por fim, ser concedida a tomada de decisão apoiada.

Como a deficiência em si não retira a incapacidade da pessoa, o Estatuto da Deficiência relava o valor da pessoa humana e, sem dúvidas, faz com que algumas pessoas ainda que deficientes exerçam suas autonomias individuais, ou aquelas que ainda interditadas possam exercer suas vontades por decisões apoiadas ao curador nomeado. Segundo Pablo Stolze o Estatuto da Deficiência “trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” (2015).

Partindo do pressuposto de que o rol tratado no artigo 4º do Código Civil é taxativo, como se daria a situação de incapacidade do idoso?

Trata o artigo 230 da Constituição Federal de que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na

comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. E, o artigo 10 do Estatuto do Idoso traz que é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Assim, para respeito aos valores máximos ao idoso, deve-se garantir a ele a autonomia individual, a liberdade e a independência da pessoa idosa. Devendo sempre ser respeitada as suas vontades, só comportando exceções em casos em que o indivíduo já não consegue expressar a sua vontade ou já não faz as suas escolhas de forma livre e consciente, ou seja, em casos que exigem a curatela da pessoa e a possibilidade de decisão apoiada.

Complementa o com esse entendimento, Gonçalves (2012, p. 120) ao assegurar que:

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

A velhice por si não só não gera a incapacidade. É claro que ao longo dos anos qualquer ser humano passe pelas transformações morfológicas, funcionais, bioquímicas e psicológicas, podendo tais modificações gerarem ou não a sua incapacidade. De acordo com os princípios acima tratados, pode-se concluir que o dever da sociedade como um todo é garantir durante estas transformações as melhores condições além de respeitarem as próprias vontades do idoso. As mudanças são inevitáveis, mas as perdas de algumas funcionalidades ao longo dos anos não significam perda da capacidade.

Nos casos em que o idoso se mostre com algum déficit cognitivo e, passe a não ter mais lucidez para a prática de atos da vida civil, será possível postular-se judicialmente a declaração judicial da incapacidade relativa, passando por processo de rito especial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seus artigos 84 e 85, aduz que o processo de curatela é medida de proteção extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, portanto, encontram-se excluídos o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, já que esses últimos são direitos de natureza existencial.

Na primeira etapa lhe é nomeado um curador provisório para que possa, enquanto não se tenha a sentença, possa administrar os bens do curatelado. O processo, que é de caráter voluntário, poderá iniciado pelo próprio cônjuge do curatelado, pelos parentes, pelo representante da entidade em que se encontra internado ou abrigado e o Ministério Público, além disso, exige-se a intervenção do Ministério Público, ainda que como fiscal da lei, e a passagem do curatelado pela perícia médica. A perícia médica visa a análise de suas capacidades.

O curatelado pode também passar por equipe multidisciplinar, com a reunião de diversos profissionais capazes de avaliar seu estado de saúde, bem como sua adaptabilidade no ambiente que vive e a interação com seu curador provisório, visando sempre o bem estar.

Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; e II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, inclusive, podendo-se estabelecer a curatela compartilhada a mais de uma pessoa.

E a depender do grau de incapacidade, o Juiz poderá declará-la total ou parcialmente, fundamentando se possui capacidade para alguns atos, ou não. O procedimento todo leva em consideração a análise de capacidade do indivíduo, bem como de suas limitações.

No caso dos idosos, como não é possível afirmar que determinada idade gera a incapacidade, também é necessário o processo de curatela para que tal incapacidade seja comprova.

Além disso, com os avanços tecnológicos e o avanço dos métodos e medicamentos da medicina, há com os anos a mudança na expectativa de vida na melhor idade.

De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população brasileira no ano de 2018 foi estimada em 208,5 milhões de habitantes, sendo que neste mesmo ano a porcentagem de idosos era de 9,2% (19,2 milhões). Segundo o instituto, as projeções são de que no ano de 2060 o percentual da população com 65 anos ou mais de idade chegará a 25,5% (58,2 milhões de idosos).

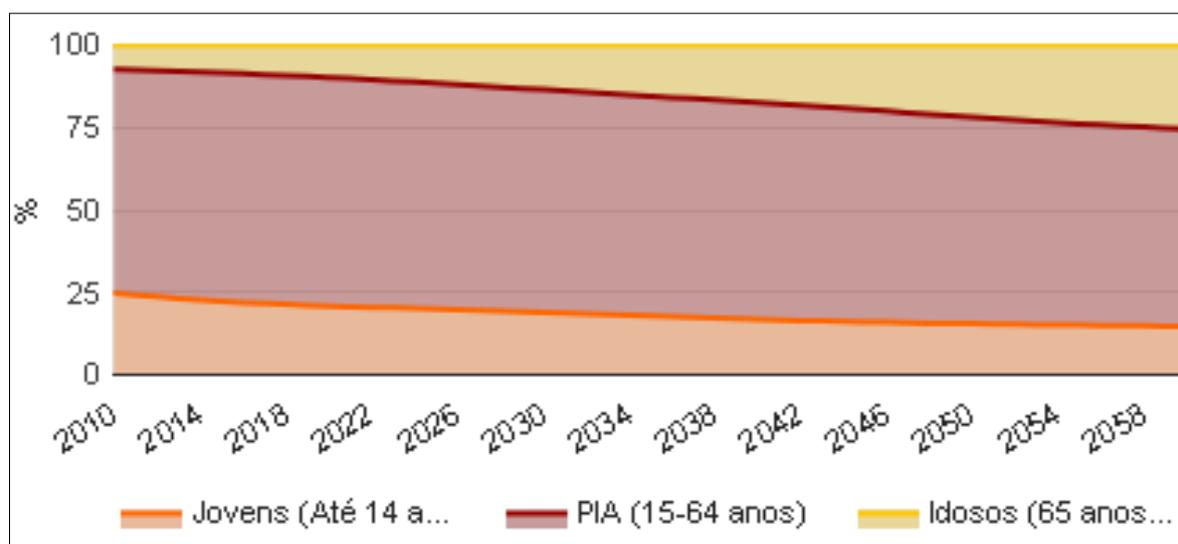


Figura 1: Brasil: Evolução dos grupos etários 2010-2060. Fonte: IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ¹⁵

No estado do Minas Gerais em 2018 este percentual era de 10,45% da população que tenha 65 anos ou mais e, no ano de 2060 esse percentual sobe para 28,75%, o que representa um crescimento acelerado e o melhoramento da qualidade de vida na melhor idade.

15 Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em maio de 2019.

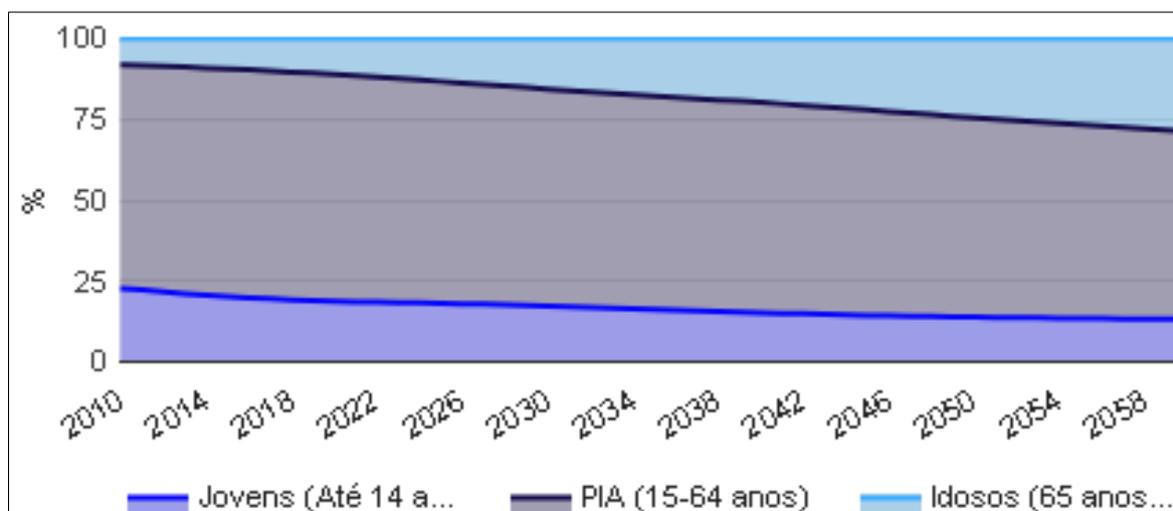


Figura 2: Brasil: Evolução dos grupos etários 2010-2060. Fonte: IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ¹⁶

Segundo o mesmo instituto, a expectativa de vida ao nascer, no ano de 2019, é de 80 anos para mulheres e de 73 para homens. Em projeção do IBGE em 2018, baseado nos dados fornecidos pelo censo de 2010, 0,12% da população brasileira era formada por homens com 90 anos ou mais, já as mulheres nessa mesma faixa etária o percentual era de 0,24%.

É natural que diante das pessoas pertencentes a este grupo, algum deles sejam pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, ou sejam, que estejam desimpedidas para contrair o primeiro ou outro matrimônio e, que, diante de algumas interações sociais se sintam à vontade para encontrar no novo amor, alguém que se queiram passar mais tempo, se divertir, e até mesmo planejar os próximos anos. Já que agora tem uma vasta experiência de vida.

Conforme mostrado nos gráficos nas Figuras 1 e 2, é possível afirmar que cada vez mais o número de idosos vem crescendo no Brasil, e que isso se deve ao fato do melhoramento da qualidade de vida do brasileiro. Sendo assim, as doenças se tornam cada vez mais tardias, assim como problemas que geram a incapacidade do indivíduo. A idade de 70 anos, neste cenário, não poderá ser fator que gere tacitamente a incapacidade do indivíduo, é para isso que temos todo o processamento da ação de curatela.

¹⁶ Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em maio de 2019.

O direito deve acompanhar essas mudanças. Embora constatado o envelhecimento, as pessoas maiores de setenta anos continuam com a capacidade de fazer suas próprias escolhas, inclusive no âmbito patrimonial, com a eleição do regime de bens matrimonial, porquanto a idade não significa incapacidade mental.

Com os avanços da medicina atual em conjunto com as áreas da saúde afins, uma pessoa com mais de 70 anos, pode ser plenamente capaz e ter discernimento integral para assumir obrigações legais, assim como para contrair matrimônio, escolhendo o regime que melhor representar os seus interesses e de seu parceiro eleito. Presumir a sua incapacidade mental limitando o seu exercício da autonomia privada através da imposição de um regime de bens, parece ir na contramão dos direitos constitucionais e daqueles conquistados pela evolução do direito de família.

Essa imposição legal presume que as pessoas que tem idade igual ou superior a setenta anos não desorganizadas mentalmente, ou seja, presume que são incapazes de exercerem suas vontades, associando a velhice à debilidade intelectual. Ninguém se torna incapaz exclusivamente por causa da idade avançada, ainda mais com os avanços da expectativa de vida do brasileiro.

Além disso, os ditos casamentos por interesses patrimoniais podem existir em qualquer idade. Já que o fascínio e a explosão de sentimentos descontrolados podem provocar ilusões em qualquer idade. A vulnerabilidade emocional e talvez até patrimonial pode ocorrer por fatores diversos que não efetivamente relacionados a idade da pessoa, fatores subjetivos como: o temperamento, a personalidade e a história de vida da pessoa.

A norma prevista no inciso II do art. 1.641 do CC é protecionista com relação ao idoso, mas, então por que no caso de duas pessoas maiores de setenta anos se casar o regime de separação será o obrigatório? Tendo em vista que em tese, entre as essas duas pessoas não há desigualdades.

5. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DA PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS - ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE

O artigo 1.641, II do Código Civil preceitua que é obrigatório o regime de separação legal de bens para aqueles que se casaram com a idade igual ou superior a 70 (setenta) anos.

Neste item será elaborada uma análise de constitucionalidade, tendo em vista os tópicos anteriores, principalmente dos princípios constitucionais acima tratados: dignidade da pessoa humana, isonomia/igualdade, liberdade e autonomia da vontade relacionando-os com a imposição desse regime às pessoas septuagenárias.

O Estatuto do Idoso prevê medidas protetivas em seus artigos para proporcionar à pessoa idosa a garantia de seus direitos fundamentais provenientes da pessoa humana, bem como garantir que tenha igualdade, liberdade e acima de tudo dignidade.

Em leitura ao artigo 1.641, II do Código Civil é possível afirmar que se trata de norma protetiva, mas, por outro lado, subtrai a plenitude de sua capacidade quando lhe é imposto o regime de separação obrigatória, gerando a total incomunicabilidade dos seus bens para o passado e para o futuro. O artigo afronta diretamente as normas presentes do Estatuto do idoso, que tem caráter garantista, já que causa certa injustiça.

Estabelecer a idade para a imposição de regime obrigatório é quase afirmar que o idoso não tem discernimento para escolher o regime de bem ou a possibilidade de formatar pacto antenupcial, ou seja, é afirmar que este não está em pleno gozo de suas faculdades mentais, o que soa como inconstitucional.

Como anteriormente tratado a capacidade é adquirida com a maioridade e somente poderá ser afastada diante de situações extremas e por meio de ação rigorosa de curatela, devidamente analisada e processada. O curatelando deverá passar por perícia médica e entrevista com o magistrado, tudo para garantir o bem estar do idoso, mas a medida de curatela é judicial, não podendo ser feita por outro meio.

O contraditório existente é que o referido artigo, sem dizer diretamente que o maior de 70 anos é incapaz, gera esse efeito, mesmo sem a declaração de sua incapacidade total ou parcial.

Ainda que as questões patrimoniais sejam de livre disposição, se a pessoa com idade igual ou superior a 70 anos quiser casar, mesmo que não seja impedido, não pode dispor sobre questões patrimoniais e escolher livremente o regime de bens.

O Código Civil de 1916 tinha maior preocupação com o direito patrimonial, mas, ainda assim, o STF no ano de 1964, entendendo que havia certa injustiça editou a Súmula 377, dizendo que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. O que fez com que o conteúdo do artigo não tivesse mais efeito, já que transformou o regime da separação total de bens no regime da comunhão parcial.

A justificativa do enunciado é de que: a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços. Em outras palavras, a jurisprudência afirma que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, determinando a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o enriquecimento sem causa, fato que justificava a origem do referido artigo.

Por outro lado, quando da edição do Código Civil de 2002, optaram por repetir o conteúdo do referido artigo mesmo com a jurisprudência consolidada na súmula. O que fez com que gerasse divergências na aplicação, já que a reedição do artigo não significou sua derrogação.

A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta à constituição e aos princípios defendidos de dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais¹⁷. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser

17 Ação anulatória. Pedido. Interpretação. Regime da separação legal de bens. Súmula 377 do STF. Bens adquiridos durante o casamento. Esforço comum. Presunção. Comunicação dos aquestos. [...] A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal preconiza que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça o esforço comum é presumido e decorre da existência de vida em comum, representada precipuamente pela solidariedade que deve unir o casal e presença em todos os momentos da

discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Considerando que a jurisprudência vem adotando que a convivência gera a presunção do esforço comum, fica a dúvida sobre a presunção e a necessidade de prova do esforço comum. O STJ, sob o fundamento de evitar confusão com o regime de comunhão parcial de bens, afastou a presunção de esforço comum na aquisição de bens no caso de separação legal.¹⁸

Vejamos uma recente jurisprudência que trata sobre o assunto:

PROCESSO	<u>EREsp 1.623.858-MG</u> , Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018
RAMO DO DIREITO	DIREITO CIVIL
TEMA	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.

convivência, sendo pouco significado avaliar a contribuição financeira de cada um. Os negócios Jurídicos celebrados para que o imóvel adquirido durante o casamento conste em nome exclusivo de um dos cônjuges não são nulos, pois não alteram a comunhão da propriedade decorrente do regime de casamento imposto pela lei e do entendimento cristalizado na Súmula 377 do STF. A doação inoficiosa é a liberalidade que ultrapassa a metade disponível do doador ao tempo de sua realização. [...] (TJMG, AC 1.0514.07.023387-9/001, 14ª C.Cív., Rel. Des. Estevão Lucchesi, j. 23/05/2013).

18 Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do CC (redação anterior à Lei 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal. Necessidade de prova do esforço comum. Comprovação. Benfeitoria e construção incluídas na partilha. Súmula 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do CC, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. Reverter as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1.403.419/MG, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11/11/2014).

	Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da Súmula 377/STF.
DESTAQUE	
No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.	
INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR	
<p>A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito da Terceira e da Quarta Turma. De início, cumpre informar que a Súmula 377/STF dispõe que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Esse enunciado pode ser interpretado de duas formas: 1) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum na aquisição do acervo; e 2) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. No entanto, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva).</p>	

Neste sentido, a jurisprudência em respeito ao direito de amar do idoso, bem como da garantir suas vontades, vem adotando que o esforço comum deve ser comprovado pela parte que se interessa, em resposta mais justa às necessidades do idoso.

Com relação a união estável, com a entrada do Código de 2002 o regime de bens a ser aplicável a união estável, caso não seja acordado de outra maneira pelos conviventes, será o da comunhão parcial de bens previsto no artigo 1725, a saber: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações

patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". O regime de bens é aplicável somente na hipótese de dissolução em vida entre os companheiros.

A Constituição Federal no artigo 226 parágrafos terceiro e quarto reconheceu a união estável e a estabeleceu como entidade familiar, além disso facilitou sua conversão em casamento. Há discussão na doutrina se houve no caso preferência do casamento a união estável.

Segundo Maria Berenice Dias, (2006) o legislador não as desigalou e não há qualquer preferência entre as formas de constituição da família, não demonstrando hierarquia ao citar um e depois o outro. A divergência surge no momento em que o Código Civil não prevê a aplicação do regime da separação obrigatória de bens às uniões estáveis fazendo referência apenas ao casamento. Desta forma, surge uma norma que poderá tratar situações iguais de forma diferente.

Assim, no caso das uniões estáveis em razão da omissão do legislador não há imposição legal para que seja obrigatoriamente aplicado o regime da separação absoluta de bens. Aliás, se o casal não firmar contrato escrito dispondo sobre o regime de bens, resultará na adoção automática do regime da comunhão parcial de bens. As posições na doutrina não são unânimes. Segundo Caio Mário Silva Pereira (2008, p. 119), a mesma imposição do casamento deverá ser aplicável a união estável¹⁹.

19 CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. 1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado. 2. Com o aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que

Tendo em vista tudo que foi tratado durante o trabalho, é possível concluir que talvez em uma outra época histórica e em outro contexto social o referido artigo possa se justificar, entretanto, nos dias atuais, com a aumento da expectativa de vida e a evolução da norma para os incapacitados, não mais se justifica a aplicação do referido artigo.

não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão "lei federal" constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (STJ - REsp: 1383624 MG 2013/0146258-6, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2015)

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso buscou analisar a constitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que os casamentos contraídos por pessoas maiores de setenta anos serão obrigatoriamente submetidos ao regime de separação legal de bens, excepcionando, dessa forma, o princípio da livre escolha do regime de bens.

Nesse contexto tendo em vista a relevância da influência do Código Civil de 1916 no atual código, analisamos a elaboração de pacto antinupcial e todos os regimes de bens previstos na lei, além de referenciar sua concepção patrimonialista bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade e autonomia da vontade.

Foi elaborada análise do princípio da dignidade da pessoa humana que se perfaz na ideia de que deve ser assegurado a todo indivíduo o direito de viver plenamente e ser protegido contra qualquer tipo de intervenção estatal reducionista. Demonstrou-se que a dignidade é uma característica inata do ser humano, sendo um mínimo existencial que não pode ser violado e que o direito à velhice decorre desse princípio além do direito a igualdade. Por fim, o direito a liberdade foi exposto como um poder que o ser humano possui de eleger os meios necessários e adequados para a busca de sua felicidade, principalmente no que tange ao ambiente familiar, bem como foi abordado o direito que o idoso detém para expressar suas vontades, quando se trata de autonomia da vontade.

Podendo ser concluído que a corrente majoritária e aplicada inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, é obrigatória a imposição de regime de total separação de bens para pessoa com idade maior de 70 anos mesmo quando houver união estável. No entanto, aplica-se a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal quando houver a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. Admite-se, assim, a partilha igualitária do patrimônio comum a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro.

Os argumentos no sentido de proteção ao patrimônio, considerando a vulnerabilidade do idoso e a má-fé da outra parte, demonstram que a preocupação maior é patrimonial e não protetiva do idoso. Se até mesmo o regime de incapacidades, visando a maior inclusão da pessoa com deficiência física ou mental, possibilitou o casamento sem qualquer restrição ao regime patrimonial, porque devem os idosos sofrer limitação? Obrigando a casar pelo regime de separação obrigatória consiste em reduzir a capacidade de agir de todos que se encontram na faixa etária acima dos 70 anos, em evidente discriminação por idade.

Vem sendo consolidado ao longo dos anos a ideia de que o Estado deve intervir minimamente nas relações familiares, devendo prevalecer a autonomia privada, na busca por tornar cada vez mais limitadas as imposições e moldes. A proteção ao patrimônio do idoso não pode se dar de modo coercitivo, desconsiderando-se a sua vontade, razão pela qual entende-se que a norma do artigo 1641 do Código Civil não está em consonância com os dispositivos constitucionais, devendo passar por revisão.

Tal imposição não se justifica pois com os avanços da medicina atual em conjunto com as áreas da saúde afins, uma pessoa com mais de 70 anos, pode ser plenamente capaz e ter discernimento integral para assumir obrigações legais, assim como para contrair matrimônio, escolhendo o regime que melhor representar os interesses seus e de seu parceiro eleito. Presumir a sua incapacidade mental limitando o seu exercício da autonomia privada através da imposição de um regime de bens, parece ir na contramão dos direitos constitucionais e daqueles conquistados pela evolução do direito de família.

Assim, entende-se que a aplicação do verbete atrelada ao artigo 1.641 do Código Civil, reflete um retrocesso ao processo de repersonificação do direito de família atual, cuja diretriz é prezar pela valorização da família enquanto formação social, seus interesses afetivos e existenciais, para que se desenvolva o pleno exercício da autonomia das partes que a compõe.

Por todo exposto, não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens. Tal regime retira a possibilidade da livre disposição de bens e fere princípios constitucionais. Não há como negar a desnecessidade de regra tão discriminatória e abusiva que faz do Estado um ente

que tenta controlar a vida privada. Manter uma limitação no que tange a liberdade patrimonial do maior de 70 (setenta) anos impedindo que faça escolha de forma livre sobre regime de bens, é uma afronta desnecessária à autonomia privada, pois claramente é como se o Estado estivesse desrespeitando o princípio da liberdade impondo que o regime da separação obrigatória é o melhor para fortalecer a família que será formada.

Desta forma, tal artigo deve ser reanalisado deixando livre a escolha pelos cônjuges sobre o estatuto patrimonial. Tal imposição de regime traz à sociedade conjugal a instabilidade, já que não respeita a vontade de partes e de forma desmedida retira direitos do idoso, ainda que em pleno gozo de suas capacidades mentais.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em maio de 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ecl. Rio de janeiro: Forense, 2013. Manual de Direito Civil – Volume Único. Editora Saraiva, ano 2017. Autores: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. TRATADO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Max Limonad Editor. São Paulo. 3º ed., Vol. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, vol. II, 38ª ed., SP: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTES DE MIRANDA, FC . Tratado das ações. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. !.v

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado. 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

VADE MERCUM. Obra coletiva de autoria Editora Saraiva. – 27 ed. atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Direito civil. Direito de família. São Paulo: Atlas, 2001, vol.V.

_____. Direito civil: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008.