

KAMILLA VIEIRA OLIVEIRA NETA

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O  
CASAMENTO DO SEPTUAGENÁRIO**

TEÓFILO OTONI – MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2015

KAMILLA VIEIRA OLIVEIRA NETA

**O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O  
CASAMENTO DO SEPTUAGENÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das  
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Professora Orientadora: Maria Beatriz Cunha  
Cicci Neves.

TEÓFILO OTONI – MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2015



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO  
*Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC*

## FOLHA DE APROVAÇÃO

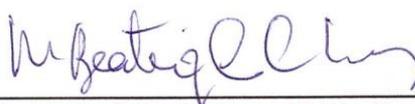
A monografia intitulada: *O regime de Separação Obrigatória de Bens para o casamento do Septuagenário,*

elaborada pela aluna Kamilla Vieira Oliveira Neta,

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Teófilo Otoni, 24 de novembro de 2015

  
\_\_\_\_\_  
Professora Orientadora: Maria Beatriz da Cunha Cicci Neves

  
\_\_\_\_\_  
Professora Examinadora: Helen Karina Amador Campos

  
\_\_\_\_\_  
Professora Examinadora: Kátia Neiva Rodrigues da Costa

## **AGRADECIMENTO**

À Deus, Pai de infinita misericórdia em minha vida por sua imensa bondade e proteção ao me conduzir a realização de mais um sonho.

Aos meus pais Antônio e Clemilda, pessoas a quem serei eternamente grata por terem me ajudado a alcançar o meu objetivo e terem confiado em minha dedicação.

Aos Mestres que me conduziram durante essa árdua caminhada, cujos agradecimentos serão eternos pelos ensinamentos concedidos.

À querida professora e orientadora desta monografia Dra. Maria Beatriz Cunha Cicci Neves, por ter aceitado o meu convite e me ajudado a chegar aqui, mesmo diante dos meus deslizes e das minhas dificuldades, por quem sempre terei muito respeito, admiração e gratidão.

À Eddie Alisson Pereira Pincer, que mesmo preocupado com os seus deveres sempre abdicou dos seus compromissos para me auxiliar.

À todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram e me guiaram, sempre norteando meu caminho com exemplos e ensinamentos. Meu muito obrigada!

À minha querida tia Maria Dos Anjos  
Batista Sucupira que sempre me apoiou e  
me deu força, acreditando em mim até  
mesmo quando eu duvidei.

“Que darei eu ao Senhor, por todos os  
benefícios que me tem feito?”

Salmos 116:12

## RESUMO

A presente monografia tem como título o Regime de Separação Obrigatória de bens para o casamento do septuagenário e a área de concentração desta obra é o Direito Civil. A escolha do tema faz-se presente diante da inconstitucionalidade da cláusula de imposição elencada no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002, por ser inconstitucional perante aos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988. Esta monografia apresenta caráter explicativo, no intuito de evidenciar as características e discussões acerca da inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário, sendo realizada, sobretudo por meio de revisão bibliográfica de autores que estudam e analisam o tema em questão, sendo, por consequência, uma pesquisa teórico-dogmática. No campo da interdisciplinaridade verificar-se-á o cruzamento de várias informações envolvendo o campo da Sociologia (nas suas relações sociais) e do direito propriamente dito. No tocante à transdisciplinaridade, o tema do regime de separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário envolverá os campos do Direito Civil e do Direito Constitucional, pois, o contexto enfrenta os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, tanto quanto, as regras do Estatuto do Idoso em detrimento das pessoas afetadas, apontando ao final as possíveis soluções para a resolução do problema estudado.

**Palavras-chave:** Septuagenários; Casamento; Inconstitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO IDOSO NO CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>12</b>
1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	15
1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana .....	16
1.1.2 O princípio da liberdade .....	17
1.1.3 O princípio da igualdade.....	17
1.2 OS PRINCÍPIOS QUE IMPERAM O DIREITO DE FAMÍLIA .....	18
1.2.1 O princípio da afetividade.....	19
1.2.2 O princípio da solidariedade familiar.....	20
1.2.3 O princípio da função social da família .....	21
<b>2 OS REGIMES DE BENS</b> .....	<b>23</b>
2.1 O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS .....	24
2.2 O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS .....	25
2.3 O REGIME DE SEPARAÇÃO FINAL NOS AQUÊSOS.....	26
2.4 O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS .....	28
2.5 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	29
2.5.1 O casamento do septuagenário .....	30
2.5.2 A alteração do regime de separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário diante da lei 12.344/2010 .....	32
<b>3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O CASAMENTO DOS SEPTUAGNÁRIOS E A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>35</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>41</b>

## INTRODUÇÃO

Esta monografia apresentada tem como título o Regime de Separação Obrigatória de bens para o casamento do septuagenário e a área de concentração desta obra é o Direito Civil.

O Código Civil brasileiro apresenta como regra geral, a total liberdade de escolha pertinente ao regime de bens que irá imperar as relações patrimoniais advindas do matrimônio. Todavia, em caráter excepcional é imposto o regime de separação obrigatória de bens aos nubentes nas hipóteses em que o legislador julga imprudente a realização do enlace, destacando-se entre elas a que se refere ao septuagenário, uma vez que impõe um regime com fundamentos apenas na idade de um dos cônjuges.

Esta causa de imposição no regime de separação obrigatória de bens tem sofrido muitas críticas pelos doutrinadores, por ferir diretamente alguns princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade; a discriminação do idoso e a restrição à capacidade civil de pessoa absolutamente capaz.

Embora o casamento não deva apresentar conteúdo econômico direto, deve-se admitir que dele resultasse efeitos patrimoniais, considerando-se que os cônjuges concorrem obrigatoriamente para o sustento do lar. Por essa ótica, revela-se necessária a existência de um regime de bens para regular as relações patrimoniais derivadas do enlace.

O regime de bens pode ser enxergado como um resultado legítimo do casamento, pela qual se assegura as formas de colaboração de cada um dos cônjuges para o amparo da família, da mesma maneira que estabelece o domínio e o gerenciamento dos bens trazidos antes do casamento e daqueles percebidos após

a sua celebração, sendo nulo, pois, o matrimônio sem um regime patrimonial estabelecido.

A partir do artigo 1639 estão esculpidos os regimes de bens, estando dentre eles o da separação obrigatória de bens que se encontra elencado no artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

O objetivo desta monografia é averiguar o regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de 70 (setenta anos), previsto no inciso II do aludido artigo, apontando sua inconstitucionalidade por ferir os referidos princípios fundamentais da carta magna de 1988.

Esta monografia demonstra através de pesquisas doutrinárias, bem como, por estudos voltados para as pessoas maiores de setenta anos, que o artigo 1641, inciso II, do Código Civil não é somente inconstitucional, mas também comprova que a sua redação fere outras legislações como o Estatuto do idoso. Analisando as críticas elaboradas pelas correntes doutrinárias, em consonância com as análises apresentadas diante do tema. Relacionando ainda os efeitos de tal causa de impedimento no aspecto familiar.

A pesquisa apresenta caráter explicativo, no intuito de evidenciar as características e discussões acerca da inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário, sendo realizada, sobretudo por meio de revisão bibliográfica de autores que estudam e analisam o tema em questão, sendo, por consequência, uma pesquisa teórico-dogmática.

No campo da interdisciplinaridade verificar-se-á o cruzamento de várias informações envolvendo o campo da Sociologia (nas suas relações sociais) e do direito propriamente dito. No tocante à transdisciplinaridade, o tema do regime de separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário envolverá os campos do Direito Civil e do Direito Constitucional, pois, o contexto enfrenta os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, tanto quanto, as regras do Estatuto do Idoso em detrimento das pessoas afetadas.

Esta monografia tem como escopo analisar a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário, tendo sido dividida em três capítulos, sendo o primeiro para tratar da interpretação constitucional do direito do idoso no código civil, abordando os princípios constitucionais disposto na carta magna de 1988, bem como os princípios que imperam o direito de família brasileiro. O segundo capítulo trata sobre os regimes de

bens que regem as relações patrimoniais, explicando cada um deles e finalizando com o terceiro capítulo que aborda a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para o casamento dos septuagenários apresentando possíveis soluções para a resolução do problema apontado.

## **1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO IDOSO NO CÓDIGO CIVIL**

A Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, bem como o Estatuto do Idoso apresentam nos dias atuais uma síntese de que envelhecer é evento do tempo e da natureza humana. Logo em seus artigos iniciais a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os princípios fundamentais que regem a vida dos indivíduos brasileiros, tendo o idoso a garantia dos seus direitos, bem como a proteção das discriminações por eles sofridas.

Ressalte-se que a atenção voltada para o idoso com o advento da Constituição Federal de 1988 é algo novo, o idoso caracterizado a partir da lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso, como aquele que possui 60(sessenta) anos de idade ou mais, nem sempre teve os seus direitos garantidos. Em meados do século XIX os idosos eram vistos como pessoas submissas não tendo a garantia dos seus direitos sociais, o que veio apresentando transformações significativas com advento das Constituições Brasileiras.

Em 1824 surge a primeira Constituição Brasileira, imposta por Dom Pedro I, conhecida como Constituição da mandioca, era monárquica, hereditária e constitucional, e em nenhuma parte do seu texto dispôs nenhum artigo que se lembrasse da proteção ao idoso, nem mesmo indiretamente.

Em 1891 entra em vigor a segunda Constituição Brasileira, desta vez promulgada, tendo como característica o Federalismo e o estado laico. Adotando nesta Constituição um modelo externo, norte-americano, houve a tripartição dos Poderes, sendo extinto o poder moderador.

Com o surgimento da nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 1934, surge a inserção da democracia social, sendo traçada uma nova ordem

econômica social no país, foi dado às mulheres o direito de voto e introduzido o voto secreto. Com esta Constituição foi criada a Justiça do trabalho e as leis trabalhista, houve a garantia de assistência previdenciária nas relações trabalhista, salvaguardando essa assistência inclusive aos idosos, que pela primeira vez foram lembrados nas leis do país.

Em 1937 surge a Constituição conhecida como Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas, seu texto não apresentava divergência em relação aos direitos conquistados pelos idosos na Constituição de 1934, nesta foram abolidos os partidos políticos e a liberdade de imprensa, esta Constituição foi apelidada de “polaca”.

Com a queda de Getúlio Vargas, iniciou-se um processo de redemocratização, fazendo-se necessária uma nova ordem constitucional, daí então surge a Constituição de 1946, promulgada, trazendo de volta o ideal democrático instituído na Constituição de 1934, não apresentando nenhuma nova abordagem ao idoso. O parlamentarismo foi implantado através da emenda de 1961, e após a realização de um plebiscito os brasileiros optaram pela volta do presidencialismo em 1962.

No ano de 1967 houve a implementação de uma nova Constituição da República Federativa do Brasil em 24 de janeiro, entrando em vigor apenas em 15 de Março quando Costa e Silva assume a presidência. A forma federalista foi mantida, havendo uma expansão da União, sofrendo ao todo vinte e sete emendas até a promulgação da Constituição de 1988.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, conhecida como Constituição Cidadã por instituir em seus artigos direitos e garantias fundamentais a todos sem nenhuma distinção, tendo a participação popular, tratando com relevância merecida os direitos sociais.

A nova Constituição trouxe em seu texto a demonstração da preocupação do legislador com o idoso, quando em seu artigo 3º apontou, dentre as formas de discriminação existentes, a enfrentada pelos idosos, garantindo a eles todos os direitos inerentes aos brasileiros.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;

- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O Brasil, um país que apresentava uma população mais jovem nas décadas passadas, e contava com a baixa expectativa de vida dos seus indivíduos, esta vivenciando uma mudança na realidade atual com o aumento gradativo da população idosa. Esse aumento populacional, desperta uma exigência maior na conscientização de toda a sociedade, admitindo a necessidade de uma proteção maior aos idosos.

O estatuto do idoso, lei nº 10.741/2003, já destaca em seu primeiro artigo a sua destinação, qual seja, regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O Código Civil brasileiro apresenta em alguns dos seus artigos textos contrários ao disposto na Constituição Federal de 1988, e sendo esta a lei maior do estado brasileiro, tudo aquilo que estiver em desconforme com o seu texto, é considerado inconstitucional, sendo este o caso do artigo 1641, II do Código Civil de 2002, tema discutido na presente obra.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p.366) criticam essa imposição em sua obra:

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento e uma velada forma de interdição parcial do idoso.

Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade!

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade.

O aludido artigo fere a Constituição na medida em que proíbe o idoso a contrair casamento sem direito a escolha do regime de bens, uma vez que a própria Constituição Federal garante direitos fundamentais sem nenhum tipo de preconceito. Tal artigo transforma o idoso em um objeto de proteção, ao invés de reconhecê-lo como sujeito de direito afastando assim os seus direitos fundamentais, prejudicando-o ainda em seu direito de contratar sociedade, pois conforme dispõe o artigo 977 do Código Civil de 2002, aquele que tenha casado no regime de comunhão universal de

bens ou no da separação obrigatória não poderá contratar sociedade entre si ou com terceiros.

Além do mais o legislador vale-se da desculpa de proteção ao patrimônio do idoso, não podendo o maior de setenta anos dispor dos seus bens mesmo gozando de plena capacidade civil, sendo obrigado a manter seu patrimônio para os futuros herdeiros, violando a regra de que “não existe herança de pessoa viva”.

O Código Civil assim como qualquer outra lei deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, sendo assim aquilo que for contrária à Constituição será considerada inconstitucional.

## 1.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988, com o propósito de estabelecer aos cidadãos brasileiros direitos e garantias que regem a vida de cada indivíduo.

Sem uma lei maior que estabelecesse direitos e garantias aos cidadãos, o estado viveria em um caos, os direitos fundamentais podem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, grifada por um compromisso estabelecido com a dignidade da pessoa humana e com a plena efetividade de todos os comandos constitucionais.

Logo no primeiro artigo o legislador tratou da dignidade da pessoa humana, sobre esse princípio afirma Maria Berenice Dias (2015 p. 44/45):

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

Observa-se que os princípios mais relevantes aos indivíduos requerem uma organização fadada de força normativa hierarquicamente elevada às demais normas do nosso ordenamento jurídico. A incontestável evolução alcançada pela Constituição de 1988 é fruto da grande receptividade dos direitos fundamentais, como centro da proteção à dignidade da pessoa humana e da afirmação de que não

existe outro documento mais adequado para empregar os instrumentos assegurados a cada indivíduo do que a Constituição da República Federativa do Brasil.

### **1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana**

Este deve ser considerado o princípio que representa uma conquista de grande relevância para o Direito contemporâneo, por impor, que toda e qualquer norma seja subordinada a ele, sob pena, da não obrigatoriedade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Disposto logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, verifica-se uma grande preocupação do legislador com a necessidade da promoção dos direitos humanos, bem como da justiça social para os indivíduos. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado o mais absoluto, a maior conquista do Direito Brasileiro nos últimos anos.

Nas Palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p.88):

A dignidade humana é muito mais do que isso.

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Este princípio merece dedicação especial, uma vez que, para recorrer a ele, é necessário que exista consciência do seu significado, bem como do seu alcance e finalidade no caso concreto. Entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está completamente ligado a existência do ser humano, obtendo um caráter

social, não se restringindo somente a dignidade própria, mas se estendendo as suas relações sociais.

### **1.1.2 O princípio da liberdade**

O princípio constitucional da liberdade está expresso no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e visa garantir que os indivíduos tenham tanto o direito de escolherem o seu par, bem como a melhor forma para construir sua família, pode se dizer que o princípio da liberdade é o direito de realizar ou não algum desejo próprio, sem se submeter a exigências alheias.

Este princípio se desenvolveu nas relações familiares e esta presente em praticamente todos os atos realizados pelos cidadãos, Maria Berenice Dias (2015, p. 46) destaca este princípio da seguinte forma:

Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1639, § 2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

A autonomia de vontade pode ser vista como um meio para a realização do princípio da liberdade, uma vez que não se pode decidir a forma que cada indivíduo deseja administrar sua vida privada. O princípio da liberdade confere plenos poderes ao indivíduo, podendo ele utilizar da sua liberdade da maneira que melhor lhe aprouver, no entanto, se bem clara, por si só criará regras que tornarão a convivência entre as pessoas mais harmoniosa e satisfatória.

### **1.1.3 O princípio da igualdade**

A igualdade é um princípio de grande importância para o sistema jurídico brasileiro, e está previsto explicitamente na Constituição Federal de 1988, podendo ser aplicado nas diversas áreas, sendo ainda imperioso para o direito de família.

Maria Berenice Dias (2015, p.47) aponta que:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela.

Este princípio apresenta uma grande revolução para os cidadãos, pois a partir dele todos são tratados de forma igualitária no âmbito social. Consagrado entre homens e mulheres na realização dos direitos e dos deveres na relação conjugal, deve também ser aplicado nas diversas esferas da convivência humana.

Tal princípio merece destaque no contexto social em que atualmente está incluído o idoso, que assim como as mulheres sofreu grandes discriminações, estando hoje inserido no mercado de trabalho, sendo cada vez mais ativo, o que acarretou grandes mudanças na sociedade.

## 1.2 OS PRINCÍPIOS QUE IMPERAM O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família deve ser analisado sob a ótica do direito constitucional, sendo imperioso analisar os institutos do direito privado dentro da Constituição Federal.

Não se deve tratar apenas das normas que se encontram presentes na Carta Magna, mas sim, observá-las em confronto com o Código Civil brasileiro e vice-versa, dando-se início a uma análise dos princípios essenciais no direito de família brasileiro.

Neste sentido Maria Berenice Dias (2015, p.43) afirma que:

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas.

Os princípios que imperam as relações familiares são considerados princípios especiais por serem próprios das questões que envolvem a família, que nos dias atuais recebe um tratamento moderno e adequado à realidade social do Brasil, atendendo-se as suas necessidades, bem como aos sublimes interesses da sociedade.

### **1.2.1 O princípio da afetividade**

A afetividade pode ser apontada como um dos princípios basilares nas relações familiares e apesar de não estar mencionada na Constituição, pode-se concluir que o afeto advém da valorização da dignidade humana.

Neste sentido, afirma Maria Berenice Dias (2015, p. 53) que:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão do afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

O princípio da afetividade apresenta uma sucessão de aplicações, devendo reger todas as relações familiares, observando o conceito atual de família não mais se restringindo à filiação biológica, dando, pois, lugar à filiação sócio-afetiva, que é aquela caracterizada essencialmente pelo afeto existente entre pai e filho, podendo-se observar que a Constituição de 1988 proporcionou reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco consubstanciadas no princípio jurídico da afetividade, ao passo que proporcionou o progressivo alívio da supremacia do vínculo genético.

O afeto advém do contato e da convivência familiar, não se pode fazer uma definição clara do que seria o amor, mas sim afirmar que o princípio da afetividade nada mais é que um progresso nas relações de vida. Ao exigir o regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de setenta anos, a afetividade é demolida pelo legislador que acredita no casamento dotado de

interesses financeiros e por este motivo imagina estar protegendo o idoso quando na verdade está lesionando um direito adquirido e dando-se ainda a esse princípio total desconsideração em favor de interesse de futuros herdeiros.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p.107) apontam que:

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial — mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva —, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.

Nos dias atuais com inclusão da mulher no mercado de trabalho e sua equiparação ao homem, deixando este de ser aquele que provém o sustento do lar, as pessoas que desejam estabelecer uma família enxergam a afetividade como elemento basilar para estruturar sua casa.

### **1.2.2 O princípio da solidariedade familiar**

Assim como o princípio da afetividade, o princípio da solidariedade advém dos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988, estando os dois interligados entre si, pois é a partir da afetividade que decorre o dever de solidariedade entre os cônjuges, compreendendo assim reciprocidade e harmonização.

Nesta acepção, explica Flávio Tartuce (2006, p.06):

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art.3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade nos termos do art.1694 do atual Código Civil.

Portanto, através deste conceito de solidariedade familiar comprova-se que tal princípio não se restringe tão somente ao princípio da afetividade, mas também ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, descrito no art.1º, inc.III

da Constituição Federal, uma vez que reconhecem a obrigação alimentar no exercício do poder familiar ou até mesmo entre parentes.

Maria Berenice Dias (2015, p.48) aponta que:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade.

Constata-se que o princípio da solidariedade se faz importante na relação familiar, sendo um dos princípios basilares para a convivência matrimonial, devendo cada um participar da manutenção da família em igual condição ao outro, sendo solidários aos deveres inerentes as relações familiares, dessa forma em relação ao princípio da solidariedade familiar, sintetizam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p.108) que “é ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores”.

### **1.2.3 O princípio da função social da família**

As famílias têm se transformado ao longo dos anos, e tais mudanças têm promovido triunfos notáveis apresentando um novo conceito no princípio da função social, uma vez que a relação familiar é o meio social da busca da felicidade diante da disposição em que se sobrepõem tal princípio, como aponta Miguel Reale (2003):

Em virtude dessa função social da família – que a Constituição considera “base da sociedade” – cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto na lei específica, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Tão forte é a compreensão social da família, que o juiz, atendendo a pedido de algum parente ou do Ministério Público, poderá suspender o poder familiar se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, e adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres.

Finalmente, se não se identificar a função social na família como um dos seus princípios basilares, logo se deixará de reconhecer a importância deste princípio à própria sociedade, pois este visa favorecer o crescimento e o desenvolvimento pessoal de cada um dos seus indivíduos, diante dos valores dignos da família, para que seja possível a sua convivência em meio à sociedade.

Sendo a família a base da sociedade conforme dispõe o artigo 226 da Constituição Federal, devem as relações familiares serem analisadas diante deste princípio, uma vez que se verifica cada dia mais necessário a adequação de cada indivíduo a sociedade.

Da mesma forma se deduz que a família deve ser compreendida como parte formadora de cada pessoa que a compoñha, tal princípio traduz o respeito existente em cada um dos membros que compõem o lar, dando prioridade à forma pela qual cada um se realizará, alcançando a felicidade. Não deixando nem mesmo o direito de realizar-se o casamento do septuagenário nas condições da comunhão parcial de bens, o legislador fere a função social da família que pretende se formar, pois interfere na realização plena que tanto se aponta diante deste princípio.

## 2 OS REGIMES DE BENS

O regime de bens deve ser observado como um conjunto de regras básicas, para constituir o matrimônio, garantindo aos nubentes uma definição da forma de administrar os bens do casal durante a união conjugal.

Silvio de Salvo Venosa (2015, p.359) aponta que:

Desse modo, o regime de bens entre os cônjuges compreende umas das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros.

No ordenamento jurídico brasileiro, é acolhida, como regra geral, a autonomia para escolha do regime de bens optado pelos nubentes, em conformidade com o artigo 1639 do Código Civil de 2002.

Destarte, através de um pacto antenupcial, os noivos podem escolher entre os regimes de comunhão universal de bens, separação total de bens ou participação final nos aquestos, sendo que, se optarem, gozam os nubentes, do direito de ligar tipos, modificar e/ou repulsar normas ao regime escolhido, podendo inclusive estabelecer um novo regime de bens, não previsto em lei, desde que não integre esbulho disfarçado de bens por um em face do outro, coação a crédito de terceiro, fraude à lei ou oposição aos bons costumes. Não realizando-se o pacto antenupcial entende-se que o nubente optou pelo regime de comunhão parcial de bens, pois este não exige tal formalização. Conforme explicito, há total liberdade de escolha do regime de bens para os noivos.

Maria Berenice Dias (2015, p.300) diz:

Quando do casamento, é indispensável que esteja definido o regime de bens que irá reger as questões patrimoniais dos consortes. É necessária a

existência de um regime de bens, pois o matrimônio não pode subsistir sem ele.

Logo, percebe-se a necessidade da escolha de um dos regimes que regem as relações matrimoniais, pois sem uma definição firmada não existe casamento.

Alana Cavalcante Lisboa (2014, p.33) aponta em sua obra que:

Com a evolução histórica e transformação social, é de se admitir que a família não dependa mais do casamento para ser uma instituição transformadora da sociedade, e a sua celebração constitui em um ato formal de interesse do Estado.

O regime de bens escolhido pelos nubentes no momento da solenidade pode ser reconhecido como uma consequência jurídica do matrimônio, onde se pode averiguar a forma de contribuição de cada cônjuge para o sustento da família, podendo ainda, estabelecer a forma de administração dos bens trazidos antes e os adquiridos após a celebração.

## 2.1 O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O regime de comunhão parcial de bens nada mais é do que compartilhar os bens adquiridos pelo casal durante a convivência matrimonial. Os bens trazidos pelos consortes adquiridos antes da celebração do ato, não devem ser divididos, inclusive aqueles adquiridos a título de herança, se estes também vieram antes do matrimônio.

Na acepção de Maria Berenice Dias (2012, p.232) tal regime se divide em três blocos:

Os particulares de cada um, ou seja, (1) os bens de um e (2) os do outro, adquiridos por cada um antes do casamento; e (3) os aquestos – bens comuns adquiridos após o enlace matrimonial, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um ficará com os seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Dentre os regimes de bens dispostos na lei, este é o mais comum nas escolhas dos cônjuges no momento do enlace, inclusive em caso de inexistir um pacto antenupcial, subentende-se que este foi o regime escolhido pelo casal.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.315) acentua que:

O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art. 1.640, caput). Por essa razão, é chamado também de regime legal ou supletivo, como já mencionado. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns.

O regime de comunhão parcial de bens consiste também em um regime misto, pois se subdivide em parte pelo da comunhão universal de bens e parte pelo da separação de bens.

É um regime que define a maioria dos casamentos realizados, sendo este dissolvido por morte, separação, divórcio ou anulação do casamento igual na comunhão universal.

## 2.2 O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

O regime de comunhão universal de bens consiste em tornar comuns todos os bens do casal, tanto os adquiridos antes do enlace, quanto os adquiridos após.

Os bens que estão em nome de um único cônjuge, também devem ser contados na partilha em caso de dissolução do casamento, inclusive as dívidas adquiridas antes do enlace por um dos nubentes.

Sílvio de Salvo Venosa (2015, p.378) explica:

Nesse regime, em princípio, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, salvo algumas exceções legais (art.1667). Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. Há exceções, pois a lei admite bens incommunicáveis, que ficarão pertencendo a apenas um dos cônjuges, os quais constituem um patrimônio especial.

O regime de comunhão universal de bens é considerado como um regime pactuado entre as partes, portanto deve ser firmado expressamente através de um pacto antenupcial, feito antes da realização do ato solene.

O pacto antenupcial consiste em uma escritura pública na qual deve ser feita pelos noivos que devem comparecer em um cartório de registro de notas, munidos de documentos pessoais, no pacto os nubentes decidem pelo regime de bens que melhor lhes agrada, desde que não seja o regime de comunhão parcial de bens, pois este não precisa ser pactuado.

Embora no Código Civil existam tipos diferentes de regimes de bens, através do pacto antenupcial os noivos podem criar um novo tipo ou até mesmo misturar os regimes existentes na lei, desde que não tragam prejuízos uns aos outros. O pacto antenupcial só terá validade se houver a realização do casamento.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.311), aponta que:

Pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento. *Solene*, porque será nulo se não for feito por escritura pública. Não é possível convencionar o regime matrimonial mediante simples instrumento particular ou no termo do casamento, pois o instrumento público é exigido *ad solemnitatem*. E *condicional*, porque só terá eficácia se o casamento se realizar (*si nuptiae fuerint secutae*). Caducará, sem necessidade de qualquer intervenção judicial, se um dos nubentes vier a falecer ou se contrair matrimônio com outra pessoa.

Antes da realização do casamento os noivos deverão levar o documento a um cartório de registro civil, onde será realizada a cerimônia e após esta, devem requerer o registro da escritura, junto à matrícula do primeiro domicílio, mesmo que este não seja de suas propriedades.

### 2.3 O REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Visto por alguns doutrinadores como um regime misto, o regime de participação final nos aquestos consiste em dividir os bens do casal de duas maneiras, adotando durante a vigência do casamento as regras do regime de separação total de bens, e em caso de dissolução deste, as regras da comunhão parcial de bens.

O artigo 1672 do Código Civil Brasileiro apresenta o seguinte texto:

Art. 1.672. 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.

Aqueles bens que foram adquiridos antes ou após o enlace por apenas um dos cônjuges, mantêm próprio de cada um, na vigência do casamento, por isso pode ser comparado com a separação total.

No entanto, em caso de divórcio os bens adquiridos na constância do matrimônio serão partilhados em comum pelos cônjuges, desde que estes bens não estejam em nome de apenas um deles.

Veja-se a interpretação de Maria Berenice Dias (2012, p.232-233):

...no regime de participação final nos aquestos, existem cinco universalidades de bens: os particulares que cada um possuía antes de casar, ou seja, (1) os bens de um e (2) os do outro. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio próprio de um dos cônjuges; (4) o adquirido pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal durante o casamento. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge ficará com os seus bens particulares e com a metade os comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, serão compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, fica um com crédito junto ao outro.

Por ser um regime que depende de acordo feito entre as partes, deve ser decidido através de pacto antenupcial. O regime de participação final nos aquestos apresenta-se frequente em meio a pessoas que possuem patrimônios extensos ou grandes empresas, pois utilizando deste regime de bens os nubentes podem tranquilamente movimentarem a suas vidas patrimoniais tendo mais liberdade e autonomia na administração dos seus bens.

A respeito da participação final nos aquestos Sílvia de Salvo Venosa (2015, p.383) de forma clara demonstra que:

Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aquestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal. A noção geral está estampada no art. 1672: cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe caberá, quando da dissolução da sociedade conjugal direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Esse regime, com muitas nuances e particularidades diversas, é adotado também em outras legislações. Sua utilidade maior, em princípio, é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem

certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente.

Na reflexão de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.327), vejamos:

O regime de participação final nos aquestos apresenta, como foi dito, a vantagem de permitir a conservação da independência patrimonial de cada cônjuge, até mesmo no tocante à elevação ocorrida durante o casamento, proporcionando, ao mesmo tempo, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, proteção econômica àquele que acompanhou tal evolução na condição de parceiro, sem ter, no entanto, bens em seu nome.

Se da realização do enlace os nubentes optarem pelo regime de participação final nos aquestos, estes tem a possibilidade de fazerem constar do pacto antenupcial a viabilidade de disporem dos bens imóveis livremente, desde que tais bens sejam particulares, não se exigindo a outorga do outro, como requer a regra.

Deve-se ressaltar que neste regime as dívidas contraídas por um dos cônjuges após o casamento, não se comunicam, salvo se estas reverterem em favor do outro.

## 2.4 O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

No regime de separação total de bens os cônjuges têm direitos exclusivos aos bens de sua propriedade, sendo que permanecerão sob o controle e administração dos mesmos, podendo tomar qualquer decisão em relação ao patrimônio sem a autorização do outro.

Veja-se o artigo 1687 do Código Civil “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”.

Todos os bens sem exceção, atuais e futuros de qualquer um dos cônjuges estarão sempre sob a propriedade individual de cada um.

Cada um dos cônjuges deve também contribuir para o sustento do lar na medida das suas possibilidades e/ou do seu trabalho ou conforme pactuado no pacto antenupcial, que mais uma vez, neste regime se faz necessário. O artigo 1688

do Código Civil explica que “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 contrário no pacto antenupcial”.

Ou seja, dissolvido o matrimônio cada um tem direito a parte que lhe cabe, sem obrigação de dividir com o outro, sejam os bens adquiridos antes ou durante o casamento.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.328), expressa que:

Quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial.

Na separação total de bens os cônjuges unem as suas vidas, mas por meio de um pacto, ajustam a separação dos bens que compõem o seu patrimônio e mesmo sendo casados, cada qual se mantém tanto na posse e manutenção dos bens que lhes pertenciam, quanto dos que vierem a adquirir futuramente na constância do casamento.

## 2.5 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O regime de separação obrigatória de bens é aplicado em alguns casos independente de pacto antenupcial, por estar determinado na lei, momento em que é alterada a regra da autonomia de escolha. Tais hipóteses estão elencadas no artigo 1641 do Código Civil de 2002:

Art.1.641 é obrigatória o regime de separação de bens no casamento:  
I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;  
III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial;

No regime de separação obrigatória de bens podemos observar que o legislador não deixou espaço para qualquer relação de comunicabilidade de bens,

sendo uma regra que deve ser acatada, neste caso, não por escolha dos nubentes, mas por imposição expressa na lei, Maria Berenice Dias (2015, p.326) afirma que:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia e quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento.

O que se percebe na restrição da norma apontada é que esta exhibe desrespeito à liberdade individual de cada um, e que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz sem dúvida é descabida e infundada.

Não existe obstáculo social de qualquer caráter em permitir que um septuagenário ou uma septuagenária afortunados se casem pelo regime de comunhão de bens que lhes interessarem, se assim lhes agradar.

Pertinente é a crítica feita por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p.366/367) em sua obra:

Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário original de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de ministro! E não poderia escolher livremente o seu regime de bens? Não podemos tentar encontrar razão onde ela simplesmente não existe. Nessa linha, concluímos pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Se podem os legisladores com toda certeza afirmar que o matrimônio realizado a partir desta faixa etária ocorreria por puro interesse de um dos nubentes, logo se conclui que em qualquer idade o mesmo interesse econômico pode existir.

O que se percebe é que ao alegar que a separação obrigatória de bens entre pessoas que realizarem o matrimônio com idade acima dos 70(setenta) anos tem o intuito de proteger o idoso das más intenções de quem pretenda aplicar o tão famoso “golpe do baú” não convence em hipótese nenhuma.

### **2.5.1 O casamento do septuagenário**

Para os fins desta monografia resta analisar o artigo 1641, inciso II, bem como a sua inconstitucionalidade, por ferir diretamente princípios constitucionais, que protegem os idosos.

O idoso compreendido como aquela pessoa que possui acima de 60 (sessenta) anos de idade, desfruta de proteção integral em nosso ordenamento jurídico, tendo assegurados a eles, além dos princípios fundamentais pertinentes ao ser humano, outros garantidos por meio da lei 10.741/2003, o estatuto do idoso.

Tal causa de imposição é objeto de críticas, uma vez que o Código Civil violou os direitos fundamentais, ao restringir o livre exercício de um direito disponível, dando oportunidade a um entendimento preconceituoso.

Maria Berenice Dias (2015, p.327-328) faz a seguinte crítica em sua obra:

Para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsidio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Com a escusa de proteger os bens familiares, a norma atropela os princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, compreendidos pelo Direito Civil e já analisados nesta monografia.

Maria Berenice Dias (2015, p.658) ainda afirma:

Em se tratando de norma protetiva, o mais correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigente quando os nubentes nada convencionaram por meio de pacto antenupcial. Impor o regime de separação obrigatória, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o matrimônio, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças.

Mesmo que todos os idosos demonstrassem vulnerabilidade, não caberia nesta situação à imposição do regime de separação obrigatória, uma vez que adquirida a capacidade civil esta só poderá ser cessada nas situações em que a lei prevê de forma expressa.

Sobre esse ponto, Paulo Lôbo, (2010, p.124) observa que:

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

Afirma-se que o idoso é possuidor de plena capacidade civil, uma vez que sua idade não se enquadra em nenhuma das hipóteses de incapacidade civil, sendo necessário ser averiguada em cada caso, para que seja evitada a discriminação contra o idoso, apontada pela norma, não podendo ser a mesma presumida por livre arbítrio do legislador.

### **2.5.2 A alteração do regime de separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário diante da lei 12.344/2010**

A imposição da separação obrigatória de bens para o casamento do septuagenário advém do Código Civil de 1916, e mesmo se tratando de um código um tanto quanto individualista, como aponta alguns doutrinadores, com o advento do código de 2002 a causa de obrigatoriedade foi mantida, sendo esta contrária aos princípios constitucionais dispostos na Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 1916 previa tal cláusula de obrigatoriedade em seu artigo 258 no inciso II, o regime de separação obrigatória de bens era imposto a homens maiores de 60(sessenta) anos e mulheres maiores de 50(cinquenta) anos de idade. Essa exigência só demonstrava o patrimonialismo e o individualismo refletido no antigo Código Civil. Ademais, o referido código ainda demonstrava valores machistas por diferenciar a idade pelo sexo, já sendo criticado a essa época o regime de separação obrigatória tão somente pela idade de um dos nubentes.

Por estar em desconformidade com os princípios e valores apresentados na Carta Magna, entende-se que a norma citada, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, mesmo assim com a reforma do Código Civil em 2002, este trouxe a regra da separação obrigatória de bens, alterando apenas a parte do texto que diferenciava a idade entre homens e mulheres, mantendo então 60(sessenta) anos para ambos.

Esta cláusula de impedimento sempre foi motivo de enormes discussões, pois, existe a proibição da escolha do regime pelo nubente tão somente pela sua idade.

Em 10 de dezembro de 2010 entrou em vigor a lei 12.344/2010 que alterou o artigo 1641, inciso II, apresentando o seguinte texto:

Art. 1º O inciso II do **caput** do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.641.

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apesar de o inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002 ter sofrido alteração de 60(sessenta) para 70(setenta) anos de idade com a publicação da lei 12.344/10, a referida norma se mantém contrária aos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas têm apresentado ao longo dos anos pesquisas que apontam o aumento gradativo dos idosos no Brasil, isso tem demonstrado que o futuro do nosso país será de pessoas cada vez com idades mais avançadas. Ademais, conforme já mencionado nesta obra por diversas vezes a idade não é sinônimo de incapacidade.

No ano de 2002 o IBGE divulgou um censo que falava do aumento no número de idosos responsáveis pelos domicílios no país, comparada aos anos anteriores:

No País, 62,4% dos idosos são responsáveis pelos domicílios. O Censo 2000 verificou que 62,4% dos idosos eram responsáveis pelos domicílios brasileiros, observando-se um aumento em relação a 1991, quando os idosos responsáveis representavam 60,4%. É importante destacar que no conjunto dos domicílios brasileiros (44.795.101), 8.964.850 tinham idosos como responsáveis e representavam 20% do contingente total. Em 1991, essa proporção ficava em torno de 18,4%. A distribuição por sexo revela que, em 2000, 37,6% dos responsáveis idosos eram do sexo feminino, correspondendo a 3.370.503 de domicílios, enquanto no início da década passada essa proporção atingia a 31,9%. Destaca-se ainda que a idade média do responsável idoso, em 2000, estava em torno de 69,4 anos (70,2 anos quando o responsável era do sexo feminino e 68,9 para o idoso responsável do sexo masculino).

Entre os domicílios sob a responsabilidade de idosos, os domicílios unipessoais, isto é, aqueles com apenas um morador, totalizavam, em 2000, 1.603.883 unidades, representando 17,9% do total. Em 1991, a proporção era de 15,4%. O estudo chama atenção para a elevada proporção de mulheres idosas que moravam só, em 2000 - cerca de 67%.

Ainda no senso de 2002 o IBGE aponta uma projeção até 2050:

...E ainda, segundo as projeções, o número de pessoas com 100 anos de idade ou mais aumentará 15 vezes, passando de 145.000 pessoas em 1999 para 2,2 milhões em 2050. Os centenários, no Brasil, somavam 13.865 em 1991, e já em 2000 chegam a 24.576 pessoas, ou seja, um aumento de 77%. São Paulo tem o maior número de pessoas com 100 anos ou mais (4.457), seguido pela Bahia (2.808), Minas Gerais (2.765) e Rio de Janeiro (2.029).

Já na projeção populacional apresentada em 2013, o IBGE forneceu informações da Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação por sexo e idade, demonstrando o aumento da população maior de 70 anos conforme apresentado:

Os níveis de mortalidade vêm sendo reduzidos de forma contínua no Brasil. Dessa forma, a esperança de vida ao nascer para ambos os sexos, que era de menos de 50 anos nos anos 1950, passou para 74,8 anos em 2013. Nesse mesmo período, as taxas de mortalidade infantil passaram de 135,0 óbitos por mil nascidos vivos, em 1950, para 15,0, em 2013.

Com o passar dos anos e a migração das pessoas do campo para a cidade, observada a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a exigência deste com os seus trabalhadores, os casais tendem a ter menos filhos e a mulher a engravidar tardiamente, diminuindo a taxa de natalidade, e fazendo com que o número de jovens seja futuramente superado pelo número de idosos.

Após demonstrar a mudança significativa no perfil dos idosos até os dias atuais, logo se percebe que a norma imposta não tem cabimento, diante da realidade do país, por outro lado, vê-se que a alteração feita tanto no Código Civil de 2002, quanto por força da lei 12.344/2010 manteve o mesmo perfil preconceituoso trazido do século passado, insistindo em contrariar direitos e garantias já apresentadas aos indivíduos, sem distinção de qualquer natureza pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “constituição cidadã”.

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O CASAMENTO DOS SEPTUAGENÁRIOS E A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Código Civil a partir de seu artigo 1639 apresenta os regimes de bens que devem reger as relações patrimoniais, conforme já apresentado nos capítulos anteriores desta obra, por outro lado nos resta analisar a aplicabilidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil, bem como sua inconstitucionalidade por ferir os princípios fundamentais garantidos a todos os indivíduos dispostos na Constituição Federal de 1988.

O regime de separação obrigatória de bens tem característica excepcional diante da liberdade de escolha do regime de bens pelos nubentes no momento do enlace. São três as observações feitas pelo legislador no referido artigo:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
~~II - da pessoa maior de sessenta anos;~~  
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; ([Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010](#))  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

É aceitável a existência dessa imposição àqueles que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas elencadas no Código Civil, bem como daqueles que dependem de autorização judicial pra casar, no entanto concordar que esta mesma norma se encaixa as pessoas maiores de setenta anos já seria algo atentador aos direitos conquistados pelos idosos tanto na Constituição Federal, quanto com o advento da lei 10.741/2003, o estatuto do idoso, estes garantem proteções especiais aos mais velhos e não permitem que eles, sofram discriminação de qualquer tipo.

Aqueles que defendem essa cláusula de proibição atestam que diante do aumento da idade os idosos tornam-se frágeis, devendo ser assegurados os seus direitos, de forma restrita e não em sua totalidade. No entanto, os septuagenários são dotados de capacidade civil plena, sofrendo uma punição injusta diante de sua idade, Maria Berenice Dias (2015, p.658) faz a seguinte explanação:

Ainda que sejam assegurados todos os direitos e garantias ao idoso, mantém-se uma injustificável discriminação contra eles. Quem pretender casar após completar 70 anos tem subtraída a plenitude de sua capacidade, pois não pode eleger o regime de bens que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da separação legal, que gera a total incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641 II).

Os valores conquistados pelos indivíduos de maneira árdua são questionados aqui, diante de uma norma estarecedora. A proibição na escolha do regime de bens aos septuagenários existe apenas para proteger o seu patrimônio e se estes estão dotados de capacidade para expressarem a sua vontade, é inaceitável a presunção de que ao atingir determinada idade o idoso poderia facilmente se deixar iludir, sofrendo qualquer tipo de extorsão caso pudesse escolher o regime de bens, mesmo este idoso não se encaixando em nenhum dos casos de incapacidade disposto no Código Civil o maior de setenta anos é discriminado em virtude de uma particularidade sua – a idade.

Muito distante de apresentar um caráter protetivo a separação obrigatória neste caso só demonstra afrontamento a Constituição, sendo indiscutivelmente inconstitucional, a partir do momento que atropela a dignidade do idoso, restringindo sua liberdade individual. O estranho é não impor de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigorante quando os nubentes nada convencionaram por meio de pacto antenupcial, que neste caso seria o mais justo.

Ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais a Constituição traz em seu artigo 5º a seguinte redação:

Art. 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:

Considerada como a Constituição mais avançada do mundo por alguns doutrinadores, por impor que sejam reconhecidos e respeitados os princípios da

dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade e dentre outros, a Carta Magna apresenta a família como base da sociedade, vedando qualquer tipo de discriminação.

O Código Civil deve ser interpretado com base na Constituição Federal e não o contrário, pois a Constituição é a lei suprema do país, e quando não recepciona uma lei disposta no Código esta, torna se inconstitucional.

Maria Berenice Dias (2015, p.658) ainda afirma que:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Mesmo sendo admitido que os princípios constitucionais sejam relacionados em um juízo de apreciação, deve-se sobrelevar que para que exista essa relação deve-se haver no meio outro princípio de igual ou superior importância, o que não acontece neste caso. Nota-se que não adiantou o legislador majorar a idade limite de sessenta para setenta anos de idade, com a Lei nº 12.344/2010, pois, na visão dos juristas, não importa a idade, a restrição será sempre inconstitucional.

O excesso de preocupação, que o legislador afirma ter para com os septuagenários, acaba limitando sua liberdade de escolha em relação ao regime de bens, que acaba por repercutir na esfera patrimonial, pois existe a nítida proteção aos herdeiros do idoso, em detrimento do cônjuge. Ressalte-se que não obstante a carência afetiva argumentada pelo legislador para defender o referido artigo, deve se levar em conta a experiência e sabedoria adquirida ao longo dos anos.

O legislador deve se preocupar em garantir os direitos aos idosos, obter essa proteção é um direito social, e não em reduzir a capacidade de exercício dele pelo decurso do tempo, envelhecer é um direito personalíssimo. Não existe argumento que seja razoável à norma imposta no inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002, analisada todas as possíveis situações, conclui-se pela completa inconstitucionalidade do referido artigo.

Ao passo que se verifica ser inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória para o maior de setenta anos, logo, deve-se apresentar

possíveis soluções para ao menos diminuir a perda causada pela norma ao idoso, ou ao cônjuge que deve contrair o casamento com observância nesta obrigação. O Supremo Tribunal Federal em 1964 editou a súmula 377 que trouxe o seguinte texto “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, tentando já à época evitar maiores prejuízos àqueles que se encaixavam nas causas de imposição, já apresentadas no artigo 258 do Código Civil de 1916. Mesmo não tendo sido, recepcionada pela Constituição federal de 1988, o Código Civil de 2002 apresentou a mesma imposição trazida do século XX, se fazendo mais uma vez necessária à aplicação desta súmula para diminuir os danos da obrigação.

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal surgiu com o intuito de afastar o regime arbitrário da separação obrigatória de bens, cujo único efeito era o de desproteger o cônjuge que não adquiriu fortuna em seu próprio nome, não obstante tivesse contribuído de forma integral para o crescimento econômico-financeiro de seu consorte durante a vigência do casamento. A súmula tem amparado varias pessoas nas diversas situações trazidas pela separação obrigatória, o tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, fez uso desta para decidir acerca de um agravo de instrumento, onde os cônjuges eram casados pelo regime de separação obrigatória, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. AUTOR DA HERANÇA CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. HABILITAÇÃO DA VÍUVA-MEEIRA QUE SE IMPÕE DIANTE DA COMUNHÃO DE EVENTUAIS AQUESTOS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 377 DA SÚMULA DO STF. PRECEDENTES. DECISÃO POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70060885928, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 04/08/2014)

(TJ-RS - AI: 70060885928 RS , Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 04/08/2014, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2014)

É claro o entendimento dos nobres julgadores ao fazerem uso desta prerrogativa para amparar aqueles que sofrem com a norma imposta, uma vez que a melhor maneira de corrigir as mazelas da lei e aplicando de forma regular a súmula 377 do Supremo, já que esta diminuiria os danos causados pelo artigo 1641 do Código Civil de 2002.

## CONCLUSÃO

A definição de idoso hoje na norma legal é encontrada como aquela pessoa compreendida a partir dos 60(sessenta) anos de idade o que se demonstra ultrapassada nos dias atuais, por consideramos hoje a diminuição da taxa de mortalidade, bem como a inserção dessas pessoas no mercado de trabalho e o aumento populacional gradativo, o que tende a ser cada vez mais considerável com o passar dos anos.

Diante do envelhecimento populacional do nosso país e das pesquisas apresentadas, taxar uma idade para presumir a incapacidade dos indivíduos seria uma aberração, uma vez que esta só poderá cessar motivada por decisão judicial, observados os tramites legais da lei, seguindo a ordem de um processo judicial de interdição, nomeando assim um curador que possa representar o incapaz.

Vale ressaltar que a inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 é clara e indiscutível, por ser uma norma não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e que por puro capricho do legislador tende a ferir cada dia mais a dignidade daqueles que sofrem por sua obrigatoriedade.

Com a escusa de proteger os bens familiares, a norma atropela os princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, compreendidos pelo Direito Civil.

Ademais, analisando o aumento da expectativa de vida e o crescimento avançado do número de idosos no país, a causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens, deverá atingir cada dia mais um maior número de pessoas.

Observando o cenário atual do Brasil e verificando que a população na terceira idade tende a aumentar nos anos seguintes, deve-se indagar uma previsão

normativa que garante o direito de escolha, uma vez que o septuagenário tem demonstrado ser cada dia mais ativo e significativo para o país.

A norma deveria sofrer alterações no sentido de haver uma proibição de interferência do estado, em um assunto que não requer tal impedimento e que gera transtorno e punição ao nubente ao invés de proteção, e a aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado de grande importância para aqueles que sofrem com esta imposição legal.

Conforme comprovado nas páginas desta monografia, a separação obrigatória de bens para o casamento dos septuagenários constitui forte ofensa aos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988, princípios estes que devem ser apontados como base para o Direito de Família brasileiro, pois sendo os idosos dotados de plena capacidade civil, não devem serem impedidos de expressarem as suas vontades.

Portanto, conclui-se ainda que a cláusula de impedimento não passa de ser imposta arbitrariamente, não encontrando socorro em nenhum diploma legal que possa ampará-la, por partir do pressuposto de que todos aqueles que compreendem com 70 (setenta) anos ou mais, são incapazes civilmente ao ponto de não terem discernimento próprio para apontar a sua vontade diante do direito de contrair um matrimônio, escolhendo o regime de bens que melhor lhe aprouver e ainda, por estar sendo contrária à realidade apresentada no Brasil nos anos atuais, que trazem um septuagenário em plena atividade, apresentando uma melhor qualidade de vida, o que favorece que os idosos vivam em melhores condições e por muito mais tempo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil – Lei 10.406. 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acessado em 21 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em 21 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Estatuto do Idoso*, 01 de outubro de 2003. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acessado em 21 maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento Nº 70060885928. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 04/08/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/132851961/agravo-de-instrumento-ai-70060885928-rs>> Acesso em 27 de novembro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

DINIZ, Fernanda Paula. *A interpretação Constitucional do direito do idoso no Código Civil*. 2006. 183 f. Dissertação (Direito Privado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2006. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_DinizFP\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DinizFP_1.pdf)>. Acesso em: 13 de outubro de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 6.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Perfil dos Idosos responsáveis pelos domicílios*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>>. Acessado em: 21 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Projeção da população do Brasil*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao\\_da\\_populacao/2013/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default.shtm)>. Acessado em: 15 de outubro de 2015.

LISBOA, Alana Cavalcante. *Inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens para o casamento dos septuagenários*. 2014. 50 f. Monografia (direito civil e constitucional) – Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, Teófilo Otoni, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. *A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã*. Portal eletrônico Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIII. N.74. março de 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417)>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

REALE, Miguel. *Função social da família no código civil*. Site eletrônico. Miguel Reale Artigos. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acessado em 22 de maio de 2015.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, direito de família: As famílias em perspectiva constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1069, 05 de junho de 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>>. Acessado em 22 de maio de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Volume 6.