

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO CASAMENTO E DO DIREITO DO IDOSO NO BRASIL	11
1.1 CASAMENTO: ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA	11
1.1.2 Princípios do casamento.....	14
1.1.2 Família.....	15
1.3 O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL DO IDOSO E O PERFIL DA TERCEIRA IDADE.....	15
1.4 DA PROTEÇÃO AO DIREITO DO IDOSO	17
2 . PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS	18
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
2.1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	20
2.1.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE	22
3. DIREITO PATRIMONIAL DE BENS: PRINCIPIOS GERAIS DOS REGIME DE BENS	24
3.1 REGIMES DE BENS	24
3.2 REGIME DE COMUNHAO PARCIAL DE BENS	24
3.3 REGIME DE COMUNHAO UNIVERSAL DE BENS	25
3.4 REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS	26
3.4 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS	27
4. PRINCÍPIOS QUE DISCIPLINAM O REGIME PATRIMONIAL NO CASAMENTO	29
4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS	29
4.2 PRINCÍPIO DA VARIEDADE DO REGIME DE BENS	30
4.3 PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE JUSTIFICADA DO REGIME ADOTADO	31
5. A IMPOSIÇÃO NO REGIME DE BENS DO CASAMENTO DOS SEPTUAGENÁRIOS	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro prevê, como regra geral, a mais ampla liberdade de escolha no tocante ao regime de bens que irá reger as relações patrimoniais advindas do casamento. Entretanto, é imposto obrigatoriamente aos maiores de 70 anos o regime de separação de bens obrigatório (ou legal). Essa medida é considerada pelo legislador como prudência legislativa haja vista que nessa fase da vida um ou os dois nubentes estariam com o patrimônio já estável e dessa forma o legislador impôs uma norma que resguardasse os direitos e bens de pessoas que aparentemente possam está vulneráveis decorrente de sua senilidade.

Em que pese a preocupação do legislador em resguardar e privar os idosos de um possível golpe ou interesse financeiro em vista de um patrimônio já estável formado pela pessoa maior de 70 (setenta anos), o Direito Pátrio acolhe como princípios basilares do Ordenamento Jurídico em sua Carta Magna os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana confrontando na sua essência com a posição tomada pelo legislador, qual seja, restringir a capacidade civil de uma pessoa que livremente poderia dispor do regime de bens que melhor lhe aprouver.

A referida hipótese de imposição do regime de separação de bens advém do Código Civil de 1916, e desde aquela época era criticada. Ainda assim, a disposição foi reproduzida, com algumas alterações, no Novo Código Civil.

Recentemente, a Lei nº. 12.344/2010 alterou o dispositivo em análise, aumentando de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

A partir desta alteração, busca-se abordar as críticas dirigidas à obrigatoriedade do regime de separação de bens por implemento da idade, desde a sua previsão no Código Civil de 1916 até a Lei nº. 12.344/2010, especialmente em face da Constituição Federal de 1988.

O tema em pesquisa merece destaque devido ao processo de envelhecimento populacional que vem ocorrendo nos últimos anos, consequência da elevação da expectativa e da qualidade de vida. Cabe salientar ainda, que o perfil da terceira idade da época atual difere-se totalmente dos moldes existentes anteriormente, visto que cada vez mais a participação dos idosos tem ser tornado

efetiva no meio da nossa sociedade, devendo ser afastada a preconceituosa associação da senilidade e da incapacidade.

Essas considerações iniciais serão importantes para demonstrar a cada vez maior participação dos idosos na população, bem como para melhor fundamentar a discriminação existente na imposição do regime de separação de bens com base tão-somente na idade dos nubentes.

Apesar do intuito da lei objetivar impedir que o interesse material constitua o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, eliminando essa espécie de incentivo através da obrigatoriedade do regime de separação de bens, tal medida ofende aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, bem como a persistência da discriminação contra os idosos, não obstante toda a proteção constitucional que lhes é assegurada.

Dessa forma, quando um dispositivo de lei for incompatível com os princípios e as regras constitucionais, deve ser considerado não recepcionado, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela. Mas, de todo modo, deve-se preservar a obediência à Lei Maior, não podendo prevalecer uma norma infraconstitucional sobre os ditames constitucionais.

Ocorreu a discriminação do idoso por parte do legislador ao restringir a capacidade civil tão somente por causa da idade e o desrespeito das normas e princípios inseridos na Constituição Federal, pois, longe de constituir uma medida protetiva, reflete a persistência de traços de uma postura patrimonialista existente no Código Civil anterior.

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO CASAMENTO E DO DIREITO DO IDOSO NO BRASIL

1.1 CASAMENTO: ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

O instituto do casamento vem passando por constantes mudanças no cenário jurídico brasileiro. Da época do descobrimento até o presente momento, inúmeras foram as transformações instituídas no Ordenamento Jurídico. Isso decorre porque a sociedade passa por evolução, os valores são mudados e conseqüentemente a norma deve ser adaptada à situação condizente que estamos vivendo.

No período imperial o casamento religioso era o único modelo existente e válido, figurando como um único elemento identificador de uma família. Dessa forma, a Igreja Católica regulava o sacramento do casamento bem como celebrava o matrimônio tornando-o indissolúvel.

Logo em seguida, no período republicano o casamento que tão somente atingia fins religiosos passou a ter natureza civil. O decreto nº 181, editado em 24 de janeiro de 1890, por Ruy Barbosa, enunciava uma nova visão instituída pelo Estado para o casamento.

Em 1916, com a publicação do Código Civil, foi mantida a sistemática trazida pelos modelos vigentes anteriormente, e com isso, a única forma de constituição de família era através do casamento. Dessa forma, entende-se, que a proteção estatal visava atingir somente o instituto do casamento.

A partir da década de 80, a sociedade passava por mais transformações e o perfil vigorante na época fez contraste com as normas vigentes, sendo necessária uma reformulação do modelo normativo existente naquele momento.

A nossa atual Carta Magna evidenciou uma proteção ao instituto familiar traçando que a família detém “especial proteção do Estado” definindo ainda que é a base do Estado.

Assim sendo, custa salientar os diversos conceitos doutrinários atribuídos dentro do nosso ordenamento jurídico acerca do tema.

Para SILVIO RODRIGUES casamento é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.”¹

Para GONÇALVES o casamento é definido como “a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família legítima”².

Na visão da renomada doutrinadora MARIA HELENA DINIZ casamento “é o vínculo jurídico entre homem e mulher que visa ao auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”.³

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual fará extensão análoga ao presente trabalho.

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS.1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”. Assim, é bem de ver

¹ RODRIGUES, 2010, p. 19.

² GONÇALVES, 2000, p. 01

³ DINIZ, 2012, p. 285

que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento- diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição- explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família* .

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença* . Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que

somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.
11. Recurso especial provido.⁴

1.1.2 PRINCÍPIOS DO CASAMENTO:

De acordo com o ordenamento pátrio três são os princípios que regem o casamento no âmbito jurídico: a) A livre união dos futuros cônjuges; b) A monogamia; c) A comunhão indivisa.

Para o princípio da livre união dos futuros cônjuges os contraentes deverão deliberadamente e por livre e espontânea vontade escolher aquela pessoa com a qual querem construir uma sociedade conjugal, isentos de coação, pressupondo capacidade para manifestá-la. O consentimento dos contraentes não pode ser substituído, a liberalidade deve ser manifestada tão somente pelo próprio consorte, portanto, não admite a vontade autolimitada estabelecida por condição ou termo.

Quanto ao princípio de o casamento ser monogâmico, o nosso ordenamento jurídico não admite a formação de duas entidades familiares e de tal modo, as relações paralelas não são reconhecidas diante do Direito brasileiro por não ser concebida em nossa cultura, a multiplicidade de relações entre pessoas já tenham adquirido matrimônio. Desta forma, toda relação conjugal deverá ser pautada na publicidade, estabilidade e permanência para ser externada aos olhos da sociedade de forma nítida como uma entidade familiar. A monogamia é preservada nesse sentido.

É o entendimento Jurisprudencial:

(...) para a caracterização da relação de companheirismo, é indispensável a ausência de óbice para o casamento, a teor do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, exigindo-se, no mínimo, que os companheiros detenham o estado civil de solteiros, viúvos, ou separados, nesse último caso, judicialmente ou de fato. (...) Frente a esse quadro, não há como atribuir ao relacionamento extraconjugal de que se cuida na espécie, mesmo em se tratando de uma relação de longa data, a proteção conferida ao casamento e estendida ao instituto da união estável, a fim de se permitir a concessão do benefício previdenciário.⁵

⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378 RS 2010/0036663-8. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão 25 de outubro de 2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>>. Acesso em 16/05/2015.

Já a comunhão indivisa, compreende a valorização do aspecto moral da união sexual de dois seres, de inegável importância, mas sem o mesmo relevo político dos outros, cuja finalidade é a plena comunhão de vida.

1.2 FAMILIA

A definição da designação do termo família tem passado constantemente por significativas mudanças no campo jurídico. A origem etimológica do termo família deriva do latim *famulus* e quer dizer escravo doméstico. Destarte, inúmeros são os significados e conceitos explorados no âmbito jurídico, no entanto, todos resumem a formação celular de um sistema básico de toda e qualquer sociedade.

Estabeleceu a Carta Cidadã, especial proteção à instituição familiar, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Houve, portanto, a preocupação do legislador constituinte em resguardar a instituição familiar designando "proteção especial", respaldada na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III).

Através da Constituição de 1988, a instituição familiar passou a ser observada sob um novo enfoque, com uma visão claramente humanizada, assegurando em primeiro lugar a dignidade de seus membros.

1.3 O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL DO IDOSO E O PERFIL DA TERCEIRA IDADE.

No Brasil, houve a elevação no número de pessoas com a faixa etária idosa, apesar da população permanecer majoritariamente jovem, conforme apuração do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no Censo Demográfico de 2010. Conforme dados do IBGE (Instituto brasileiro de geografia e estatísticas), as pessoas de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais, correspondiam a 4,8% da

⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.142.584/SC, 6ª Turma. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Acórdão 1º de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6727821/peticao-de-recurso-especial-resp-1142584>> Acesso em 18 de abril de 2015.

população no ano de 1991, passando em 2010 a alcançar o percentual de 7,4%, o que significa que naquele ano havia aproximadamente 14.081.480 (catorze milhões, oitenta e um mil e quatrocentos e oitenta) pessoas maiores de 65 (sessenta e cinco) anos no Brasil. Destes, 9.240.670 (nove milhões, duzentos e quarenta mil e seiscentos e setenta) possuem mais de 70 (setenta) anos de idade.

Ademais, segundo o relatório “Envelhecendo em um Brasil mais velho”, elaborado pelo Banco Mundial, haverá um aumento significativo na população idosa, que deverá triplicar nos próximos anos, passando de menos de 20 (vinte) milhões em 2010 para aproximadamente 65 (sessenta e cinco) milhões em 2050. Aponta o relatório que os idosos – ou seja, os maiores de 60 (sessenta) anos de idade – concentrará cerca de 29,7% do total da população brasileira no ano de 2050.⁶

Observa-se, assim, que o percentual de idosos na população brasileira vem crescendo significativamente nas últimas décadas, tendência esta que irá se intensificar nos próximos anos. Com isso, a terceira idade tende a representar a cada ano uma maior parcela da população.

Com a elevação da qualidade e da expectativa de vida, também vem se alterando o perfil da terceira idade, que está a cada dia mais saudável e ativa. Cresce, assim, a quantidade de idosos que seguem em plena atividade, trabalhando e produzindo, independentemente do avanço da idade.

Diante dessa nova realidade social, pouco a pouco se demonstra o engano da tradicional associação da terceira idade à invalidez, à improdutividade e à inatividade. São vários os idosos que, além de continuarem trabalhando mesmo depois da aposentadoria, mantêm-se ativos de outras formas, dedicando-se a diversas atividades, como esportes e viagens.

Do exposto, percebe-se que os idosos representam parcela significativa da população, cenário este que irá se intensificar nos próximos anos. Nota-se, também, a necessidade de se afastar a associação da idade avançada à inatividade, à fragilidade e à incapacidade.

⁶<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>

1.4 DA PROTEÇÃO AO DIREITO DO IDOSO

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova cidadania para o idoso. A Constituição da República determina que é uma obrigação solidária tanto para a família quanto para o Estado o dever de proteção ao idoso. Só então com o advento da Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) é que houve a efetiva regulamentação dos direitos dos idosos. São conhecidos aos idosos além dos direitos já estabelecidos, todos aqueles instituídos pelo Estatuto do Idoso.

Desse modo, o idoso não é objeto meramente de tutela enquanto sujeito de direito, e possui amparo jurídico para que não sofra ações e omissões que determinem o tratamento desumano, vexatório, constrangedor e discriminatório em razão de sua condição peculiar determinada pela idade.

Os idosos não podem sofrer medidas que são constrangedoras, que causem desconforto emocional ou ainda limitações determinada pela sua idade.

Juridicamente, idoso é pessoa com a idade igual ou superior a 60 anos, no entanto, o idoso não se torna a partir dessa idade inapto para atuar na sociedade, para desenvolver atividades profissionais, fazer concursos públicos, etc.

2 . PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito é fundamentalmente baseado em princípios, decorrentes de valores inseridos numa sociedade, construídos em determinado tempo. Os princípios são normas que ordenam no âmbito jurídico algo que deverá ser realizado na maior medida possível.

Dessa forma, os princípios constitucionais são a base do ordenamento jurídico, e nada mais são que a constituição de todo valor existente no sistema jurídico, sendo necessária a observação dessas normas com bastante rigor.

Tal afirmação é sustentada por CARLA FERNANDA MARCO quando esta expressa que:

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.⁷

Nesse sentido pode-se concluir que os princípios exercem fundamental importância no campo jurídico, estando também, alicerçados aos valores que envolvem determinada sociedade, e ainda contribuem como critério para a elaboração de normas no ordenamento jurídico.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

⁷ MARCO, 2013, p. 22

Um dos princípios basilares do direito contemporâneo, previsto na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sem dúvidas, e merecidamente, uma das mais importantes fontes do direito interno e internacional, tanto que a Carta Universal dos Direitos Humanos também tratou de maneira relevante o referido princípio, o qual tem como objetivo tratar o homem como um fim e não como o meio. É possível verificar através deste princípio o interesse do Estado de proteger os direitos fundamentais dos seres humanos. Nesse pragmatismo, a Constituição da República de 1988, traça esse princípio do Artigo 1º:

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

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Nos dizeres de Tavares:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas e humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem.⁸

Desse modo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, corresponde ao mínimo que a pessoa deve ter para sua existência. A doutrina contemporânea considera-o como um princípio absoluto, um valor fonte, valor central no ordenamento brasileiro. Em uma análise mais aprofundada, esse princípio destaca o ser humano como centro de todas as relações sociais.

Todas as decisões jurídicas devem ser pautadas com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que através da criação da ONU (Organização das Nações Unidas) após a II Grande Guerra Mundial e por seguinte, a carta da Declaração Universal dos Direitos Humanos que sufragou esse princípio, e, sobretudo, a valoração do ser humano intrínseca à sua espécie e uma medida protetiva contra a coisificação do homem pelo estado.

⁸ TAVARES, 2003, p. 406

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

A liberdade, a igualdade, está contida como base e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, na concepção da doutrina jus filosófica o conceito desse princípio leva a imposição do dever de respeito à pessoa humana e a garantia de proteção.

A Dignidade da Pessoa Humana é o centro de todos os direitos fundamentais do homem, ou seja, a partir desse direito é que se têm outros direitos. Ainda nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana se converte a um limite dirigido ao poder estatal, ao ser humano e a toda sociedade.

Contudo, apesar do destaque dos princípios elencados na Constituição Federal há que se questionar o disparate trazido pelo legislador civil ao impor de maneira interventiva e sem medida a restrição de escolha no regime de bens para as pessoas maiores de 70 anos de idade. O homem como centro de todo direito deve ser respeitado como ser livre, igual e capaz.

2.1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Um dos temas mais polêmicos e que geram inúmeras discussões, o princípio da igualdade ou isonomia, foi inserido no rol de direitos e garantias fundamentais elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desse modo, no conceito da doutrina o texto constitucional referiu-se a isonomia formal, ou seja, tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais. Conforme artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em julho de 1789, após a revolução francesa, trazia no artigo 1º que “os homens

nascerem e são livres e iguais em direitos”, logo em seguida temos o surgimento do Estado Moderno, que colaborou em alguns aspectos para a vivência da igualdade.

Ainda nessa evolução histórica ao longo do desenvolvimento da dinâmica do Estado e da Sociedade através dessas ideias de igualdade, surgiram vários movimentos estruturando o constitucionalismo, surgindo novos parâmetros de valorização de um documento que passa a organizar a sociedade, o Estado, e que não admite o poder ilimitado criado pelo Estado absolutista.

A Igualdade derivou-se de movimentos inspirados nos ideais da revolução francesa e também na revolução norte americana, tornando-o como princípio fundante, capaz de trazer uma nova configuração para a sociedade, uma vivência social, o respeito ao individualismo, o respeito aos contratos e o respeito a liberdade.

Sendo assim, o princípio da igualdade está contido no ordenamento jurídico, pois é fundamental para a Democracia e não há que se fazer distinção entre direitos e valores, tratamentos e privilégios de nenhum ser humano.

Seguindo essa égide, a Constituição de 1988 tratou a isonomia como valor muito alto a ser observado em todos os sentidos no mundo jurídico. Nesse mesmo sentido o renomado autor constitucionalista Alexandre de Moraes entende que não é necessário impor de maneira arbitrária tratamento diferenciado entre as pessoas:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...].⁹

Ainda, nesse sentido, há que se lembrar o tratamento discriminatório e até mesmo vexatório que ocorria com as mulheres em tempos passados, um ser que era considerado como incapacitado, extremamente dependente do marido, que poderia até mesmo ser punida e castigada com a morte.

Como se não bastasse, essas medidas discriminatórias e desiguais, perduram nos tempos de hoje, em diversas leis, em diversas medidas, muitas vezes sob o fundamento de parecê-las protetivas.

A Constituição de 1934 foi a precursora da igualdade entre homens e mulheres, conforme artigo 113:

⁹ MORAES, 2010, p. 78

A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual, e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

A partir da Constituição de 1934 é que foi inserido no texto constitucional o princípio da isonomia, mesmo assim, a igualdade conferida a homens e mulheres só foi bem aplicada e evidenciada com o advento da Constituição Federal de 1988, que aboliu todas as formas discriminatórias existentes na época, e também o caráter meramente programático trazido pelas Constituições anteriores.

Sob essa ótica, brilhante é o comentário da autora TULA WESENDONCK à cerca dos princípios:

Os dispositivos constitucionais de 1988 eram contrários aos princípios e institutos previstos no Código Civil de 1916, mesmo com as diversas reformas realizadas no curso do século XX. Esse descompasso de normas implicou o movimento da constitucionalização do Direito de Família, tendo em vista a necessidade de adaptação legislativa, já que a Constituição Federal incide revogando tacitamente a legislação civil que não está conforme seu texto e sua principiologia.¹⁰

2.1.3 PRINCIPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade consiste na capacidade de escolha e no poder de direcionamento das atividades, das ações, dos anseios em que o indivíduo deseja despertar no dia a dia ou no decorrer da sua vida.

Na mesma égide ensina JOSÉ AFONSO SILVA:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessário à realização da felicidade pessoal.¹¹

¹⁰ WESENDONCK, 2010, p. 126

¹¹ SILVA, 2008, p. 233

O ideal é ser livre, e ser livre implica em escolhas, então, nesse sentido a Constituição da República Federativa do Brasil tratou de tutelar a liberdade do indivíduo como um direito e uma garantia fundamental, resguardando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” ou seja, sob essa mesma perspectiva o ser humano tem ainda garantida a liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, liberdade de crenças, etc.

Dessa forma, nenhuma pessoa poder ser vítima de coação física, coação psíquica e de alguma maneira banida da sua capacidade de escolha.

É poder de atuação sem deixar de ser resistência a opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo o que impedir a possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.¹²

Portanto, a liberdade é um direito fundamental do indivíduo e está diretamente ligado com seu comportamento, sendo assim, a ideia de liberdade restringe os limites impostos pela lei, de tal forma que o ser humano responde pelos seus atos e suas escolhas.

¹² IBIDEM

3. DIREITO PATRIMONIAL DE BENS: PRINCIPIOS GERAIS DOS REGIMES DE BENS

3.1 REGIMES DE BENS:

Regime de Bens é o estatuto que regula as relações patrimoniais entre pessoas casadas ou em união estável. O Código Civil de 2002 previu quatro modalidades de regimes de bens: O regime de Comunhão universal de bens (formação de um patrimônio comum e sólido entre o casal); Comunhão Parcial de Bens (ou regime automático); separação total de bens (sendo uma das hipóteses objeto de estudo do presente trabalho) e o regime de participação final nos aquestos.

O Código Civil de 2002, permite a alteração do regime de bens via judicial mesmo depois de já se ter contraído matrimônio, desde que não ocasione prejuízo à terceiros.

O regime dotal de bens foi substituído pelo regime da participação final nos aquestos devido não ter tido uma boa aceitação no Ordenamento Brasileiro.

Para convencionar qualquer outro regime de bens que não seja o regime de comunhão parcial de bens é obrigatório a realização do pacto antenupcial por escritura pública que será lavrado pelo Tabelionato de Notas.

3.2 REGIME DE COMUNHAO PARCIAL DE BENS

É o regime legal ou oficial, sendo automático, não é necessário que os contraentes convencionem este regime através de pacto antenupcial, pois a lei

presume sua aceitação automaticamente. A doutrina trata como regime legal supletivo, pois, no silêncio dos cônjuges este será o regime vigente.

O Código Civil de 2002 disciplina sobre o regime de comunhão parcial de bens nos Arts. 1.658 ao 1.666:

No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

No regime de comunhão parcial de bens comunicam-se todos os bens adquiridos na constância do casamento e ficam excluídos os bens adquiridos particularmente por um dos consortes anteriormente ao casamento.

SILVIO VENOSA arremata dizendo:

Basicamente, o regime da comunhão parcial de bens é aquele que exclui da comunhão os bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente.¹³

De acordo com a doutrina “o regime da comunhão parcial se caracteriza pela existência de três massas de bens: o patrimônio comum, o do marido e o da mulher”.¹⁴

3.3 REGIME DE COMUNHAO UNIVERSAL DE BENS

Entende-se por esse regime a concepção por parte dos cônjuges de uma única massa peculiar integrante do patrimônio do casal.

Para o autor CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

O regime da comunhão universal é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem com o as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa

¹³ VENOSA, 2004, p. 73.

¹⁴ WALD, 2004, p. 117

em convenção antenupcial (CC, art. 1.667). Por tratar-se de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial.¹⁵

Como sabido, o regime da comunhão universal de bens era tido como o regime legal antes do advento da lei de divórcio (Lei nº 6.515/1977). Para que os contraentes optem por esse regime é obrigatório convencionar mediante pacto antenupcial a ser lavrado em forma de escritura pública em um Tabelionato de Notas.

Esse regime está disciplinado no Código Civil de 2002 nos artigos 1667 a 1671, vigorando que todos os bens adquiridos por um dos nubentes é transmitido imediatamente por metade ao outro consorte que também passará a ser meeiro e condômino um do outro.

Ademais, o regime da comunhão universal de bens configura uma tradição no ordenamento brasileiro, tendo em vista que por longas datas permaneceu arraigado nos costumes dos brasileiros. Com relação a administração dos bens conferiu-se a igualdade aos cônjuges competindo a ambos dispor a respeito dos seus bens.

3.4 REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

O regime de participação final nos aquestos é uma inovação trazida pelo atual Código Civil, que prevê um sistema híbrido de regimes. Durante o matrimônio aplicam-se as regras do regime de separação de bens e após a sua dissolução, as regras concernentes ao regime da comunhão parcial.

O regime da participação final nos aquestos pretende conciliar o regime da comunhão – que, além de expressar a unidade de vidas do casal, assegura aos cônjuges mútua proteção econômica – com o regime da separação – que confere autonomia conjugal. Assim, ao mesmo tempo que define uma participação de cada cônjuge nos incrementos patrimoniais do outro, evita a constituição de uma massa comum de bens.¹⁶

Completa ainda dizendo:

Pelo regime da participação final nos aquestos os bens particulares são incomunicáveis ao passo que ornem comuns quando da dissolução do

¹⁵ GONÇALVES, 2004, p. 238

¹⁶ WESENDOK, 2010, p. 166

matrimônio, desde que adquiridos a título oneroso, tornando cada cônjuge credor da metade do que o outro adquiriu.¹⁷

Dessa forma no aludido regime cada cônjuge possui patrimônio próprio na constância do casamento, e se houver a ruptura do matrimônio, cada cônjuge possui direito à metade do valor dos bens adquiridos pelo casal.

Trata-se, portanto, de um regime que durante o curso do casamento aplicam-se as regras da separação e por ocasião da dissolução do vínculo conjugal a divisão de todo acervo patrimonial adquirido a título oneroso por ambos os cônjuges.

3.4 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

O Código Civil brasileiro prevê duas modalidades do regime de separação de bens, a saber: O regime de separação de bens convencional e regime de separação obrigatório ou legal.

O primeiro trata-se de autonomia na escolha do regime de bens e as partes convencionam livremente as regras do regime patrimonial que será aplicado no casamento, devendo obrigatoriamente a convenção mediante pacto antenupcial a ser lavrado em Tabelionato de Notas.

A segunda hipótese importa em uma medida restritiva imposta pelo legislador como forma de limitar o poder de escolha dos cônjuges em alguns casos expressamente previstos em lei, ou seja, não decorre da vontade das partes e sim por força legal.

No regime de separação de bens convencional o patrimônio dos cônjuges é separado de forma particular, havendo distinção dos bens adquiridos por cada consorte.

Nesse diapasão, preceitua TUTA WESENDONK:

Os bens anteriores ou posteriores à celebração do casamento são de propriedade individual de cada um dos cônjuges, o mesmo acontecendo com a responsabilidade pelas obrigações assumidas, que recaem sobre o cônjuge que praticou o ato.¹⁸

¹⁷ IBIDEM

¹⁸ WESENDONK, 2010, p. 160

No entanto, mesmo que haja a separação dos bens do casal, quaisquer dos cônjuges pode delegar ao outro, poderes para que possa administrar e gerir os seus respectivos bens. Essa estipulação pode ser feita mediante procuração ou constar expressamente no pacto antenupcial.

O regime de separação de bens legal ou obrigatório é uma sanção que o legislador encontrou como forma de impor àqueles que desejam contrair casamento com inobservância de alguma cláusula suspensiva ou impeditiva disciplinada pelo Código Civil, destinado a resguardar o patrimônio já estável do contraente maior de 70 (setenta) anos de idade.

Em outras linhas, nessa conjuntura os maiores de 70 anos de idade, as pessoas que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas e aqueles que para casar dependerem de suprimento judicial devem obrigatoriamente com vista no artigo 1641 do Código Civil de 2002 contrair núpcias obrigatoriamente sob o regime de separação de bens (legal).

4. PRINCÍPIOS QUE DISCIPLINAM O REGIME PATRIMONIAL NO CASAMENTO

4.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

O princípio da autonomia de vontade na escolha dos regimes de bens deve ser a base no direito patrimonial. A escolha do indivíduo deve ser respeitada e amplamente pautada nos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

No direito brasileiro a estrutura da regra jurídica é dispositiva, existindo a liberdade convencional e, em segundo plano, a norma para o caso de as partes não terem disciplinado o regime de bens, ou, sendo nula a convenção aplicando-se o regime supletivo.¹⁹

Desse modo, pelo princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de escolha do regime de bens os contraentes podem estipular livremente e de acordo as suas conveniências o regime que melhor lhes aprouver, desde que observadas os fins estabelecidos para o casamento e à estrutura da família.

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

Ainda nesse sentido, o escritor ORLANDO GOMES sintetiza de forma brilhante a respeito do assunto:

Os nubentes podem escolher em princípio, o regime que lhes convenha, não estando adstritos, sequer, à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública, necessário que estipulem, mediante pacto antenupcial, o regime que escolheram.²⁰

¹⁹ WESENDOK, 2010, p. 78

²⁰ GOMES, 2002, p. 173

Apesar do Código Civil tratar da liberdade de escolha no regime de bens para o casamento verifica-se que ela está de maneira coercitiva condicionada ao cumprimento de regras cogentes. Na verdade, esse caráter patrimonialista adquirido do antigo código civil, revela traços de uma norma voltada apenas para atingir interesses econômicos, sem se preocupar com o vínculo afetivo a ser desenvolvido pelo casal.

Os contraentes através desse princípio podem estipular cláusulas e medidas para reger seus patrimônios, para tanto é indispensável a lavratura de um pacto antenupcial a fim de formalizar a vontade de ambos os nubentes. No entanto, o pacto antenupcial só terá efeitos jurídicos com a celebração do casamento.

4.2 PRINCÍPIO DA VARIEDADE DO REGIME DE BENS

Na mesma perspectiva do princípio da autonomia de vontade na escolha do regime de bens existe no nosso ordenamento jurídico o princípio da variedade do regime de bens, pois a lei coloca a disposição dos consortes uma variedade de regime de bens para que possam escolher àquele que melhor regerá suas relações patrimoniais.

Na mesma ótica pondera a escritora TULA WESENDONCK:

O ordenamento jurídico procura, porém, conservar a natureza negocial do matrimônio e submeter o casamento a certas regras de interesse social. Assim, vê-se que a liberdade de escolha está condicionada ao cumprimento das regras cogentes.²¹

Percebe-se, desse modo, a necessidade da criação de uma norma que atendesse de certa forma aos interesses dos nubentes. A liberdade de escolha admitida pelo nosso Ordenamento Jurídico encontra fundamentos nos princípios de ordem pública elencados na Constituição de 1988, e sob essa égide, com visão inovadora o Novo Código Civil trouxe a possibilidade de criação de um regime misto, ou seja, desde que não contrarie matéria de ordem pública e ou ameaça de danos a terceiros.

²¹ WESENDONCK, 2010, p. 79

4.3 PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE JUSTIFICADA DO REGIME ADOTADO

No rol de princípios gerais do direito patrimonial surge ainda o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens adotado, como forma de possibilitar aos cônjuges a mudança do regime convencionado no casamento. A mudança no regime de bens deve ser fundamentada e precedida de autorização judicial.

O legislador civil permitiu a alteração do regime de bens dos contraentes através de uma ação judicial desde que o pedido seja motivado por ambos os cônjuges sendo ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1639. (...)

§ 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 ressalvadas os direitos de terceiros.

O Código Civil anterior não permitia a mudança de regime de bens, pois, levava em consideração a boa fé entre os cônjuges e de terceiros. Tal ideia não foi disciplinada no Código de 2002 que inovou e permitiu a alteração do regime de bens, vigorando a ideia de liberdade e da autonomia de vontade entre os contraentes.

Nesse mesmo pensamento WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO salienta:

Em nosso direito, porém, o regime era inalterável, perpétuo; qualquer modificação que nele se introduzisse seria radicalmente nula. A proibição de inovar era estatuída em termos absolutos. Nessas condições, toda modificação a *posteriori* achava-se inevitavelmente condenada. Quer o casamento se realizasse no Brasil, quer no estrangeiro, segundo a lei local, o regime era imutável.²²

Para haver alteração do regime de bens é obrigatório a presença de alguns requisitos, a saber: a) Consentimento de ambos os nubentes; b) A modificação deverá ser feita através de processo judicial, o seja, é necessário a intervenção da

²² MONTEIRO, 2004, p. 185

justiça; c) A mudança no regime patrimonial não pode ocasionar lesão a terceiros, devendo ser fundamentado e motivado.

Ainda sobre o tema, o autor Washington de Barros Monteiro explana de forma brilhante:

Nota-se que o alcance da modificação deve constar de modo preciso da sentença homologatória. Essas sentenças devem deixar consignadas se a alteração produz efeitos a partir da sua prolação, de modo que, quanto aos bens adquiridos anteriormente, prevalecerá o regime de bens anterior. Se a modificação alcançar o patrimônio antes adquirido, deverá ser apresentada a relação de bens e estipulada a partilha, em caso de transformação de regime de comunhão em separação.²³

As partes postulam em Juízo, livre e motivadamente, o pedido de alteração do regime de bens, feito isso o Juiz autorizará a mudança caso convença-se do propósito, cuja procedência será apurada.²⁴

²³ MONTEIRO, 2004, p. 187

²⁴ MANFRÉ, 2006, p. 26

5. A IMPOSIÇÃO NO REGIME DE BENS DO CASAMENTO DOS SEPTUAGENÁRIOS

O sistema normativo brasileiro passou por profundas mudanças, as inovações trazidas ao ordenamento jurídico refletem a evolução que a sociedade moderna vem passando constantemente. Houve a necessidade de adequar a norma à situação atual que a sociedade vive no momento.

Contudo, muitas vezes o sistema legislativo está arraigado ao processo de colonização, e o que percebe é que não há a correta inserção da norma ao contexto social condizente com a realidade. Por vezes, buscam soluções e medidas normativas que não são equivalentes com a vivência cultural e põem em risco a aplicação efetiva da norma como também os direitos fundamentais das pessoas.

Comungando dessa mesma opinião MOREIRA faz o questionamento posicionando o seguinte:

Talvez em algum momento histórico, num passado recente, a norma se justificasse pelas características e realidade de outra época, hoje, entretanto, a sociedade mudou e a família que é a base da sociedade se forma de muitas mais maneiras e de maneiras muito diferentes que há alguns anos atrás.²⁵

Apesar da preocupação do legislador em prescrever uma norma aparentemente de caráter protetivo, merece tecer-se crítica pelo ponto de vista que não condiz com a realidade social e valores inseridos na sociedade atual.

Ainda nesta ótica, foi criada a ideia de que o casamento de pessoas idosas ocorrerá tão somente por pessoas de idades distintas e alimentada por interesse econômico.

Ademais, a Constituição Cidadã consagrou diversos princípios que merecem destaque, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da

²⁵ MOREIRA, 2007, p. 20

liberdade, os quais já foram tratados em capítulo a parte e que regulamentam todo ordenamento jurídico.

Dispõe o Art. 1641, inciso II do Código Civil brasileiro:

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

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

Ferindo a isonomia prevista pela Carta Magna, a imposição restritiva aos maiores de 70 (setenta) anos de idade no que tange a possibilidade de escolha dos regimes de bens aplicáveis ao casamento, não só cerceia a liberdade de escolha, como também estabelece uma presunção de incapacidade relativa criada sem os ditames legais por parte do legislador.

Nessa mesma linha de pensamento RODRIGUES:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.²⁶

A especial proteção do Estado dada à família foi tratada pelo Art. 226 da Constituição da República de 1988 que prevê: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Ainda conferindo proteção especial aos idosos a Constituição Federal estabeleceu no Art. 230 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 direito à vida.”

Atribuiu o legislador constituinte a obrigação solidária por parte da família, da sociedade e do Estado no dever de amparo e cuidado para com as pessoas idosas, devendo ser garantido o bem estar, desenvolvimentos e inserção dessas pessoas no meio social, não sendo admitido em hipótese alguma tratamento desigual, discriminatório, vexatório e que limite a atuação dos idosos no campo social.

²⁶ RODRIGUES, 2012, 182.

Dessa forma, estabelece o artigo 2º da Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) que:

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

Destarte, mesmo diante disso, o legislador ao prescrever na Lei Civil essa medida restritiva destinada às pessoas maiores de 70 (setenta anos), foi contra aos princípios dispostos na Constituição Federal e que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro.

Numa noção sintética relata CARVALHO JR a esse respeito:

Esta restrição é manifestamente inconstitucional, pois fere, a olhos vistos, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. De fato a intervenção do Estado em uma esfera íntima e pessoal de tal natureza agride e viola o espaço individual da liberdade privada. E se legalmente estamos submetidos a um Estado Democrático de Direito, a preservação da esfera individual é pressuposto para a convivência pública, pois, como alerta Andrade (1993), há uma luta a ser encetada pelo indivíduo, enquanto personalidade única, pessoa privada, jamais confundida com o egocêntrico auto-absorvido, para combinar-se e recombinar-se, quando entendidos por necessários, modos de conviver, com desígnio de pacificar o indisponível no ser e o reclamado pela sociedade. Há o indivíduo social com direito a participar da comunidade, senhor do espaço público, e há o indivíduo privado com direito a ser reconhecido isoladamente dentro do todo, senhor de sua intimidade?²⁷

Nesse contexto, verifica-se, o desrespeito a dois princípios constitucionais, o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana. Ao ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, houve por excesso, a invasão da privacidade e dos direitos das pessoas idosas, visto que, os critérios utilizados pelo legislador levam em conta a senilidade como uma forma geral de incapacidade.

Com relação ao princípio da liberdade, o legislador não respeitou a autonomia de vontade que deve sobrepor no direito de família. Assim, cumpre salientar, que houve a violação do princípio da autonomia de vontade, fundada em um teor protetivo, ocorrendo a violação do princípio da liberdade.

Nesse sentido CARVALHO JR explica que:

²⁷ CARVALHO, 2003, p. 10

(...) eventuais companheiros não encontrariam tais restrições na partilha de bens, o aludido preceito cria uma nova forma de incapacidade não prevista em lei, posto que a enumeração taxativa dos incapazes já fora declinada na parte geral do Código Civil. Sim, pois se obrigatório o regime de separação de bens para maiores de 60 (sessenta) anos, é porque estes supostamente padecem de alguma deficiência que lhes impossibilita a plena compreensão dos seus atos. Ora, contraditoriamente, um menor de 18 (dezoito) anos pode optar - à luz do novo código- pelo regime de bens que lhe aprover, quando, à toda evidência, falta-lhe, em regra, a exata compreensão da gravidade de tal escolha.²⁸

O legislador não levou em consideração a experiência de vida que pode ser adquirida somente pela da idade, colocou em afincos a fragilidade do idoso consubstanciada com a incapacidade de gerir os atos da vida civil, acreditando que o idoso é um ser vulnerável por natureza e que pode ser facilmente enganado pelo simples fato de ter a idade avançada.

Percebe-se o posicionamento não só equivocado como também discriminatório por parte do legislador ao definir a idade como uma forma de incapacidade, contrariando os preceitos e fundamentos trazidos pela Constituição de 1988.

Raciocinando dessa forma, PEREIRA ensina que:

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade será o resultado do estado psíquico, e não da velhice.²⁹

E ainda, LÔBO ao entender:

A idade avançada não é por si deficiência ou enfermidade mental. A pessoa pode viver muito tempo como idosa, sem qualquer comprometimento de sua higidez mental. Todos os órgãos da pessoa, inclusive o cérebro, sofrem mutações com o passar dos anos, reduzindo-se as habilidades antes desenvolvidas. Mas essa circunstância natural não é suficiente para suprimir ou reduzir a capacidade de exercício da pessoa, se permanece nela a faculdade de discernir.³⁰

Ademais, vale mencionar neste sentido, que é preciso que tal dispositivo seja retirado da legislação brasileira, uma vez que quando a legislação civil for

²⁸ CARVALHO, 2003, p. 10

²⁹ PEREIRA, 2006, p. 246

³⁰ LOBO, 2008, p. 218

claramente incompatível com os princípios e regra constitucional deve ser considerada se anterior à Constituição revogada, ou inconstitucional, se posterior a ela.

Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma conjectura, deverá ser adotada a dissimulada obstinação conservadora, no comportamento repetido de se ler a Constituição a partir do Código Civil.

No mesmo sentido foi proposta a exclusão do inciso II do artigo 1641 do Código Civil através do enunciado 125, com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.³¹

Além disso, com a edição da Súmula 377 do STF, ficou consignado que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Portanto, a aplicação do aludido regime está condicionado a flexibilização dessa súmula e nesse sentido tem-se ainda as seguintes decisões já proferidas no ordenamento jurídico brasileiro:

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM.

1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 154896 RJ 1997/0081247-2)

União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte.

1. Não há violação do art.535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da

³¹ WESENDOK, 2010, p. 154

apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar.

2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.

3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte.

4. Recurso especial não conhecido³²

Com o advento da súmula 377 do STF praticamente se transformou o regime da separação legal de bens no regime da comunhão parcial, pois se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. A regra é equivalente ao do regime da comunhão parcial de bens, sendo independente a prova do esforço comum, já que se leva em conta a presunção do esforço comum na aquisição de bens.

Desse modo, o patrimônio adquirido pelo casal asseguraria a cada um o direito à meação a fim de evitar um enriquecimento injustificado. É nesta seara o posicionamento de Gomes:

O regime de separação obrigatória dos bens no casamento conduz à separação limitada, só não se comunicando os bens presentes. Entende-se que os bens futuros são comuns, quando menos, se provado que resultaram da cooperação ou do esforço conjunto dos cônjuges.³³

DINIZ também comenta a respeito do mote que:

(...) admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido desde que sejam produtos do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses.³⁴

³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 736627 / PR RECURSO ESPECIAL 2005/0041830-1. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1/relatorio-e-voto-12866511>> Acesso: 18 de abril de 2015.

³³ GOMES, 2002, p. 203

³⁴ DINIZ, 2002, p. 170

Importa salientar que nas demais situações previstas pela obrigatoriedade do regime de separação de bens pode o juiz eximir os contraentes de tal restrição, desde que inexista prejuízo para o interessado conforme disposto no parágrafo único do art. 1523 do Código Civil.

Nas lições dos professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a medida necessária à efetiva preservação dos preceitos constitucionais, “é desatrelar a idade das limitações impostas à escolha do regime de bens” e, prelecionam ainda, que “um homem com sessenta ou setenta anos pode (e isso acontece com frequência), chefiar o poder executivo e escolher os destinos econômicos de toda nação, malgrado não possa, estranhamente, escolher seu próprio regime de bens”.³⁵

Ademais, diante do exposto, faz-se necessário que o Direito de Família seja sempre analisado sob a égide da Constituição, sendo que o Código Civil está contido nesta, e desse modo, qualquer ordenamento que não possuiu um enlace com a Constituição Federal de 1988, estará fadado a inconstitucionalidade, pois viola o texto constitucional, por isso é necessário nesse caso uma redefinição do Direito Civil à luz da Constituição.

³⁵ FARIAS, 2008, p. 219.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em banir discriminações de qualquer ordem, conferindo especial atenção à liberdade e à igualdade, sendo a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos um dos mais flagrantes exemplos de afronta ao princípio da liberdade.

Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Verifica-se que persistem no Código Civil de 2002 resquícios da patrimonialização das relações civis, o que é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana.

Constitui exemplo dessa realidade a manutenção do regime de separação obrigatória de bens em razão da idade no atual Código Civil, em uma norma que visualiza o casamento sob uma perspectiva exclusivamente patrimonial, sem considerar o afeto, e desrespeitando os direitos inerentes à pessoa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil – Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 10 de abril de 2015._____.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos – Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015original.htm>. Acessado em: 10 de abril de 2015._____.

_____. **Estatuto do idoso**. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/web/relatorios/destaques>>. Acesso em 18 mai. 2015.</http

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da Constituição**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1312 p.

CARVALHO JÚNIOR. *Pedro Lino de*. **O idoso e o direito de família**. Disponível em:<www.pailegal.net/forum/viewtopic.php>. Acesso em 18 mai. 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, 871 p

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em:<<http://www.mj.gov.br/sedh/ct>>. Acesso em 25 mar. 2015

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 18 ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18. ed. São Paulo: Método, 2011. 1196 p.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Direito das Obrigações e Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 411 p.

MARCO, Carla Fernanda. *Dos princípios constitucionais*. Portal eletrônico Mundo Jurídico. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. Vol. II. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. vol. VI. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 598 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito da família**. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WESENDONCK, Tula. **DIREITO PATRIMONIAL DE FAMÍLIA: disciplina geral do regime de bens no Código Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.