

**ALESSANDRA VILELA E SILVA**

**A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA  
PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS FRENTE AO DIGESTO CIVILISTA E  
AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES**

**João Monlevade**  
**2015**

**ALESSANDRA VILELA E SILVA**

**A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA  
PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS FRENTE AO DIGESTO CIVILISTA E  
AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Coordenação do Curso  
de Direito da Faculdade Doctum de  
João Monlevade – Rede de Ensino  
Doctum, como requisito parcial para a  
obtenção do título de bacharelado em  
Direito.**

**Área de concentração: Direito de  
Família**

**Prof. Orientador: Filipy Salvador  
Pereira Bicalho**

**João Monlevade**

**2015**

**ALESSANDRA VILELA E SILVA**

**A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA  
PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS FRENTE AO DIGESTO CIVILISTA E  
AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIGENTES**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso  
foi julgado e aprovado, como requisito  
parcial para a obtenção do título de  
bacharel em Direito, na Faculdade  
Doctum de João Monlevade - Rede de  
Ensino Doctum, em 2015.**

**Média final: \_\_\_\_\_**

**João Monlevade, 15 de Novembro de 2015.**

.....  
**Filipy Salvador Pereira Bicalho**  
Prof. Orientador

.....  
**MSc. Maria da Trindade Leite**  
Professora TCC II

.....  
**Fabiano Thales de Paula Lima**  
Coordenador de Curso

## RESUMO

Esta monografia tem como alvo a abordagem do tema sobre a imposição de separação de bens no casamento dos maiores de setenta anos de idade, como determina o Código Civil em seu artigo 1.641, inciso II, Lei 10.406/02. O tema foi escolhido devido o levantamento da hipótese de inconstitucionalidade que tal norma estabelece, já que fere princípios constitucionais da dignidade, da liberdade, da autonomia e da igualdade, levando a sociedade a cogitar, devido à sustentação da lei, que os indivíduos que completam setenta anos deixam compulsoriamente de possuir condições para escolher o regime de bens quando se casam. Para se chegar a esta afirmação, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, a qual levantou conceitos acerca dos idosos, da evolução familiar, do casamento e dos regimes de bens. No mais, trouxemos para o trabalho importantes conceitos a respeito dos princípios constitucionais já mencionados e os direitos dos idosos, a fim de traçarmos um paralelo que prove a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil vigente. Com o presente estudo se espera esclarecer diversos pontos que ainda encontram-se na obscuridade, contribuindo para uma visão mais precisa acerca da problemática.

**Palavras - chave:** Regime de separação obrigatória de bens. Idosos. Inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

This paper targets the issue of the approach to imposing separation of property in a marriage of over seventy years of age, as required by Civil Code Article 1641, paragraph II, Law 10.406 / 02. The theme was chosen because lifting the unconstitutional assumption that this standard establishes, as it hurts constitutional principles of dignity, freedom, autonomy and equality, leading the company to think, due to uphold the law, that individuals who complete seventy years of compulsory leave has conditions to choose the property regime when they marry. To reach this statement, it developed a literature search, which raised concepts about the elderly, the family evolution, marriage and property regimes. In all, we brought to the important work concepts regarding the constitutional principles mentioned above and the rights of the elderly in order to draw a parallel to prove the unconstitutionality of Article 1641, paragraph II of the current Civil Code. With this study is expected to clarify several points that still are in the dark, making for a more accurate view on the issue.

**KEY WORDS:** Separation of property. Old. Unconstitutional.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>DA PESSOA IDOSA .....</b>	<b>9</b>
2.1	Definições e Características .....	9
2.2	Direito do Idoso .....	11
2.3	Do Aumento da Expectativa de Vida do Ser Humano .....	12
2.4	Evolução, Conceitos de Família e Seus Fundamentos .....	14
2.5	Do Casamento e seus Princípios .....	21
<b>3</b>	<b>DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS .....</b>	<b>24</b>
3.1	O Regime de Bens no Código Civil .....	24
3.1.1	Regime da Comunhão Parcial .....	26
3.1.2	Regime da Comunhão Universal .....	27
3.1.3	Regime da Separação Total de Bens .....	27
3.1.4	Regime de Participação Final nos Aquestos .....	29
3.2	Princípios que Disciplinam o Regime Patrimonial de Bens .....	30
<b>4</b>	<b>DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>32</b>
4.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	33
4.2	Princípio da Igualdade .....	35
4.3	Princípio da Liberdade .....	38
<b>5</b>	<b>A IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS FACE AO REGRAMENTO PÁTRIO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>40</b>
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>50</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata de uma análise jurídico - constitucional da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, regramento previsto no artigo 1.641, inciso II do Código Civil.

O dispositivo citado, não se trata de novidade, vez que já existia no anterior digesto civilista. Assim, o Código Civil de 1916 estipulava a regra de obrigatoriedade de adoção do regime de separação tanto para o homem com mais de 60 anos quanto para a mulher com mais de 50 anos, idade que foi igualada pela norma em 2002, mantendo-se, entretanto, o comando de que acima de 60, homem ou mulher, devia casar-se sob a égide do referido regime. Ainda sobre o tema, com a edição da lei 12.344/2010, foi modificado o dispositivo do código civil que trata da matéria, restando permanecida a obrigação, mas agora para aqueles com idade superior a 70 anos.

A escolha do presente assunto se dá em razão de uma discordância pessoal sobre o regramento, discordância essa que fez nascer a curiosidade de aprofundamento do tema, sobretudo quando, ainda que de forma perfunctória, a análise do dispositivo já se apresentava contraditória frente aos princípios constitucionais tão cotidianamente discutidos e aplicados em quase todos os ramos do Direito.

Tal análise, como dito, ainda que inicialmente simplória, sugeria para a inconstitucionalidade da limitação legal imposta a pessoa que conte com 70 anos, ou mais, de idade, e que tem impedido o direito de escolher o regime de seu casamento, sendo-lhe imposto o regime de separação total, como se isso fosse proteger seu patrimônio, sem considerar, dentre outros, que a fraude e o estelionato podem ocorrer com pessoas de qualquer idade, não acolhendo o caráter personalista consagrado no diploma legal vigente, eis que apenas procurou preservar o patrimônio daquele que durante uma vida o constituiu, não atentando para o pleno gozo da saúde mental, e sim, exclusivamente, para a sua idade.

Tal postura induz a ideia de que a idade é uma doença destruidora da inteligência, do entendimento e da compreensão dos atos da vida civil e de suas consequências. Doentes existem com 90 ou 20 anos, não podendo nisso embasar o regramento.

Ao interpretar a norma civil sob a luz do Direito Constitucional, nota-se que, princípios constitucionais consagrados, tais como o da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana não foram respeitados.

No mesmo sentido, também outras garantias e direitos já consagrados, estariam sendo feridos, como a autonomia da vontade no Estado liberal, a vontade manifestada no contrato que faz lei entre as partes contratantes, a relatividade desses negócios jurídicos em relação a terceiros, bem como sua natureza volitiva que diz respeito à vontade das partes, que têm liberdade de contratar, com quem, o que e como quiserem.

Desta forma, a presente pesquisa traz à discussão o questionamento: A idade, por si só, torna a pessoa incapaz de escolher o regime de bens de seu casamento, tornando-se circunstância limitadora de decisão tão íntima e pessoal?

Diante desta problemática pretende-se demonstrar a importância e a capacidade do indivíduo idoso (acima dos 70 anos) como gestor de sua vida profissional e pessoal (sendo plenamente capazes, até prova em contrário) e que, o regramento como hoje se apresenta, como uma norma cogente, pode estar a ferir diversos preceitos constitucionais e até mesmo a dignidade da pessoa humana.

O patrimônio não pode ter mais valor que princípios jurídicos ou sentimento de uma pessoa, demonstrando assim, que a sociedade está muito mais voltada à relações formadas pelo afeto, carinho, amor, do que pela própria ganância ou interesse.

Durante a pesquisa nos embasamos nos renomados autores (DINIZ, 2014),(FIÚZA, 2014),(VENOSA, 2007) dentre outros.

Partindo dessas nuances centrais, a pesquisa buscou fazer uma profunda avaliação sobre a constitucionalidade ou não da norma, de forma que ao final, seja-se capaz

de concluir de maneira segura pela impossibilidade de aplicação do artigo ou pela necessidade de sua revogação *in totum*, com a consequente permissão do maior de 70 anos casar-se sob o regime de bens que quiser, vez que a idade não pode ser considerada instrumento automático de incapacidade.

A metodologia enfatiza a pesquisa doutrinária, abrangendo consulta aos livros de direito civil, direito de família e direito constitucional, artigos científicos publicados na internet, bem como revistas especializadas. Salienta-se que, a pesquisa é embasada, também, no Estatuto do Idoso, na Lei N.º 12.344, de 9.12.2010, legislação civil vigente, Súmula N.º 377 do STF e na Constituição Federal de 1988.

A caracterização da pesquisa refere-se aos livros doutrinários, artigos científicos disponíveis na internet e em nossa própria legislação vigente. Há que se considerar que o tema já vem sendo discutido pela doutrina e pelos Tribunais, o que faz com que a pesquisa doutrinária e jurisprudencial seja essencial no decorrer deste estudo.

## 2 DA PESSOA IDOSA

A princípio devemos considerar que o presente trabalho se dispõe a discutir o regime obrigatório de separação de bens no casamento, onde pelo menos uma pessoa já conta com 70 anos de idade.

### 2.1 Definições e Características

É primordial abordar a diferença entre os conceitos de envelhecimento, velhice/idade/idoso, o que permite contextualizar as características da pessoa idosa na sociedade atual, de modo a se identificar na concretude o ser existencial de quem se fala.

O envelhecimento é caracterizado pelo processo ou transformação do indivíduo nas dimensões biológica, social, psicológica e cultural durante sua existência.

A velhice faz parte da evolução do homem. A idade que determina o período da velhice varia através dos anos e da cultura de cada povo. Um exemplo de tal variação se nota na década de 20, onde jovens com 25 anos eram considerados velhos, e isso se justificava, pois o tempo de vida naquela época tinha índices muito baixos (SANTANA, 2001).

De acordo com Mazo (2001, p.12):

A Organização Mundial da Saúde – OMS considera idoso todo indivíduo com 65 anos de idade, ou mais, que reside nos países desenvolvidos e com 60 anos ou mais, os residentes em países em desenvolvimento. Essa definição de idoso da OMS está diretamente ligada à qualidade de vida propiciada pelo país aos seus cidadãos.

Assim, percebe-se uma sequência na vida humana. Como relata Fonseca (1998, p.334):

A vida, como a evolução, é uma implacável e inexorável sequência de experiências, que nos revelam o nosso patrimônio filogenético e evidenciam a nossa competência ontogenética, que num momento determinado se esvanece e regride – a retrogênese.

Com fundamento em outro viés, encontra-se a classificação da Organização das Nações Unidas – ONU, que por meio da resolução 39/129, decompôs o ciclo da vida

sob o aspecto econômico, avaliando o indivíduo, como força de trabalho, que produz e consome bens, em três idades:

Primeira Idade - constituída pelas pessoas que só consomem e estão em idade improdutiva (crianças e adolescentes). Segunda Idade - refere-se às pessoas que produzem e consomem e estão em idade ativa (jovens e adultos). Terceira Idade - formada por pessoas que já produziram e consumiram, mas que, pela aposentadoria, não produzem mais e só consomem – idade inativa (idosos).

Partindo do raciocínio de que o envelhecimento do ser humano pode ser analisado sob várias perspectivas, a idade biológica consiste na herança genética e nas influências do ambiente, estando relacionada às alterações de ordem fisiológicas, anatômicas, hormonais e bioquímicas do organismo.

A idade social refere-se às normas, crenças, estereótipos e eventos sociais que sinalizam por meio do critério de idade a performance dos idosos.

Em geral, as pessoas tendem a seguir esse “relógio social”, mas existem “pioneiros” que saem desse padrão e adotam comportamentos e estilos de vida típicos de outra faixa etária, a exemplo de pessoas consideradas idosas que voltam a estudar, iniciar nova profissão etc.

A singularidade de cada ser e os ritmos característicos de envelhecimento não tem uma correlação entre idade cronológica e biológica, dependem das condições socioeconômicas, culturais e históricas.

A concepção de saúde possui grande impacto na qualidade de vida dos idosos e pode contribuir ou não para que a sociedade veja este indivíduo como um ser capaz ou incapaz. A noção de perda de saúde, agregada ao declínio físico, é um dos adereços que amparam o entendimento de velhice como etapa do ciclo de vida assinalada pela decadência.

Sendo cediço que existe essa separação entre velhice e doença, bem como a possibilidade de redução de eventos de incapacidades em idosos, por meio do fornecimento de serviços de saúde essenciais para a qualidade de vida, foi firmado

no Brasil, na década de 90, a Declaração de Brasília sobre Envelhecimento (1996) a qual relata que:

O envelhecimento é um processo normal, dinâmico, e não uma doença. Enquanto o envelhecimento é um processo inevitável e irreversível, as condições crônicas e incapacitantes que frequentemente acompanham o envelhecimento podem ser prevenidas ou retardadas, não só por intervenções médicas, mas também por intervenções sociais, econômicas e ambientais.

Nessa gama de possibilidades, refletir sobre o bom envelhecimento tem sido uma maneira de reação à agregação de velhice com incapacidade. Tal possibilidade é um modo de refletir, sob outro ângulo, questões extremamente complexas que abarcam os idosos, sobretudo, aquelas que lhes mostram como indivíduos inferiores, menos iguais, que sequer podem decidir sobre seu futuro.

## **2.2 Do direito do Idoso**

A legislação específica, Estatuto do Idoso, entrou em vigor em 2003 concomitante com a vigência do Código Civil de 2002 e, apesar de organizar uma série de direitos, sua aplicação ainda é um desafio principalmente do ponto de vista da implementação de políticas públicas para a pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) cuida dos direitos e interesses fundamentais da pessoa idosa, assegurando a observância, prioritária, absoluta e integral, por parte de sua família, da sociedade e do próprio Poder Estatal dos seus direitos à vida, saúde, alimentos, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e à convivência familiar e comunitária.

Explica o promotor de justiça Oswaldo Peregrina Rodrigues, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (Ibdfam).

Essa Lei estatutária protege os direitos fundamentais da pessoa idosa de modo igualitário, garantindo-lhe especial e diferenciada proteção quando o fator etário for motivo de peculiar proteção, por exemplo, no direito aos alimentos, saúde, transporte, etc. Como toda normatização, seu aprimoramento e amoldamento social faz-se necessário com o passar dos tempos, sobretudo para acompanhar a transformação da sociedade.

Com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso, o reconhecimento de direitos e as novas determinações no atendimento dessa parcela da população, mormente, se

somado à solidariedade e à tolerância, devem representar um aprendizado político na consciência de cidadania para a sociedade e para o direito.

Destaca-se que, desde 1994, a Lei nº 8.842 implantou no Brasil a Política Nacional do Idoso, que prevê, dentre os inúmeros serviços, o atendimento em Centro de cuidados diurnos, Centro de Convivência, Casa Lar, Atendimento Integral Institucional e a Assistência domiciliar, os quais são mantidos e reafirmados no Estatuto do Idoso como “linhas de ação da política de atendimento” (artigo 47).

Não obstante, tais conquistas não se concretizaram de forma satisfatória, demandando o desenvolvimento, na prática, de políticas públicas e ações que possam tornar efetiva a previsão da norma legal.

Nota-se que a estrutura legislativa do Estatuto do Idoso se assemelha ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inclusive assegurando com “absoluta prioridade”, a efetivação de direitos fundamentais.

Assim sendo, em nosso ordenamento, temos que a legislação dita regras de proteção não apenas à criança e ao adolescente, como também ao idoso, figura central da temática discutida. Ambos demandam proteção especial, pela sua peculiar condição, seja de pessoa em desenvolvimento, seja por sua fragilidade.

Entretanto, embora o Direito, em face do próprio processo do ‘envelhecer’, lhes tenha conferido posição de prioridade, para que possam ter a garantia de uma vida digna, importante frisar que nem todos os idosos se encontram em situação de fragilidade, sendo esta a questão que se quer trazer à tona, tendo em vista que o envelhecer, atualmente, ocorre com muito mais qualidade, principalmente para os que têm condições econômico-financeiras para isto.

### **2.3 Do Aumento da Expectativa de Vida do Ser Humano**

Podemos refletir que as transformações nos aspectos tecnológicos, científicos, sociais e econômicos resultaram na longevidade dos indivíduos. Essa tendência possivelmente permanecerá.

O envelhecimento da população, uma vez iniciado, é uma evolução irreversível. Portanto, a transição demográfica, depende, dentre outros elementos, de um desenvolvimento na qualidade de vida daqueles que envelhecem e, principalmente, de um olhar atento para suas necessidades.

O processo de transição demográfica ocorre quando existe um declínio das taxas de mortalidade juntamente com o aumento da expectativa de vida e uma diminuição nas taxas de fecundidade, levando à maior quantidade de pessoas mais velhas (LAZAETA, 1994).

Pesquisa do IBGE aponta ainda que a expectativa de vida do brasileiro passará dos atuais 74,08 anos para 81,29. “Para que se tenha ideia do avanço que isso representa, basta lembrar que essa expectativa não ia além dos 45,5 anos de idade em 1940, ou seja, houve um acréscimo de mais de 35 anos em um período de tempo relativamente curto”. Se a projeção é de 72 idosos para cada 100 jovens, segundo dados do Ministério da Saúde, as barreiras para implementar tais direitos ainda precisa ser superada.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que em 2050 o contingente de pessoas com 60 anos ou mais triplicará, chegando a 22,7% da população, contra 6,53%, em 2008. Estimativas da Organização Mundial de Saúde (OMS) apontam que de 1950 a 2025 a quantidade de idosos no país aumentará 15 vezes. Com isso, o Brasil ocupará o sexto lugar no total de idosos, alcançando, em 2025, aproximadamente 32 milhões de pessoas com 60 anos ou mais de idade.

Todas essas informações e circunstâncias, por óbvio, demandaram profundos reflexos nas políticas públicas e também na legislação pátria, sendo que parte dessas transformações já o deviam ter ocorrido ou estão ainda em momento oportuno para ocorrer, dentre as quais e ainda que relativa a questão bem específica, pretende contribuir o presente trabalho.

## 2.4 Evolução, Conceitos de Família e Seus Fundamentos

O termo “família” é derivado do latim “*famulus*”, que significa “escravo doméstico”. Mesmo diante de sua definição gramatical, diversos são os conceitos formados, mas todavia, praticamente todos se resumem à célula básica de toda e qualquer sociedade.

Em Roma, a estrutura familiar era o modelo patriarcal, onde a figura principal da família romana era o “*pater familis*”. A família abrangia todos quantos a ela fossem submetidos. A autoridade do “*pater*” era absoluta e incontestável exercendo o poder sobre os escravos, filhos e mulheres. O Direito romano elevou a mulher da antiguidade a sujeito do matrimônio, haja vista que os povos primitivos a tratavam como objeto do matrimônio e o homem como sujeito do ato, como ensina Dantas (DANTAS, 2001).

Por muito tempo na história da civilização, inclusive durante toda a Idade Média, em todas as classes o casamento independia de qualquer conotação afetiva, ou seja, o casamento era instituto obrigatório com a única finalidade de constituir família e gerar filhos para dar continuidade ao nome da família, independente de afeto ou não entre os nubentes.

Silvio de Salvo Venosa destaca:

[...] Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a ela não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. [...]. (VENOSA, 2010, p. 14)

O Código Civil Brasileiro de 1916 trazia um único modo de constituir família que era através do casamento.

Sendo assim, o casamento não tinha qualquer conotação afetiva, sendo a religião o vínculo mais forte, tendo o primeiro apenas finalidade da propagação do culto doméstico, onde seus filhos deveriam ser fiéis na continuação deste.

Mais adiante, a família vive uma nova fase, o que para Nicolau Júnior (2007, p. 35) tornou-a:

O receptáculo de uma lógica afetiva, cujo modelo se impõe entre o fim do século XVIII e meados do século XX. Fundada no amor romântico, a família sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão de trabalho entre o esposo, ao mesmo tempo, faz do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar.

Com o começo da industrialização, houve uma transformação drástica na figura do pai perante a família. O homem vai para a fábrica perdendo aos poucos seu papel de chefe, assim a mulher assume o papel antes exercido pelo homem e aos poucos ingressa no mercado de trabalho, deixando sua condição de inferioridade para trás na história da família.

Assim, neste diapasão, o número de filhos foi se reduzindo, onde se abriu espaço para o afeto, uma vez que o convívio entre a família era pouco.

A partir da década de 1960, impôs-se a família “contemporânea” ou “pós-moderna”, que une, ao longo de uma duração relativa, um homem e uma mulher em busca de relações íntimas ou de realização sexual. A transmissão da autoridade vem se tornando, então, cada vez mais problemática, à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam como prediz Nicolau Jr (2007).

Deste modo, as uniões entre homens e mulheres sem o casamento, e até mesmo uniões do mesmo sexo, crescem intensamente na sociedade contemporânea, fato que fez a legislação brasileira reconhecer a união estável como entidade familiar, protegendo o caráter da família.

Ademais, o que se pôde observar com esse breve retrospecto é que em toda a história humana, podem ser vistos agrupamentos de indivíduos, pois desde as origens civilizatórias os homens se reuniam em torno de alguém constituindo a família, uma entidade social de origens primitivas. Entretanto, tais agrupamentos no decorrer dos séculos mostraram-se sob óticas distintas, como relata Nader (1998, p. 92), sendo divididas em três formas de agrupamento.

A primeira forma teria sido a horda, onde os indivíduos viviam peregrinamente e sem preceitos norteadores de coexistência, sendo comum a promiscuidade entre eles (NADER, 1998).

A segunda etapa da evolução familiar surge com o matriarcado, pois tendo o homem se fixado e começado a viver da agricultura, este constituiu a mulher como autoridade. Neste período, a figura feminina foi reverenciada pelos homens que a colacionavam com a terra, que gera vida e supri as necessidades humanas.

Del Vecchio (2004) esclarece esse período declarando que no matriarcado a mulher não ostentou a preeminência política do grupo, mas foi alocada como molde principal para que ao redor dela pudessem ser criadas as famílias e fossem garantidos os primeiros vínculos de parentesco.

E, por fim, no terceiro período, surge o patriarcado, onde o homem assume a liderança do núcleo familiar. Tal preceito conserva-se até os dias atuais e, mesmo depois de apregoada a Carta Magna de 1988, sobrevive no cerne das famílias mais tradicionais e nos lugares mais distantes das metrópoles de nosso país, como prediz Del Vecchio (2004).

Desta feita, o diploma de 1988 trouxe formalidades do casamento como também vias informais, seja por meios de escrituras públicas, uniões estáveis, ambos reconhecidos e protegidos, o que fora reafirmado com o Código Civil de 2002.

Nota-se então, que o Código Civil de 2002 trouxe alterações constitucionais, estabelecendo a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, vedando qualquer espécie de preconceito, o que também transparece a constitucionalização do Código Civil.

A revolução sexual trouxe mudanças significativas para a sociedade e conseqüentemente afetou o comportamento e a visão de muitos em relação ao casamento. Desafiou os códigos tradicionais de comportamento relacionados à sexualidade humana e aos relacionamentos interpessoais. Esse fenômeno ocorreu em todo o mundo ocidental nos anos de 1960 até 1970, e acarretou muitas mudanças e novos códigos de comportamento sexual.

Essa liberação sexual incluiu maior aceitação do sexo fora das relações heterossexuais e monogâmicas tradicionais, principalmente do casamento.

Dentre as inúmeras mudanças a contracepção e a pílula anticoncepcional, nudez em público, homossexualidade e a legalização do aborto foram institutos que começaram a ganhar força nas sociedades ocidentais. Por esses acontecimentos, a década de 1960 foi considerada um marco de mudanças e avanços significativos em diversos aspectos da vida social e familiar relacionadas ao casamento, pois quebrou barreiras de uma família patriarcal e trouxe maior aceitação das pluralidades familiares.

Outro marco importante que trouxe mudanças relevantes para o instituto do casamento foi a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe consigo o princípio constitucional da igualdade em seu art. 5º, caput, nos seguintes termos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

O legislador constituinte de 1988 positivou aquilo que já era costume, ampliando o conceito de família e protegendo todos os seus membros de forma igualitária.

A Constituição Federal de 1988 representou uma nova percepção na forma de se compreender uma constituição familiar, agora não necessariamente proveniente de um casamento formal entre duas pessoas de sexos distintos, mas fruto de uma “união estável”, entre duas pessoas, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (artigo 226, § 3º).

É importante ressaltar que, os princípios constitucionais do Direito de Família trouxeram consigo significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente na sociedade atual, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

A família passou a ser composta de várias configurações quais sejam: monoparental, homoparental, recomposta e união estável. Esses dados relevantes demonstram que o paradigma da família sustentado na estrutura patriarcal e biológica está praticamente extinta.

O Estado, juntamente com as famílias, estão se adaptando às novas circunstâncias, assumindo um papel mais focado na qualidade das relações entre as pessoas. Constitui-se hoje por múltiplos arranjos, com melhores adaptações da lei, sem rejeição social e legal do passado; contemplando mais a dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade de todos perante a lei.

Tida como um sistema, a família é vista como um todo, onde supera a soma de suas partes, ou seja, dos membros que a compõem. Seus elementos formadores vivem uma relação de interdependência. Deste modo, o que ocorre com um de seus membros poderá afetar suas bases, variando o grau de intensidade do abalo devido à proximidade de seus componentes (BARBOSA, 2008).

Para Pereira (2004, p. 13-14), em sentido genérico e biológico, a família é “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Em sentido mais estrito, a família é considerada o conjunto de pessoas unidas pelos laços do casamento e da filiação”.

Já Gonçalves (2008, p. 01) define que a família “abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”.

Para Adira Venosa (2002, p. 16) existem dois conceitos de família, primeiramente um “*conceito amplo*”, como parentesco, ou seja, “o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar”. Nesse sentido, compreendem os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em segundo lugar, um “*conceito restrito*”, que compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar.

Nesse último conceito, a Constituição Federal de 1988 estendeu sua tutela inclusive para entidade familiar monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226.

Ainda na Carta Maior, o legislador constituinte nada mais fez que normatizar o matrimônio como uma celebração, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e necessidades da sociedade, também por vias informais, seja por meio de escrituras públicas, uniões estáveis ambos reconhecidos e protegidos, o que fora reafirmado com o Código Civil de 2002.

Todavia, a família dita convencional, está se alterando cada vez mais diante das mudanças de perfil, dentre as quais, destaca-se a busca pelo bem estar de todos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, que ocasionaram um alargamento das relações pessoais, as quais certamente contribuíram para o surgimento de novas estruturas familiares. Assim, cumpre salientar os ensinamentos de Dias (2007, p. 40) sobre a atual identidade das famílias:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a idéia de famílias afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse se servir para balizar o conceito de família [...].

De fato como bem argumenta Barbosa e Vieira (2008), a família na atualidade é vista como um sistema, dando destaque, neste momento, as relações solidárias e também na ciência de que quando ferido um direito individual todos serão afetados. Nota-se, no ensinamento que mais uma vez a imposição do regime de separação de bens aos idosos não coadunam com a abrangência da família nos termos atuais.

Necessário se faz distinguir entidade familiar de família. Nos textos legislativos não se encontram uma definição específica de tais termos, nem mesmo a legislação infraconstitucional cumpriu essa função, remetendo-se a Doutrina em face de circunstâncias concretas suprir tal desiderato.

Nesse aspecto, a entidade familiar direciona-se ao sentido nuclear de família, abarcando diversas organizações familiares, sendo integrada pelas manifestações

afetivas de seu grupo, composta por uma perspectiva pluralista (ALBUQUERQUE FILHO, 2002).

Embora assim, a expressão entidade familiar foi coligada ao texto legislativo com a vinda da Carta Magna de 1988, que a ela se refere expressamente em seu art. 226, § 3º e §4º.

De tal modo, percebe-se o protecionismo do Estado perante a família, já que esta se constituiria no cerne da sociedade, que não se confunde com o instituto entidade familiar referido no texto constitucional (ALBUQUERQUE FILHO, 2002).

Diante de tais conceitos, é notório o progresso no texto constitucional, já que agora, este reflete acerca do novo paradigma dos que já viveram relações matrimoniais (casamento ou união informal) e esta, partida pelo fim do relacionamento ou pelo fenecimento, deixa filhos que convivem com o pai ou mãe, sem, no entanto, terem o intuito de constituir outra vez vida conjugal e, ainda, dos que mesmo solteiros, têm filhos biológicos e possuem direito à adoção.

Também se pode ressaltar, a constituição de entidade familiar advindas da reprodução em laboratório, além daquela reconhecida pela guarda compartilhada.

Neste diapasão Pereira (1999, p. 75) explana que:

O essencial para a constituição e a formação do ser, para torná-lo sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que alguém ocupe, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e mãe. O importante é que tenha um adulto que possa ser a referência e que simbolize para a criança este lugar de pai e mãe, que é dado pelas funções exercidas em suas vidas.

Deste modo, a efetivação e conservação de um matrimônio legal e religioso não impetram qualquer caução de uma entidade familiar equilibrada psíquica e socialmente. Incontestavelmente, em diversas ocasiões a função de pais e mães não é apenas exercida pelos pais biológicos, pois podem ser desempenhados por consanguíneos, amigos, cônjuges, namorados e, até mesmo, por outrem, ficando o conceito de família mais restrito.

Conclui-se, nesse aspecto, que após a CR de 1988 o Direito de Família passa a abranger toda e qualquer entidade familiar, retirando qualquer adjetivação às relações familiares. Verifica-se que os tipos de família previstos na Constituição da República constituem rol meramente exemplificativo, cabendo ao ordenamento jurídico acompanhar a evolução da sociedade, identificando e protegendo qualquer arranjo familiar.

Tida como um sistema, a família é vista como um todo, onde supera a soma de suas partes, ou seja, dos membros que a compõem. Seus elementos formadores vivem uma relação de interdependência. Deste modo, o que ocorre com um de seus membros poderá afetar suas bases, variando o grau de intensidade do abalo devido à proximidade de seus componentes (BARBOSA, 2008).

## **2.5 Do Casamento e Seus Princípios**

De acordo com Diniz (2002) o casamento é considerado a mais importante de todas as instituições de direito privado, sendo uma das bases da família, considerada como a base de toda a sociedade.

Não obstante, suas várias definições nem sempre se limitam a conceituá-lo, porém “refletem concepções originais ou tendências filosóficas, posto que todos os sistemas o disciplinem, inexistente uniformidade na sua caracterização” (PEREIRA, 2004, p. 51).

Desta forma, para obter a definição exata de casamento (ou matrimônio) é necessário considerá-lo em si mesmo e nas suas diversas relações, isto é, no complexo dos seus caracteres, e determinar a essência do matrimônio.

O casamento pode ser considerado como a legalização de uma união sexual, o ato pelo qual pessoas de sexo diferente fundam uma família legítima. Todavia, conforme preconiza Gomes (2002, p. 45):

O vocábulo casamento se emprega em sentido duplo: a) como ato criador da família legítima; b) como estado proveniente desse ato praticado na conformidade da lei. Numa e na outra acepção, o casamento é exhaustivamente disciplinado por preceitos legais ditados pelo Estado.

Diante disto, faz-se oportuno trazer a lume os diversos conceitos que os doutrinadores estabeleceram a respeito do casamento.

Silvio Rodrigues (2002, p. 19) percebe que o 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.

Para Gonçalves (2000, p. 01) o casamento é definido como “a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família legítima”. O autor continua dizendo que:

União legal é aquela celebrada com observância das formalidades exigidas na lei. E entre um homem e uma mulher, porque o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido, embora existam movimentos neste sentido. O casamento celebrado sem as solenidades previstas na lei e entre pessoas do mesmo sexo é inexistente, bem como o é aquele em que os nubentes não manifestam o consentimento.

Já Monteiro (2000, p. 01), contudo, conceitua o matrimônio como “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.

Deste modo, o casamento estabelece um vínculo-jurídico entre o homem e a mulher, observando ainda a existência reconhecida juridicamente do casamento entre pessoas do mesmo sexo, para constituir família, com o objetivo de proporcionar uma convivência de auxílio e integração mútua.

De acordo com os ensinamentos de Gomes (2002, p. 52), três são os princípios que regem o casamento: A livre união dos futuros cônjuges; a monogamia; a comunhão indivisa.

O consentimento dos contraentes não pode ser suprido, nem se admite seja à vontade autolimitada pela condição ou por termo. Por livre união dos futuros cônjuges entende-se que o vínculo matrimonial deve ser resultado do consentimento livre dos nubentes. Por conseguinte, pressupõe capacidade para manifestá-lo.

Quanto ao princípio do casamento ser monogâmico, este se refere a não admissão da existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela

mesma pessoa. Sendo assim, quem é casado está proibido de contrair segundas núpcias, defesas enquanto permanece o vínculo. A monogamia consiste, tecnicamente, nesta proibição (GOMES, 2002).

Já como comunhão indivisa, entende-se que a finalidade da ordenação legal do patrimônio enraíza na criação de plena comunhão de vida. Contudo, trata-se de princípio que influi no regime jurídico do casamento como reflexo das concepções que valoram o aspecto moral da união sexual de dois seres, de inegável importância, mas sem o mesmo relevo político dos outros (GOMES, 2002).

Deste modo, sendo o casamento, um negócio jurídico formal, exerce importância desde os atos que precedem a celebração, gerando consequências na relação dos cônjuges. Destaca-se a importância dos princípios, uma vez que existe a liberdade das pessoas optarem ou não em casar, e caso haja uma decisão a favor do casamento, a vontade deverá ser recíproca.

### **3 DO REGIME PATRIMONIAL DE BENS**

Regime de bens, também conhecido como o estatuto patrimonial dos cônjuges, pode ser entendido como o conjunto de regras que visa disciplinar as relações patrimoniais entre as partes, relativos à propriedade, disponibilidade, administração e gozo de seus bens.

Por regime de bens entende-se o regulamento das relações pecuniárias vindas da agregação conjugal, mesmo que o regime não compreenda todos os exteriores patrimoniais da vida conjugal.

O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) prevê quatro regimes: Regime de comunhão universal; Regime de comunhão parcial; Regime de separação total; e Regime de participação final nos aquestos.

A lei dá aos nubentes, como regra geral, a liberdade de escolher o regime que deverá reger o patrimônio de ambos. Assim, salvo exceções, como a debatida nessa pesquisa, o Princípio da Liberdade permite não só escolher um dos regimes, mas também modificá-los, combiná-los, inventar outras espécies, desde que não fira interesses públicos.

Sabe-se que o casamento apresenta efeitos jurídicos de duas ordens: uns de caráter pessoal, outros de caráter patrimonial. É com relação a este último aspecto que se encaixa a discussão sobre regime de bens, sendo imprescindível para a convivência financeiramente sadia dos consortes.

#### **3.1 O Regime de Bens no Código Civil**

O regime de bens é tratado no Código Civil Brasileiro de 2002, precisamente, nos artigos 1.639 a 1.688. Corresponde, na prática, ao subtítulo I do Direito Patrimonial relativo ao Direito de Família, sendo que os demais subtítulos tratam do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores, dos alimentos e, por fim, dos bens de família.

Interessante anotar a grande estabilidade da legislação citada, uma vez que, desde 2002, houve mudança apenas no inciso II do artigo 1.641 (Lei nº 12.344/2010), fato raro num país em que as alterações legislativas ocorrem em velocidade acelerada.

O artigo 1.642, inciso I, do Código Civil disciplina que "qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do artigo 1.647".

Os incisos do artigo 1.647 do CC, por sua vez, determinam que 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".

Conforme prevê o artigo 1.642, inciso V, do CC, tanto o marido quanto a mulher podem livremente "reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos". Sendo que compete ao cônjuge prejudicado e aos seus herdeiros demandar pelo dano causado nas hipóteses do artigo 1.642, III, IV e V, do CC. Expressa no artigo 1.646, por sua vez, está a determinação de que poderá reclamar pelo dano sofrido o terceiro prejudicado com a sentença favorável ao autor, tendo direito regressivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros.

Enfim, de acordo com os artigos 1.649 e 1.650 do CC, "a falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal" e "a decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros".

### 3.1.1 Regime da Comunhão Parcial

Caso os nubentes não escolham regime diverso no pacto antenupcial, ou se o regime adotado for nulo ou ineficaz, este será o regime estabelecido por lei. Este regime coloca que os bens adquiridos antes da celebração do casamento não serão considerados bens comuns entre os cônjuges. Sendo assim, ele institui a separação dos bens passados (que o cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto aos bens futuros (que virão a ser adquiridos durante o casamento).

Deste regime, então, decorrem três massas de bens: os comuns (pertencentes ao casal), os do marido e os da esposa. E, por assim ser, estes bens ficam classificados como incomunicáveis ou comunicáveis. Os primeiros são os que constituem o patrimônio particular de um dos cônjuges e estão previstos nos artigos 1.659 e 1.661 do CC, enquanto os segundos são os introduzidos na comunhão.

Os bens incomunicáveis não são apenas os adquiridos antes da celebração do casamento, mas também todo bem adquirido a título gratuito (por doação ou sucessão) e os sub-rogados em seu lugar, isto é, os bens contraídos pela alienação dos recebidos a título gratuito. O artigo 1.659 do CC, como já mencionado, estabelece que excluem-se da comunhão: "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; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes".

As responsabilidades pelos débitos provindos na constância do casamento é de ambos, e a administração do patrimônio comum compete a qualquer um deles. Dispõe o artigo 1.664 do CC que "os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal".

Este regime será considerado extinto, conforme prevê o artigo 1.571 do Código Civil, pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; ou pelo divórcio.

### **3.1.2 Regime da Comunhão Universal**

Neste regime resta instituído que todos os bens dos nubentes irão se comunicar após a celebração do casamento, independente de serem atuais ou futuros, e mesmo que adquiridos em nome de um único cônjuge, assim como as dívidas adquiridas antes do casamento.

Somente não se comunicarão os bens expressamente excluídos pela lei ou por convenção das partes no pacto antenupcial. Por ser considerado um regime convencional, deve ser expressamente firmado no pacto antenupcial, estando disciplinados entre os artigos 1667 e 1671 do Código Civil.

### **3.1.3 Regime da Separação Total de Bens**

Este regime se apresenta subdividido em duas modalidades, o da separação convencional de bens e o da separação obrigatória de bens.

No regime de separação obrigatória de bens, também chamada de separação legal de bens, em caso de divórcio, deve ser levado em consideração a regra pacificada pela Súmula 377 do STF, que diz: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", ou seja, os bens adquiridos durante a união devem ser divididos pelos cônjuges em caso de divórcio, aqueles adquiridos antes da união, pertencem exclusivamente àquele que o adquiriu. Há outros julgados, no entanto, que entendem que para que ocorra a divisão, deve ser provado o esforço comum, caso que deve ser proposta ação judicial para provar e requerer a divisão, cuja decisão final depende exclusivamente do Judiciário, e pelo que se vê, depende também da realidade de cada caso concreto.

A separação legal ou obrigatória independe do pacto antenupcial, posto que este regime é determinado por lei. O Código Civil, em seu artigo 1.641, estabelece que este regime é obrigatório no casamento:

- a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- b) da pessoa maior de setenta anos;
- c) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

São causas suspensivas da celebração do casamento, os incisos I a IV do artigo 1.523 do CC, que estabelece que não devem casar: o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez; o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

No caso do regime de separação de bens convencional (absoluta) cada cônjuge continua proprietário exclusivo de seus próprios bens, assim como mantem-se na integral administração destes, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, independente de ser o bem móvel ou imóvel.

De acordo com o artigo 1.688 do CC, "estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real". E, por fim, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em sentido contrário no pacto antenupcial.

De acordo com o artigo 1.668 do Código Civil, alguns bens são excluídos da comunhão:

- a) os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- b) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- c) as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- d) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- e) os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Os incisos V a VII do artigo 1.659 do CC, por sua vez, prescrevem que são excluídos da comunhão:

- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Importante salientar que os frutos dos bens incomunicáveis, quando percebidos ou vencidos na constância do casamento, comunicam-se. A administração dos bens comuns compete ao casal, enquanto a administração dos bens particulares compete ao cônjuge proprietário, exceto se convencionado de forma diversa no pacto antenupcial.

### **3.1.4 Regime de Participação Final nos Aquestos**

Prevê o artigo 1.672 do Código Civil que, "no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento". Sendo assim, conforme define Carlos Roberto Gonçalves, este regime "é misto: durante o casamento aplicam-se todas as regras da separação total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce da convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial".

Os bens que cada cônjuge possuía ao casar serão incluídos no patrimônio próprio, assim como os por ele adquiridos, a qualquer título, desde que na constância do

casamento. Cada cônjuge ficará responsável pela administração de seus bens e poderá aliená-los livremente, quando móveis. Caso ocorra a dissolução do casamento, deverá ser apurado o montante dos aquestos e excluir da soma dos patrimônios próprios dos cônjuges: os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e as dívidas relativas a esses bens.

Se os cônjuges adquiriram bens pelo trabalho conjunto, cada um terá direito a uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido. Não sendo de uso pessoal de um cônjuge, as coisas móveis serão presumidas do domínio do cônjuge devedor, em face de terceiros. Já os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome consta no registro.

Em respeito a um princípio de ordem pública, que não pode ser contrariado pela vontade das partes, o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial. Quando da dissolução do regime de bens por divórcio, o montante dos aquestos deverá ser verificado à data em que cessou a convivência.

Não sendo possível ou sendo inconveniente a divisão de tais bens, deverá ser calculado o valor de alguns ou de todos para que o cônjuge não-proprietário reponha em dinheiro. A ressalva desta disposição está no parágrafo único do artigo 1.685 do CC, o qual dispõe que "não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem".

Por fim, determina o artigo 1.686 do CC que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

### **3.2 Princípios que Disciplinam o Regime Patrimonial de Bens**

Princípio da autonomia privada: Como é notório, esse princípio, na visão contemporânea do Direito Privado, substitui o antigo princípio da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autoregular. Há liberdade na escolha do

regime de bens, conforme o art. 1639, caput do Código Civil: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver". Porém, é evidente que essa vontade não poderá estar viciada, sob pena de se reconhecer a nulidade ou anulabilidade do pacto antenupcial.

Princípio da indivisibilidade do regime de bens: Apesar de ser possível, de certa forma, a criação de outros regimes, que não estejam previstos em lei, não é possível fracionar os regimes de bens em relação aos cônjuges, ou seja, o regime é único para ambos.

Princípio da variedade de regime de bens: Como visto, a lei prevê quatro possibilidades de regime de bens aos nubentes, a possibilidade da combinação entre eles, e ainda, a possibilidade da convenção de um regime próprio pelos nubentes.

Princípio da mutabilidade justificada: Introduzido pelo Código Civil de 2002, possibilita a mudança do regime de bens pelo casal, mediante autorização judicial em ação de alteração do regime de bens.

## 4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Interessante se faz abordar, antes de se adentrar ao ponto nevrálgico do trabalho, o que vem a ser denominados princípios. O vocábulo princípio vem do latim “pricipium” que significa início, começo, origem das coisas (BONAVIDES, 1998). Entretanto, esse não é o sentido referente aos princípios constitucionais, já que nesta seara, os princípios são vistos como um mandamento, uma norma que é o cerne de um sistema.

Os princípios são normas jurídicas que resumem o conteúdo de normas gerais e, portanto, especificam conceitos em direções particulares. Sendo assim, os princípios constitucionais podem ser vistos como aqueles que dão embasamento aos valores fundamentais no ordenamento jurídico, ou seja, nos princípios constitucionais resumem-se os valores de todo nosso sistema jurídico.

Tal afirmação é alicerçada em Bastos (2000, apud MARCO, 2008, p. 03) quando este 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.

Diante disso, percebe-se que os princípios constitucionais são de extrema valia, já que se constituem como ápice do sistema jurídico, onde seu texto serve de critério para a elaboração de futuras normas. (MARCO, 2008).

Para Marco (2008) a doutrina expõe como exemplos de princípios no texto constitucional, dentre outros: o Estado de Direito, descrito no parágrafo único do art 1º da CR/88 sendo denominado princípio democrático; a soberania nacional,

princípio geral da soberania (CR/88, arts 1º, I e 4º); a dignidade da pessoa humana, art 1º da CR/88, III; a prevalência dos direitos humanos, art 4º da CR/88, II.

Assim, um princípio sempre está coligado a outros princípios e normas, que lhes dão equilíbrio e reafirmam sua importância.

Não obstante, a autora assegura que:

Os princípios são encontrados em todos os escalões do ordenamento jurídico, porém, os constitucionais são os mais importantes. A Constituição é documento jurídico que contém em seu texto princípios que encarnam valores supremos e superiores havidos na sociedade. São verdadeiros alicerces e proposições lógicas, na estruturação de um sistema constitucional. Assim, pode-se afirmar que o sistema jurídico necessita de princípios ou do valor que eles exprimem, com exemplo: liberdade, igualdade, dignidade, Estado de Direito (MARCO, 2008, p. 06).

Destarte, os princípios constitucionais podem ser entendidos como alicerces da sociedade, já que através deles e a partir dos mesmos é que são determinados os valores supremos de todo o ordenamento jurídico constitucional de um sistema.

Sendo assim, como o intuito do presente trabalho é questionar a imposição do regime de separação de bens aos idosos, a seguir serão tratados alguns princípios constitucionais que entendemos de suma relevância para conclusão do tema, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, como postulados que embasam a hipótese de inconstitucionalidade de tal preceito.

#### **4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição de 1988 não incluiu a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º, mas a considerou expressamente nos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do artigo 1º.

Sobre esse aspecto Tavares (2003, p. 405) determina que:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antiéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico), compartilhamos do entendimento de que, muito embora os

direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.

Contudo, sua relevância é determinada não só pela Carta Magna de 1988, mas também está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22:

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.

Assim sendo, o referido princípio estabelece que o homem deve ser respeitado como indivíduo, não podendo ser prejudicada sua existência, ou seja, o homem será sempre um fim e não um meio (objeto).

Nos dizeres de Tavares (2003, p. 406):

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.

Nesta seara, como pode o idoso ter reconhecido em sua pessoa o princípio da dignidade da pessoa humana, se ele ao menos pode decidir qual o regime que quer adotar em face do matrimônio? Essa realmente é uma indagação que em muito deixa incoerente o referido princípio, já que o Código Civil em seu artigo art. 1.641, inciso II, impõe tal despautério, ou seja, interfere desmedidamente na capacidade de escolha do idoso.

Sábias também são as palavras Serejo (1999, apud DAVES, 2006, p. 23) quando relata que:

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.

Defronte a isso, indubitavelmente pode-se afirmar que o princípio da dignidade humana abarca muitos outros, como o princípio da igualdade, os direitos da personalidade, envolvendo proteção à vida, liberdade, honra, integridade física e moral, etc.

Destarte, havendo normas que abalroam com esse princípio, estas serão tidas como derogadas ou inconstitucionais, já que o princípio da dignidade humana é o reconhecimento de que todos possuem qualidade morais que exigem respeito, definidoras que são de um ser único dentre todas as espécies.

## **4.2 Princípio da Igualdade**

A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (artigo 5º, caput).

Conforme manifesta Silva (2008, p. 212), no que tange ao conceito de igualdade:

O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram desiguais. Nesse caso a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igualdade natural ligada a hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta.

Diante dessas concepções, a Constituição brasileira trata da isonomia formal, dando ao legislador e ao executor do direito a obrigação do tratamento igualitário entre os indivíduos.

Como bem estabelece Tavares (2003, p. 413-414), entende-se, pois, “que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.

Para Moraes (2003, p. 181):

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas

provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Observa-se então, mediante tais preposições, que o princípio da igualdade constitui-se como pedra angular da democracia, posto que obriga o tratamento igualitário as pessoas, ou seja, não admite medidas arbitrárias, discriminações absurdas e o tratamento desigual a casos desiguais. Silva (2008, p. 213) parafraseando Aristóteles relata que este:

Vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

Para o autor supracitado, trata-se de justiça formal, que consiste em um princípio de ação onde os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma e, sendo assim, não haveria igualdade no pensamento de Aristóteles, mas um injustiça real, posto que não seria “injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; sê-lo-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente” (SILVA, 2008, p. 213).

Por sua vez, Tavares (2003, p. 414) também minuta sobre a regra de Aristóteles e diz que:

Segundo a clássica fórmula de Aristóteles, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Contudo, trata-se de regra hipotética que não satisfaz. E isto porque não é capaz de informar quando ou como distinguir os desiguais dos iguais. É preciso, portanto, encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais os elementos ou as situações de igualdade ou desigualdade que autorizam ou não, o tratamento igual ou desigual.

Já para Silva (2008, p. 215),

O princípio significa, para o legislador que ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.

Isto ocorre, uma vez que cabe ao legislador ser o destinatário principal, já que se este pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que deveriam ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inócuo.

De fato, para realmente ser posto em prática o Princípio da Igualdade, é imperioso se encontrar um elemento discriminador, que busque a proteção de certos desígnios, sendo que o princípio só será lesionado se o elemento discriminador não encontrar sua finalidade prevista pelo direito. Sobre isso Silva (2008, p. 216) relata que:

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais, sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Em conformidade com Araújo e Nunes Júnior (2002, *apud* DAVES 2006, p. 20), deve se analisar os seguintes aspectos para verificar se o princípio da igualdade está sendo aplicado corretamente:

O princípio da isonomia ver-se-á implementado, então, quando reconhecidos e harmonizados os seguintes elementos: - Fator adotado como critério discriminatório; - Correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada; - Afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional. Dessa maneira, nenhum elemento, em si, poderá ser tido como válido ou inválido para a verificação da isonomia.

Em outras palavras, Daves (2006, p. 20) elucida o ensinamento cima, dando como exemplo o seguinte caso:

A exigência de altura mínima de 1,5m para inscrição em concurso de advogado em uma Prefeitura, por exemplo, é claramente inconstitucional, pois o fator discriminatório adotado em nada se ajusta ao tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade entre os que têm altura maior ou menor. O mesmo critério, contudo, é absolutamente afinado com a isonomia se adotado em concurso para ingresso na carreira policial. Aqui, o porte físico é essencial ao bom desempenho das funções. Logo, não implica qualquer inconstitucionalidade.

Assim, pautando no princípio da igualdade, deve-se partir do patamar de que todos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios

albergados pelo ordenamento jurídico, vedando as diferenciações arbitrárias e as discriminações.

### 4.3 Princípio da Liberdade

O conceito de liberdade vem se tornando algo cada vez mais subjetivo na conjectura moderna. Pode-se perceber que mesmo a liberdade sendo um paradigma a ser alcançado pelos sujeitos, nota-se que sua substancia está envolta a diversas ações e planos praticados na atualidade.

Frente a tais pressupostos, observa-se que o conceito de liberdade aparece como certa obrigação nas relações sociais e pessoais dos indivíduos contemporâneos. O ideal é ser livre, todavia, esta liberdade implica em escolhas e, para que essas escolhas ocorram, é necessário que sejam dispostas alternativas para que os sujeitos consigam ponderar suas opções.

Neste sentido, de acordo com Silva (2008, p. 233).

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

Dessa forma, diante dessa conceituação, é possível encontrar todos os elementos objetivos e subjetivos cogentes à ideia de liberdade, ou seja:

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 (SILVA, 2008, p. 233).

Portanto, a construção desse processo está fortemente arraigada no comportamento que cada indivíduo assume diante de tais aspectos. Neste âmbito, o ser possui inteira responsabilidade por aquilo que ele é, e esta responsabilidade, indubitavelmente é um requisito atinente a liberdade.

No que concerne ao direito positivo, este tem como interesse cuidar somente da liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar), e é por isso que se costuma falar em liberdades no plural, distinguidas por cinco grandes grupos:

Liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);  
Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);  
Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião de, de associação);  
Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);  
Liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) (SILVA, 2008, p. 235).

Entretanto, a liberdade considerada matriz é aquela decorrente do art. 5º, II, da Constituição, a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Na verdade, trata-se de dizer que todos tem liberdade para fazer ou não fazer o que quiser, salvo quando a lei determine o contrário. Além do mais, segundo explana Silva (2008, p. 235):

A extensão dessa liberdade, fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. Se se considerar a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco. Não é esse, porém, o sentido da palavra lei. Como vimos a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa origem, traduzido no ordenamento jurídico.

O fato é que, a questão se resume na legalidade do sistema coativo do ordenamento jurídico, ou seja, desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa seja legítima. Assim como o legislativo é formado pelo consentimento popular, processo que é estabelecido em constituição que também é emanada pela soberania do povo, a liberdade não estará comprometida.

Mediante a isso, a liberdade deve ser aquela que coincida com os pressupostos afixados pela Constituição em vigor, já que a mesma é que dá legitimidade a liberdade, harmonizando-se com ela. Em suma, em dúvida sempre se prevalecerá a liberdade, posto que é o direito que não se restringe por suposições ou arbítrios que o vigora (SILVA, 2008).

## **5 A IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS FACE AO REGRAMENTO PÁTRIO E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Numerosas foram as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, especialmente as relativas à autonomia da vontade dos nubentes quanto a escolha do regime de bens. Entretanto, conforme fundamentado, o objeto central deste estudo concentrou-se na norma esculpida no artigo 1.641, inciso II, que prevê a separação de bens aos maiores de setenta anos.

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo VII, aborda em apenas um artigo, sobre as pessoas idosas. Este dispositivo prevê 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 à vida (artigo 230, caput).

A Lei nº 10.741/2003, que instituiu O Estatuto do Idoso, conforme já aludido, prevê de forma exaustiva garantias que fazem com que as pessoas idosas devam-se sentir inseridas na sociedade. Deste modo o Estatuto, é um instrumento utilizado para atender aos anseios dos idosos, vez que nos seus 118 artigos, exhibe uma série de direitos e garantias fundamentais, reconhecendo as necessidades dos mesmos, e estabelecendo obrigações ao Estado.

Segundo estabelece, em seu artigo 2º:

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.

Ocorre que, é notória a obviedade de que a idade não é critério de aplicação dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, em especial, em seu artigo 5º.

No entanto, na questão da escolha do regime de bens, o idoso não é respeitado, conforme predispõe os dois ordenamentos jurídicos, o que fere a Constituição Federal. Eis o que relata Carvalho Jr (2003, p. 10) 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?

Percebe-se, portanto, o desrespeito de princípios constitucionais, sobretudo os tratados alhures, como o da dignidade e o da liberdade. No que diz respeito ao primeiro, o impedimento da escolha do regime de bens aos idosos pressupõe a incapacidade desse indivíduo em optar por aquilo que mais lhe aprouver quando do casamento, o que, por conseguinte, também o discrimina em relação a outros indivíduos, unicamente por não terem alcançado 70 anos.

No que concerne a dignidade humana, o art. 230, caput, da Lei Maior de 1988, também destaca este princípio ao dizer que os indivíduos acima de 70 anos fazem jus a uma vida digna e não devem ser esquecidas à margem da inclusão social.

Não obstante, o presente ensinamento nos mostra que mesmo não estando em seu bojo, a referida lei parece ter deixado transparecer em suas entrelinhas que o indivíduo maior de setenta anos não possui racionalidade suficiente para decidir qual o regime de bens que melhor se enquadra nessa sua nova fase de vida.

Ainda sobre esse aspecto Moreira (2007, p. 21) explana que:

A lei, ao determinar uma regra fixa, talha a vontade da pessoa, mas não considera que o desejo de estabelecer uma comunhão de vida permeada pelo amor e ajuda mútua é inerente à maior parte dos seres humanos e independe da idade. Por isso, muitos idosos, viúvos, separados, divorciados ou solteiros querem refazer sua vida e encontrar um novo companheiro, dando uma nova chance ao amor. O inciso II do artigo 1641 do nosso código parece dificultar o direito a vida que preconiza o artigo 230 da Constituição Federal.

Concordando com isso Madaleno (2005, apud MOREIRA, 2007, p. 22) também reafirma a tese de que impor a separação de bens aos indivíduos maiores de setenta anos fere os princípios elementares de Direito Constitucional:

Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou idade, como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

Na mesma linha, Rodrigues (2002, p. 182) declara que esta imposição fere a liberdade individual. Em suas palavras:

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 septuagésimo ou uma septuagésima, ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Sendo assim, observamos que nesses casos, não haverá atendimento ao princípio da autonomia privada, haja vista que em meio a um teor protetivo, ocorre a violação do princípio da liberdade.

Igualmente é ferido nestes casos, o princípio da igualdade, ao associar a imposição do regime à idade predeterminada, sem verificação de qualquer outro requisito de sanidade mental. Nesse sentido, pondera Carvalho Jr (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 70 (setenta) 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 aprouver, quando, à toda evidência, falta-lhe, em regra, a exata compreensão da gravidade de tal escolha.

Na verdade, tal protecionismo exagerado, dá a entender que a experiência de vida passou a ser sinônimo de fragilidade, ou ainda, de seres indefesos que se constituem em presas fáceis para pessoas de má índole. Além do mais, a privação da escolha do regime mostra uma evidente presunção de incapacidade desses indivíduos, como se a idade fosse elemento único de incapacidade, o que não tem respaldo, nem legal, nem biológico.

Corroborando com a opinião acima, Moreira (2007, p. 23) diz que:

Tenha-se claro que a incapacidade não é resultado apenas da idade avançada e sim de vários outros fatores físicos ou psíquicos que impedem o bom discernimento. O mundo inteiro nos presenteia com personalidades famosas que se destacam e são fontes de inspiração nas atividades artísticas, políticas e intelectuais que já ultrapassaram os 70 ou os 80 anos e conservam admirável aptidão mental e física. Há ainda aqueles que só se consagraram quando mais velhos. É o caso de muitos governantes, artistas, escritores e atores. Não há bom senso em impedir-lhes de decidir livremente sobre o regime de bens dos seus casamentos.

Para Smarandescu (2008, p. 01):

No que tange ao regime de separação obrigatória para os maiores de setenta anos de idade, é clara e evidente a ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o idoso é uma pessoa como qualquer outra, um sujeito de direitos e de deveres, como qualquer cidadão normal. Sua simples condição de atingir um determinado limite de idade não é motivo suficiente para que determinados direitos lhes sejam podados, como a privação da escolha do regime de bens. A isonomia prevista pela Carta Magna estende-se a todos os brasileiros, protegendo-os de discriminações de sexo, idade, cor, raça, religião, dentre muitas outras. Direcionando-se para a Lei mais específica, disciplina o Estatuto do Idoso, em seu art. 2º, que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...]”; e reza o art. 4º que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação [...]”.

Igualmente Maria Berenice Dias (2007, p. 02), sobre a questão da isonomia evidencia que:

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência onde o interditando é interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa.

O que verdadeiramente faz o Código Civil de 2002 ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, é criar uma norma restritiva de direitos, que presume, indevidamente, a incapacidade dessas pessoas em virtude da idade.

Diante disso, Moreira (2007, p. 20) faz o seguinte questionamento, respondendo-o a seguir:

Mas será que essa imposição legal condiz com a realidade do nosso tempo e encontra respaldo nos valores da nossa sociedade? Note-se que a imposição do regime de separação obrigatória de bens ao maior de setenta anos parte de premissas falsas ao presumir que o casamento se dará entre pessoas de idade muito diversas, por provável interesse econômico e que

não haverá esforço mútuo para aquisição e preservação do patrimônio do casal. 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.

Noutros termos, é preciso que os ordenamentos legais também acompanhem a dinamicidade das relações familiares, para que desta forma se respeite os direitos individuais e coletivos da sociedade contemporânea.

Todavia, apesar de vários serem os doutrinadores que são contra a imposição do Código Civil, asseverando dentre suas premissas, que o dispositivo fere princípios constitucionais, como os aqui tratados detalhadamente (igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana), como muitos outros que também podem ser atraídos para o debate (igualdade jurídica, da intimidade e da garantia do justo processo legal, etc), preciso dizer que há entendimento contrário.

Defensores do dispositivo civilista que impõe o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, entendem o risco que um casamento precipitado pode trazer ao idoso. Colocam que a norma, ao restringir o direito de escolha do regime de bens que vigorará o casamento celebrado com pessoas com mais de 70 anos, visa proteger os idosos, seu patrimônio e sua família, evitando casos de interesse em se casar apenas pela questão financeira - o famoso “golpe do baú”- frequentes no Brasil, para esses defensores da lei. Sustentam que os idosos têm um entendimento um pouco mais comprometido nessa fase da vida, e que outras pessoas podem se aproximar e, com má fé, se aproveitar dessa condição, sem que percebam.

Existe, também, aqueles que defendem a ideia de que cada caso merece ser estudado de forma separada. Assim, a possibilidade ou não de escolha do regime de bens estaria condicionada à saúde mental dos nubentes no momento que optarem pelo matrimônio, devendo o parecer ser solicitado a um profissional devidamente qualificado.

Dessa maneira, haveria casos em que os idosos poderiam ter autonomia suficiente para escolher o regime que julgar conveniente, caso seja comprovado sua total

capacidade, como também haveria casos contrários, onde os estudos comprovem uma relativa incapacidade no discernimento por parte do noivo.

Também na jurisprudência encontramos divergências, conforme se vê respectivamente dos dois julgados que seguem:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DIFERENÇAS DE REAJUSTES DE VENCIMENTOS. REQUERIMENTO DE HABILITAÇÃO DE VIÚVA. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. BEM ORIUNDO DE DIREITO PRÉ-EXISTENTE AO CASAMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO À MEAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA NÃO TERATOLÓGICA. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. - Cuida-se de agravo de instrumento, alvejando decisão que, nos autos de execução de título judicial, indeferiu pedido de habilitação requerido pela ora agravante, com base nos artigos 1.056, II e 1.060, I, do CPC, sob o fundamento de que, tendo sido a mesma “casada com o falecido [...], sob o regime da separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1641, II, do Código Civil, a mesma não concorre com os descendentes, na forma do art. 1829, I, do C.C.”, bem como de que “a “meação” requerida pela embargante se daria tão somente em relação aos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento” e “o bem sobre o qual recai a pretensão [...] nos presentes autos não se enquadra no conceito de aquesto, eis que oriundo de direito pré-existente ao casamento”.

- A Douta Magistrada de primeiro grau, enquanto presidente do processo, e por estar mais próxima da realidade versada nos autos, detém melhores condições para avaliar o conjunto fático e probatório que lastreiam a presente demanda, neste momento processual. - O Superior Tribunal de Justiça, examinando a matéria em comento, já exarou manifestação no sentido de que “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens” e de que “apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF”. - Segundo entendimento desta Egrégia Corte, apenas em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a Lei ou com a orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste Tribunal, seria justificável sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de instrumento. Precedentes do TRF da 2ª Região. - Recurso desprovido.

TRF-2 - AG: 201202010190658 RJ, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 24/09/2014, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 03/10/2014. (BRASIL. Tribunal Federal do Rio de Janeiro, 15ª Vara, 2014).

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA **INCONSTITUCIONAL** - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER

PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916 , QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES **SEXAGENÁRIOS** E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261 , APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O **CASAMENTO** É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE [...]. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2011).

No que pese os entendimentos contrários, continuamos a fazer coro dentre aqueles que sustentam que o dispositivo padece de inconstitucionalidade, pois cria uma interdição velada afrontando o Princípio da Isonomia. Não se pode justificar que o objetivo do dispositivo seja “evitar o golpe do baú”, pois sob o pálio de se evitar o “golpe do baú”, o dispositivo protegeria uma parcela mínima da população e prejudicaria tantos outros, o que dá à norma uma interpretação completamente elitista.

Por outro lado, observa-se, ainda, que a legislação em vigor estaria também, nesse sentido, a privilegiar a união estável dos maiores de 70 anos, já que nesse caso, à mercê de previsão igualmente contrária, haveria a possibilidade de vigorar o regime de comunhão parcial de bens. Desta forma, o referido ordenamento, de certa forma, “pune” o casamento civil para os maiores de setenta anos.

Neste sentido, cabe mencionar o relato de Moreira (2008, p. 25):

A imposição contida na lei infraconstitucional contrasta com os mais preciosos princípios constitucionais como a igualdade, a liberdade, a isonomia, a segurança ou ainda a razoabilidade, pois mesmo tendo atendidos todos os requisitos formais de sua elaboração, padece de vício material de constitucionalidade. Todos eles são objetivos fundamentais da Carta de 1988 e têm sua eficácia ameaçada diante da restrição do inciso II do artigo 1641 do Código Civil. Estamos diante da necessidade de

concretizar os valores fundamentais com base nos instrumentos jurídicos que nosso ordenamento possui.

E ainda completando:

A proteção, a realização e o desenvolvimento da família não fazem sentido se em detrimento da pessoa humana, pois não há família protegida, realizada e desenvolvida se um de seus entes não está protegido, realizado e se desenvolvendo dentro e fora do núcleo familiar. A família que se forma sem que os cônjuges possam escolher o regime de bens está desprotegida, sofrerá constrangimento ao se realizar e poderá ter seu desenvolvimento prejudicado. A hermenêutica atual não admite que a lei interfira na vontade individual em busca de proteção ao patrimônio. Tratar os maiores de setenta anos como incapazes, impondo-lhes uma forma de casamento obrigatória, não é viável em uma sociedade na qual o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida para a aplicação do Direito de Família. O inciso II do artigo 1641 espizinha e agride a dignidade da pessoa humana (MOREIRA, 2008, p. 26).

Além do mais, outra incoerência irrefutável destacada por parte da doutrina, em relação ao inciso II, do art.1.641, do Código Civil, mas que diante da redação presente ainda dá margem para posicionamentos contrários, seria no sentido de que no regime de separação obrigatória de bens a separação é limitada, ainda que imposta a separação, a mesma só poderia ocorrer em relação bens presentes, sendo que aqueles contraídos com esforço de ambos os cônjuges se comunicariam. É nesta seara o posicionamento de Gomes (2002, p. 203):

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.

Diniz (2002, p. 170) também comenta a respeito 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.

Consequentemente, nota-se que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil é repleto de inconstitucionalidade e, para afiançar tal medida, há a edição da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que consagra que os aquestos adquiridos na constância do casamento se comunicam aos consortes. Se não fosse o caso, existiria enriquecimento ilícito por parte do cônjuge que detém a titularidade dos bens, adquiridos pelos consortes (DAVES, 2006).

Conforme Daves (2006, p. 58):

Observamos que é flagrante a desproporção entre o objetivo que o legislador quis tutelar e o resultado apresentado, restringindo por completo a autonomia dos maiores de setenta anos. Desta maneira, a restrição não compreende a finalidade buscada pelo direito, pois é abusiva e atentatória à liberdade do indivíduo.

Deste modo, quando os direitos individuais não são respeitados pelo Estado, por meio de sua interferência abusiva, haverá sempre uma situação que não condiz com os valores cabais que cada ser possui dentro de si e que, em no nosso país, foram concretizados Lei Maior de 1988.

Sobre isso Moreira (2008, p. 27) determina que:

Quando a autonomia de vontade é injustamente restringida por uma aparente proteção, estamos diante de uma situação descabida que a hermenêutica não mais tolera na aplicação do direito de família contemporâneo.

Mediante o que foi exposto, é preciso que toda análise do Direito seja feita sob a égide da Constituição Federal, haja vista a inserção de grande parte do Código Civil nesta, e sendo assim qualquer ordenamento que não possuiu um enlace com nossa Lei Maior, estará fadado a inconstitucionalidade, por isso é necessário nesse caso uma redefinição do Direito Civil à luz da Constituição.

Definitivamente, ir de encontro à ilação acima, significa contrariar todos os dispositivos e bases legais tratados, como também outras normas específicas.

Neste sentido, sabemos que os maiores de 70 anos, nos dias atuais, podem continuar trabalhando como magistrados, servidores do Executivo, Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunais de Contas, e até policiais, como proposto na PEC da bengala que cria uma nova idade limite para a aposentadoria dos servidores públicos. Antes, os servidores eram obrigados a se aposentar aos 70 anos e agora podem permanecer por mais cinco anos, até os 75 anos.

Ora como apresentado pelo relator do projeto no Senado, senador Lindbergh Farias (PT-RJ), a extensão da idade limite está de acordo com a realidade atual, na qual os trabalhadores têm plenas condições de trabalhar por mais tempo. Sabemos que o

maior de 70 anos tem direitos plenos para se candidatar para Presidência do País, e se eleito gerir toda uma nação, por que não haveria de poder gerir sua própria vida, podendo dispor de seu patrimônio do modo que melhor lhe aprouver e ser de sua livre escolha o regime de bens de seu casamento?

Assim, após vasta análise, não se olvida que é preciso que tal dispositivo seja rechaçado da legislação brasileira, sendo reconhecida sua inconstitucionalidade, vez que, quando a legislação civil é claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior a ela, como no caso em tela. 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.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste estudo, percebe-se que o legislador pátrio, quando da regulamentação dos regimes de bens, pretendeu estimular a autonomia da vontade das partes. Por ser matéria de caráter patrimonial (e, por isso mesmo, disponível), agiu bem o legislador ao deixar às partes a estipulação daquilo que mais lhes agrada (desde que respeitados os princípios de ordem pública e algumas determinações legais).

Nesse viés, a atitude legislativa no sentido de uma menor intervenção no âmbito familiar é louvável, permitindo que os casamentos sejam resolvidos financeiramente pelos próprios cônjuges com a mínima intervenção de poderes externos.

Por outro lado, fica claro que em muitas oportunidades o Estado invade a vida íntima dos cônjuges, contrariando o mínimo intervencionismo que deveria existir nessa seara.

Nesse aspecto, a obrigatoriedade atribuída ao regime de casamento da separação de bens àqueles maiores de 70 anos, torna a lei infraconstitucional, já que oposta aos mais importantes princípios constitucionais como o da igualdade, da liberdade, da isonomia, da segurança, da dignidade da pessoa humana, pois mesmo tendo atendido a todos os requisitos formais de sua elaboração, padece de vício material de constitucionalidade.

Os princípios são objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e têm, nesse particular, sua eficácia ameaçada pelo comando do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, o que não pode prevalecer.

E, como sabido, o processo de interpretação constitucional deve ser informado por princípios que contêm a síntese dos valores mais relevantes de uma ordem jurídica, princípios estes que possuem as decisões políticas fundamentais e que dão unidade ao sistema constitucional.

De tal modo, princípios possuem função determinante no ordenamento jurídico e político considerado de forma singular, sendo que a ordem principiológica, uma vez constitucionalizada, serve como base normativa para o surgimento da edificação normativa.

Assim, estando no completo exercício de sua capacidade civil, indiferente de ter alcançado 70 anos, o indivíduo está apto a gerir sua própria vida sem que o Estado lhes imponha determinação legal sobre suas decisões com argumentos de lhes proporcionar proteção e segurança.

O dispositivo normativo que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não está a contemplar as mudanças que ocorreram nos últimos tempos na órbita social, exigindo dos civilistas uma novel postura metodológica, que torna imprescindível realizar toda e qualquer interpretação do Direito Civil em uma perspectiva dialética com o ordenamento Constitucional.

Deste modo, diante das considerações apresentadas, comungamos do entendimento de total inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil, devendo tal ser urgentemente reconhecida frente à necessidade de concretizar os valores fundamentais com base nas ferramentas jurídicas que nosso ordenamento possui.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. Disponível em: <<https://www.Jus Navigandi>, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002>. Acesso em: 17 de julho de 2015.

ANGHER, Anne Joyce. **VadeMecum**. São Paulo: Editora Rideel, 2011.

BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. Campinas: Red Livros, 2001.

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

\_\_\_\_\_. **Declaração de Brasília sobre envelhecimento**. Seminário Internacional, 1 a 3 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/nates/files/2009/12/Envelhecimento.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. **Estatuto do idoso**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/relatorios/destaques>>. Acesso em 18 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc>>. Acesso em: 20 set 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro, 8ª Turma. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160017039/agravo-de-instrumento-ag-201202010190658-rj>>. Acesso em: 20 set 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. **O idoso e o direito de família**. Disponível em: <[www.pailegal.net/forum/viewtopic.php](http://www.pailegal.net/forum/viewtopic.php)>. Acesso em 18 de julho de 2015.

DAVES, Aracelli Mendonça. **A (in) constitucionalidade do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos.** Monografia. São Paulo: Faculdades Integradas de Presidente prudente, 2006.

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

DEBERT, G.G. (orgs.) **Velhice e sociedade.** São Paulo: Papirus, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito.** São Paulo: Líder, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Art. 1641: inconstitucionais limitações ao direito de amar.**

Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_-\\_art.\\_1641\\_-\\_inconstitucionais\\_limita%E7%F5es\\_ao\\_direito\\_de\\_amar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_art._1641_-_inconstitucionais_limita%E7%F5es_ao_direito_de_amar.pdf)>. Acesso em 18 de julho de 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 5. 19 ed. Rev., Aum. e Atual. De acordo com o novo código civil e o projeto de lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARI, M.A.C., 1999. **O envelhecer no Brasil.** São Paulo: Mundo da Saúde, 1999.

FERREIRA, A.B. de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FONSECA, Vitor da. **Psicomotricidade: filogênese, ontogênese e retrogênese.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIRA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares**. In Vicente Barreto (org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de direito civil**. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZO, Giovana Z.; LOPES, Marize A.; BENEDETTI, Tânia B. **Atividade física e o idoso: concepção gerontológica**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MARCO, Carla Fernanda. **Dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://www.politano.com.br/publicacoes.aspx?id=978>> . Acesso em: 18 de julho de 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987.

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.

MOREIRA, Bianca Medran. **O artigo 1.641, inciso II, do código civil interpretado em face da normatividade constitucional pátria**. Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/bianca\\_medran.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/bianca_medran.pdf). Acesso em 18 de julho de 2015.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NÉRI, A.L.; CACHIONI, M. **Velhice bem-sucedida e educação**. In: NÉRI, A.L.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada**. Curitiba: Juruá. 2007.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família. Uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. Vol. V. 14ª ed. São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tribuna Federal, 2004.

PERES, Simone Borges. **Filiação Afetiva**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus>>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

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

SAAD, P.M. **Tendências e consequências do envelhecimento populacional no Brasil**. In: SEADE, Informe demográfico. A população idosa e o apoio familiar. São Paulo: Fundação Estadual de Análise de Dados, 1991.

SANTANA, Christiane M. **Aspectos Clínicos na Prática Geriátrica**. In: PEREIRA, Carlos U; ANDRADE FILHO, A. de S. Neurogeriatria. Rio de Janeiro: Revinter, 2001.

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

SMARANDESCU, Juliana. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos como ofensa ao princípio da isonomia**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-obrigatoria-de-bens-para-os-maiores-de-sessenta-anos-como-ofensa-ao-principio-da-isonomia/12706/>. Acesso em 28 de agosto de 2015.

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

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

\_\_\_\_\_. **Direito civil**. Vol. VI. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

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

ZIMERMANN, Guitte I. **Dificuldades da família com o velho**. In: Velhice: aspectos biopsicossociais. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.