

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MARIANNA ALVES ALBARELLI LÉDA FALCÃO

**UNIÃO NA TERCEIRA IDADE: a inconstitucionalidade da imposição esculpida pelo
inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002**

São Luís

2017

MARIANNA ALVES ALBARELLI LÉDA FALCÃO

UNIÃO NA TERCEIRA IDADE: a inconstitucionalidade da imposição esculpida pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Alves Albarelli Léda Falcão, Marianna.

UNIÃO NA TERCEIRA IDADE: A inconstitucionalidade da imposição esculpida pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 / Marianna Alves Albarelli Léda Falcão. - 2017.

42 p.

Orientador(a): Maria Tereza Cabral Costa Oliveira. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade

Federal do Maranhão, UFMA, 2017.

1. Casamento. 2. Imposição. 3. Inconstitucionalidade. 4. Septuagenários.
I. Cabral Costa Oliveira, Maria Tereza. II. Título.

MARIANNA ALVES ALBARELLI LÉDA FALCÃO

UNIÃO NA TERCEIRA IDADE: a inconstitucionalidade da imposição esculpida pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovação em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientadora)

1º Examinador

2º Examinador

À minha mãe que sempre acreditou em minhas conquistas, antes mesmo que eu pudesse cogitar ser possível. A todos que de alguma forma contribuíram nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me conceder o dom da vida e permitir a minha caminhada.

À toda minha família, por todos os momentos de apoio e amor.

À Universidade Federal do Maranhão, por ter tido a honra de fazer parte e por todos os ensinamentos.

Aos meus amigos de faculdade, verdadeiros tesouros, que me ensinaram o valor do companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise da inconstitucionalidade presente no inciso II, do art.1.641 do Código Civil de 2002 que impõe aos nubentes septuagenários o regime de separação obrigatória de bens. Em um primeiro aspecto, foi apresentado o tratamento constitucional recebido pela pessoa idosa, bem como as principais inovações geradas com a implementação do Estatuto do Idoso. Após, foi retratado os diferentes tipos de regimes de bens, seus princípios, regras gerais e regras específicas. No capítulo tese, foi desenvolvida a teoria da inconstitucionalidade da norma civilista frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, previstos respectivamente nos arts. 1º, inciso II e 5º da Constituição Federal de 1988, seguido pela correlação dos principais julgados que militam a favor do tema.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade. Regime de Separação Obrigatória de Bens. Septuagenários. Regime de Bens. Dignidade da Pessoa Humana. Isonomia.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour objectif d'analyser la présente au point inconstitutionnel II de art.1.641 Code Civil de 2002 qui exige la séparation des conjoints septuagénaires obligatoire du régime de propriété. Dans un premier aspect, le traitement constitutionnel reçu par les personnes âgées, ainsi que des innovations majeures générées par la mise en œuvre des personnes âgées a été introduit. Après, il a été décrit les différents types de régimes de propriété, ses principes, règles générales et spécifiques. Dans l'inconstitutionnalité de la théorie du chapitre de thèse a été développé à partir de l'avant civile norme aux principes de la dignité de la personne humaine et de l'égalité, prévues respectivement aux articles. 1^o, point III et 5^o de la Constitution Fédérale de 1988, suivie par la corrélation du procès principal qui militent en faveur du sujet.

Mots-clés: Inconstitutionnalité. Séparation Obligatoire Patrimoine. Septuagénaires. Des biens d'équipement. Dignité humaine. L'égalité.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PROTEÇÃO JURÍDICA AO IDOSO.....	10
2.1	Principais dispositivos de proteção à pessoa idosa inaugurados com a Constituição de 1988.....	10
2.2	Estatuto do Idoso.....	11
3	REGIME DE BENS.....	14
3.1	Conceito.....	14
3.2	Pacto antenupcial.....	14
3.3	Princípios norteadores do regime de bens.....	16
3.4	Regras gerais concernentes ao regime de bens.....	18
3.5	Regimes em espécie.....	22
3.5.1	Regime da comunhão parcial de bens.....	22
3.5.2	Regime da comunhão universal de bens.....	24
3.5.3	Regime da participação final nos aquestos.....	25
3.5.4	Regime de separação de bens.....	25
4	A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA NUBENTES ACIMA DE 70 (SETENTA) ANOS.....	29
4.1	Dignidades da pessoa humana.....	29
4.2	Isonomias.....	31
5	JURISPRUDÊNCIA.....	34
6	CONCLUSÃO.....	37
	REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é o fundamento último de validade e eficácia de todas as normas infraconstitucionais brasileiras. Com o fim da Ditadura Militar e a busca por um Estado Democrático de Direito, sua essência busca traduzir e guiar a sociedade na valorização da dignidade da pessoa humana. Dito isso, reconhecida a supremacia constitucional e seu principal eixo axiológico, o presente trabalho tem por escopo analisar, sob a ótica constitucional brasileira, a validade de uma norma infraconstitucional, qual seja, a adoção forçada de um regime de separação obrigatória de bens para nubentes acima de 70 anos de idade, mandamento esculpido no art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002.

A apreciação de constitucionalidade objetivada na presente monografia requer, anteriormente, o estudo de uma dupla: idoso e regime de bens. Apenas após a apreciação dos dois institutos, é que se pode “mergulhar” na aferição de validade do artigo civilista.

Para que se possa realizar a análise supracitada, é preciso entender o que é a pessoa idosa e sua rede de proteção inaugurada com a Constituição vigente e, posteriormente, com o Estatuto do Idoso, Lei Federal de nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Esse último, em vigor desde 2004, tornou-se um instrumento poderoso de ampliação e consolidação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Em um segundo momento, faz-se necessária a apreensão dos diversos regimes de bens validados pelo Código Civil de 2002, seus princípios e características fundamentais. Posteriormente, o presente trabalho segue a análise dos regimes de bens, seus princípios norteadores, suas regras gerais e específicas. Busca-se entender qual o conceito de regime matrimonial e em quais pretextos legais fundam-se.

Compreendidos os tópicos acima, segue-se à análise constitucional de validade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002. Será abordado em tópicos o conceito e a importância da supremacia constitucional e de que forma essa supremacia reflete no Código Civil de 2002, mais precisamente com a sua constitucionalização e com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Conforme foi citado no primeiro parágrafo da presente introdução, o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpida no art. 1º, inc. III da CF/1988 será o espelho de valor fundamental para a aferição de constitucionalidade.

Será retratado, em seguida, o posicionamento jurisprudencial brasileiro sobre o tema, seus principais argumentos informadores e acórdãos correlacionados. Por fim, serão aplicados os conhecimentos expostos ao longo do trabalho para arrematar a conclusão de inconstitucionalidade ao qual o presente artigo se dispõe.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA AO IDOSO

Importante para a compreensão do tema, o presente capítulo visa explanar os principais dispositivos de proteção à pessoa idosa, introduzidos pela presente “carta” constitucional e pelo Estatuto do Idoso.

2.1 Principais dispositivos de proteção à pessoa idosa inaugurados com a Constituição de 1988

A atual Constituição brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, inaugurou, em contraponto ao sistema ditatorial militar anterior, uma nova ética jurídica. Cidadania e dignidade estão agora alçadas como fundamentos da República que se anuncia. Nas palavras do deputado constituinte Ulisses Guimarães, em seu antológico discurso de promulgação¹:

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria. (BRASIL, 1988).

É sobre esse espírito constitucional que cresce a concepção de velhice como direito humano fundamental e, conseqüentemente, dispositivos específicos para sua proteção. O idoso, termo que será devidamente trabalhado em tópico seguinte, em que pese o estigma de desvalor² imposto pela sociedade, mais intensamente a capitalista, é sujeito de deveres e direitos por parte do Estado e do restante da sociedade, a qual deve ajudar na garantia de uma velhice independente e digna.

Em um primeiro prisma, o Título I (Dos princípios fundamentais) da Constituição/88 afirma, em seu art. 3º e incisos, que a República Federativa do Brasil tem por

¹ BRASIL. Presidência da Assembleia Nacional Constituinte. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, em 5 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. Disponível em: <pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/arquivos/arquivo_20.doc>. Acesso em: 15 jun. 2017.

² O envelhecimento carrega consigo duas ideias complementares e opostas: diminuição e enfraquecimento. Todavia, as sociedades ocidentais apontam a diminuição e o enfraquecimento como características essenciais do envelhecimento. E não poderia ser de outra forma dentro do modelo de sociedade capitalista. Trata-se de uma postura quase natural. *Não parece lógico gastar dinheiro, elaborar políticas, dedicar atenção a um segmento da população que nada mais tem a oferecer para um modelo de sociedade em dinâmica transformação e acumulação.* O ritmo ágil do sistema capitalista não tolera o ritmo lento do velho. Dentro desse contexto só resta à velhice ser encarada como desvalor social. Não representa nenhuma vantagem e nenhum status ser uma pessoa velha. A pessoa velha é sempre vista como um ser fraco, necessitado de comissão alheia, sem contar que na atualidade é vista como um ser sustentado pelos jovens que trabalham. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30).

objetivo fundamental a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, tendo o legislador originário o cuidado de citar que para a promoção do bem comum, o fator idade, assim como sexo, raça, entre outros, não será alvo de preconceitos ou qualquer tipo de discriminação.

O art. 203, V, na Constituição/88, tem como escopo, por seu turno, viabilizar uma proteção monetária básica à pessoa idosa, por meio de um benefício de prestação continuada no valor de 01 salário mínimo, desde que comprovado que o idoso não possui meios para prover sua subsistência e nem de tê-la provida por sua família. (BRASIL, 1988).

Já o Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso) retrata especificamente, em seu art. 229, o débito moral e jurídico que os filhos têm de retribuir a assistência recebida pelos seus pais na infância, auxiliando-os em sua velhice. Por sua vez, o art. 230 estatui o dever da família, da sociedade e do Estado em amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Pelos exemplos das normas protetivas acima expostas, pode-se vislumbrar a importância que a Constituição Cidadã reservou para a proteção da velhice. Busca a Lei Magna assegurar a todos meios básicos de proteção, auxílio e independência, permitindo com isso, a integração social da pessoa idosa.³

2.2 Estatuto do Idoso

Como visto no capítulo anterior, a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro tem por objetivo não apenas erguer as bases do Estado brasileiro. A nova ética-jurídica proposta pela Constituição de 1988 exige que o legislador infraconstitucional dê efetividade às normas ali elencadas, de modo que o Estado transcenda sua função intervencionista e de prestador de serviços, a um Estado capaz de propiciar aos indivíduos leis que assegurem uma convivência livre e digna a todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos, constituindo, essencialmente, os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, nas palavras do douto ministro Gilmar Mendes:

O Estado de Direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de

³ Pode-se afirmar que, de alguma forma, o principal problema das pessoas de idade é sempre o mesmo em qualquer lugar do mundo: viver o máximo de tempo possível, porém conservando no seio da coletividade os direitos que dão sentido à vida da pessoa. Quer dizer, o desejo é, em todas as partes, viver enquanto a vida valha mais que a morte, e esta valorização está intrinsecamente relacionada com as formas de vida e o ethos de cada grupo (FERICGLA, Josep M. **Envejecer - una antropología de la ancianidad**. Barcelona: Anthropos, 1992. p. 48).

concepção de vida e interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica.⁴

Nesse sentido, há no ordenamento jurídico brasileiro duas importantes leis que visam assegurar os direitos das pessoas idosas no Brasil, quais sejam a Política Nacional do Idoso, Lei n. 8.842/94, e o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003. A este estudo interessa apenas o Estatuto do Idoso.

Verifica-se a especial preocupação do Estado na proteção da pessoa idosa, quando estabelece que em crimes tutelados pelo Estatuto do Idoso, a ação penal será pública incondicionada. A escolha estatal em conceder a titularidade da ação ao Ministério Público revela a indisponibilidade em combater as infrações citadas e funda-se no bem jurídico tutelado, que ultrapassa a pessoa idosa em si, atingindo toda a coletividade.

Após tramitar durante 07 (sete) anos no Congresso Nacional, o Estatuto do Idoso foi aprovado através da lei n. 10.741, de 02 de outubro de 2003. Esse importante instrumento de proteção da dignidade da pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos trouxe inovações no sentido de fornecer ao poder público meios efetivos de propiciar que pessoas da terceira idade tivessem meios de exercer amplamente sua cidadania.

Dentre as inovações trazidas, pode-se destacar a renda mínima, trabalho moradia, gratuidade nos transportes coletivos urbanos e semiurbanos, medidas de proteção em caso de violação ou ameaça por parte da sociedade, do Estado e da própria família; uma política de atendimento ao idoso, voltada para os programas de assistência social, que deverá efetivar-se por meio de um conjunto articulado de ações por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ainda, incorpora novas condutas típicas antes não punidas pelo sistema penal, dentre as quais podem ser citadas a discriminação da pessoa idosa, o abandono, a apropriação e o desvio de bens dela, a negativa de acolhimento ou permanência ao idoso, a retenção de cartão magnético, a coação, entre outros.

A construção de um estatuto do Idoso justifica-se pelas alterações que vem sofrendo a humanidade nas últimas décadas. Até meados do séc. XX, em 1910, a questão da população idosa era tratada no âmbito doméstico, visto que a expectativa média de vida do brasileiro era de apenas 33 anos de idade. Hoje, a mesma expectativa de vida ultrapassa os 73 anos. Em que pese essa crescente, a mentalidade predominante, fortemente influenciada pelos valores capitalistas que regem o mundo globalizado, é a de que o Idoso representa alguém que já não mais está apto a gerar lucros, produzir e reproduzir o capital.⁵

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 160.

Desse modo, ao longo de 118 artigos, o Estatuto do Idoso anseia tornar-se uma legislação capaz de produzir mudanças sociais, econômicas, culturais e políticas, constituindo um processo de mudança social, a qual se pretende que seja duradoura.

3 REGIME DE BENS

O presente capítulo destina-se à explanação do conceito e tipos de regimes de bens em uso pelo direito civil, bem como suas principais características.

3.1 Conceito

Com a formação da entidade familiar, cabe ao casal, em seu âmbito privado, decidir os efeitos patrimoniais e econômicos que o vínculo estabelecido produzirá. O conjunto de regras que disciplinará os efeitos supracitados recebe a nomenclatura de regime de bens⁶. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷: “Por *regime de bens*, entenda-se o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre cônjuges, ou simplesmente, *o estatuto patrimonial do casamento*.”

As regras afeitas aos regimes de bens e ao pacto antenupcial, instituto que será devidamente trabalhado no próximo subitem, encontram-se nos arts. 1.639 a 1.688⁸ do Código Civil de 2002. Importante ressaltar que os artigos mencionados acima se aplicam não somente para casamento, mas também para a união estável.

3.2 Pacto antenupcial

Pacto Antenupcial é contrato celebrado pelas partes de uma relação, que contém as regras sobre o regime de bens adotado. Encontra-se regulamentado pelo Código Civil nos arts. 1.653 a 1.657.

Devido a sua natureza jurídica contratual, é possível aplicar ao pacto antenupcial os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva⁹.

O princípio da função social do contrato encontra-se expressamente previsto no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil:

⁶ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015. p. 1.247.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (grifo nosso).

⁸ Parte significativa da doutrina, a qual se filia esse trabalho, defende que com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 (Emenda do Divórcio), não há mais no ordenamento as antigas formas de separação jurídica. Dito isso, quando dispositivos do Código Civil de 2002 fizer referência à dissolução da sociedade conjugal, entende-se dissolução do casamento e da sociedade conjugal. Perfilham esse entendimento, entre outros grandes civilistas, Flávio Tartuce e Paulo Lôbo.

⁹ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015. p. 1.263.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002).

Esse princípio deve ser norteador interpretativo dos contratos, substituindo a ótica puramente privada das relações contratuais, privilegiando a função coletiva do contrato e o bem comum. Conforme preleciona Flávio Tartuce:

Nesse contexto, o contrato não pode mais ser visto como uma bolha que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, a luz da personificação e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana.¹⁰

Por sua vez, o princípio da boa-fé encontra respaldo expresso no art. 113 do Código Civil. Trata-se da boa-fé objetiva, ou seja, do dever de lealdade entre os contratantes, que devem buscar relacionar-se de maneira proba, respeitosa. Tal conduta deve acompanhar os pactuantes tanto na execução do contrato, como nas fases pré e pós-contratual.

Feitas as devidas considerações gerais para este estudo, torna-se válido analisar, especificamente, duas disposições civilistas presentes entre os artigos que disciplinam o assunto abordado. Trata-se dos arts. 1.653 e 1.655 do Código Civil.

O art. 1.653 informa o caráter formal e solene que reveste o instituto abordado, ao assegurar a nulidade do pacto, se o mesmo não for feito por escritura pública. O supracitado artigo também subordina à eficácia do pacto à realização do casamento. Por sua vez, o art. 1.655 introduz importante norma limitadora da autonomia privada dos contraentes, ao estabelecer que será nula a convenção ou cláusula que constar no pacto na qual contravenha disposição absoluta de lei. Sua acolhida pela jurisprudência dos tribunais superiores pode ser observada na seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COMASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS - NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que,

¹⁰ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015.

apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento. 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido.¹¹

3.3 Princípios norteadores do regime de bens

O regime de bens apresenta quatro princípios norteadores, em caráter principal: princípio da autonomia privada, princípio da indivisibilidade do regime de bens, princípio da variabilidade de regime de bens e princípio da mutabilidade justificada.

O princípio da autonomia privada está cristalizado no *caput* do art. 1.639, e confere aos nubentes o direito de, antes de celebrar o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Para maioria doutrinária, tal artigo também torna lícita a adoção de regimes distintos dos previstos no Código Civil. Tal orientação pode ser observada na aprovação do enunciado n. 331 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*:

Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial. (BRASIL, 2002).

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu art. 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Dito isso, o princípio da indivisibilidade do regime de bens tem por função assegurar a isonomia, ao impossibilitar a adoção de diferentes regimes para cada um dos nubentes, o regime deve ser único para ambos.

O princípio da variabilidade regimes encontra-se substanciado nos diversos regimes previstos no Código Civil de 2002.

O princípio da mutabilidade justificada permite aos contraentes a possibilidade de mutação de regime patrimonial. Referido princípio encontra-se esculpido no art. 1.639, §2º, do Código Civil de 2002:

Art. 1.639 (...)

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 954567 PE 2007/0098236-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 10/05/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (BRASIL, 2002).

Conforme acima exposto, a norma legal exige três requisitos para a mudança de regime: autorização judicial, anuência de ambos os cônjuges e justo motivo.

O critério de justo motivo deve ser apreciado pelo juiz no caso em análise. Alguns tribunais, entretanto, com base na autonomia privada e na prática da não intervenção, tem se pronunciado pela desnecessidade da exigência de tal critério. Nesse sentido, decisão do Tribunal Gaúcho, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos:

Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado-Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má-fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento. Unânime.¹²

Referido princípio também pode ser aplicado para casamentos celebrados sobre a égide do Civil de 1916, entendimento que conta com precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ - REsp: 730546 MG 2005/0036263-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 23/08/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 03/10/2005 p. 279RDDP vol. 35 p. 121REVJMG vol. 174 p. 412).

Importante ressaltar que a mutabilidade de regime não pode causar prejuízos a terceiros, sendo certo que algumas decisões jurisprudenciais têm exigido prova da ausência de prejuízo.

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000, Marcelino Ramos, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.07.2011, *DJERS* 04.08.2011.

Para finalizar a análise do princípio da mutabilidade justificada, resta esclarecer que seus efeitos têm eficácia *ex nunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado, conforme melhor jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. TERMO INICIAL DOS SEUS EFEITOS. EX NUNC. ALIMENTOS. RAZOABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. CONCLUSÕES ALCANÇADAS PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. SÚMULA 7/STJ. 1 - Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 - Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (“ex nunc” ou “ex tunc”) e do valor dos alimentos. 3 - Reconhecimento da eficácia “ex nunc” da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1639, § 2º, do CC/2002. 4 - Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5 - Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.¹³

3.4 Regras gerais concernentes ao regime de bens

Neste tópico, serão abordados os principais elementos das regras gerais atinentes ao regime de bens, os quais estão disciplinados entre os arts. 1.639 a 1.652 do Código Civil de 2002.

O art. 1.639 foi devidamente trabalhado no subitem anterior referente aos princípios que regem o instituto por ora abordado.

Seguindo a análise das regras gerais, o art. 1.640 revela que o diploma civilista elegeu a comunhão parcial de bens para ser o regime legal, ou seja, não havendo convenção entre os nubentes, ou sendo ela nula ou ineficaz, tal regime será adotado em caráter supletório.

Por sua vez, o art.1.641 introduz o regime de separação legal ou obrigatória, *in verbis*:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002).

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1300036 MT 2011/0295933-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25083097/recurso-especial-resp-13000-36-mt-2011-0295933-5-stj/inteiro-teor-25083098>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

As causas suspensivas da celebração do casamento estão expostas no art. 1.523. Trata-se de recomendações que visam evitar confusões patrimoniais. Sua inobservância impõe a adoção do regime de separação de bens. Tal artigo preleciona 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, ou da dissolução da sociedade conjuga; o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal e 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.

Em qualquer das hipóteses mencionadas, a causa suspensiva poderá ser afastada na ausência de prejuízo a terceiros. Caso o casamento tenha a superação da causa no decorrer, pode-se requerer a alteração do regime legal imposto pelo art.1.64, entendimento doutrinário que levou a expedição do Enunciado n. 262 da CFJ/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*¹⁴.

O inciso II do artigo em análise é o mote do presente trabalho. A imposição de um regime de bens para nubentes acima de 70 anos apresenta flagrante inconstitucionalidade, análise que será devidamente trabalhada no tópico 04 (quatro). De oportuno, resta esclarecer que a redação do inciso aqui relacionado foi alterada pela Lei n. 12.344, de 09 de dezembro de 2010. Antes, a previsão era de 60 anos.

A exigência esculpida nesse inciso, não se alicerça em qualquer razão científica ou nobre, pelo contrário, tal redação reflete a preocupação patrimonial com a herança e o desvalor com o qual a sociedade trata a pessoa idosa. Trata-se de uma interdição velada, conforme preleciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵:

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

¹⁴ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015. p. 1247.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 340.

No capítulo 04 (quatro) do presente trabalho serão abordados detalhadamente os argumentos que militam a favor da inconstitucionalidade do referido artigo.

Por sua vez, o inciso III do artigo 1.641 refere-se, por exemplo, ao casamento de menores de idade.

Superado o exame do art. 1641, os arts. 1.642 e 1.643 do Código Civil de 2002 lecionam quais os atos podem ser praticados por qualquer dos cônjuges, independente do regime adotado, sem que seja necessária a autorização do outro. Tais ações são: praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647, administrar os bens próprios, desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial, demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647, reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provada a não aquisição dos bens pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos, praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente, comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica e obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Em contraponto ao disposto no parágrafo precedente, para determinados atos negociais há a exigência de outorga conjugal, conceituada como a manifestação de consentimento dado por um dos cônjuges para que o outro possa praticar determinadas ações¹⁶. Tais ações estão disciplinadas no art. 1.647 do Código Civil:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
 I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
 II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
 III - prestar fiança ou aval;
 IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.
 Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. (BRASIL, 2002).

Em relação ao *caput* do referido artigo, importante citar a existência de divergência doutrinária acerca da dispensa da outorga em casos de regime de separação absoluta de bens. Tal imbróglio será esclarecido mais a frente quando o presente trabalho abordar a especificidade do regime mencionado. Por ora, resta esclarecer que este trabalho segue corrente doutrinária na qual aduz que somente há separação absoluta de bens na separação convencional.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

A impossibilidade de concessão por parte de um dos cônjuges ou a negação injusta do referido instituto pode ser suprida pelo juiz, conforme dicção do art. 1648 do Código Civil de 2002. A consequência jurídica à falta de outorga conjugal está descrita no art.1.649 do CC/2002:

Art. 1.649. 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.
Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado. (BRASIL, 2007).

Importa esclarecer que a outorga conjugal será denominada uxória quando for dada pela esposa, e marital quando for concedida pelo marido.

3.5 Regimes em espécie

Seguem abaixo, para melhor compreensão do tema, tópicos específicos abordando os regimes de bens em espécie e suas principais características.

3.5.1 Regime da comunhão parcial de bens

O regime da comunhão parcial de bens é tratado pelos arts. 1.658 a 1.666 do código civilista. Trata-se do regime mais comum nos matrimônios brasileiros¹⁷.

Tal regime, conforme lição retirada do *caput* do art. 1.640, recebe a denominação de regime legal ou supletório devido a sua aplicação nos casos em que não houver pacto antenupcial entre os nubentes ou tal pacto seja considerado nulo.

A regra essencial do regime em comento encontra-se no art. 1.658, o qual aduz que, com a exceção dos bens incomunicáveis previstos nos arts. 1.659 e 1.661, todos os bens havidos na constância do casamento serão divididos entre os cônjuges¹⁸.

São comunicáveis, por expressa previsão legal: bens móveis (presunção *iuris tatum* de que foram adquiridos na constância da união); os bens adquiridos na constância do

¹⁷ “A esmagadora maioria dos casais, quando da celebração do matrimônio, não cuida de estabelecer, por meio do pacto, regime de bens especial. Isso talvez por conta da (quase sempre) constrangedora situação de, em meio ao doce encantamento do noivado, terem de entabular desagradável conversa a respeito da divisão patrimonial. Tal diálogo culmina por afigurar-se acentuadamente desagradável, quase anacrônico, diante da expectativa de eternidade que sempre acompanha o projeto de vida dos noivos. Ou, quem sabe, talvez não cuidem de estabelecer o referido pacto antenupcial, simplesmente por não terem ainda patrimônio com o que se preocupar...” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 355-356).

¹⁸ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015. p. 1.266.

casamento a título oneroso, ainda que em nome de somente um dos cônjuges; os bens adquiridos por fato eventual com ou sem colaboração de outro cônjuge (ex. prêmios de loterias); os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos e produtos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão¹⁹.

Interessante decisão sobre a meação de bens foi tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a verbas trabalhistas nascidas na constância do casamento:

Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade. - Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.²⁰

Por outra via, o art. 1659 descreve quais os bens não se comunicam: 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.

Ainda em relação ao assunto, preleciona o art. 1.660 que a incomunicabilidade de bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. Sobre esse tema, importa observar o exemplo de uma casa adquirida por um dos cônjuges antes da união, porém, com prestações pagas durante o casamento pelo esforço comum do casal. No exemplo citado, já há decisão do Superior Tribunal de Justiça a favor da meação:

DIVÓRCIO. PARTILHA DE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO VARÃO ANTES DO CASAMENTO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PRESTAÇÕES CONCERNENTES AO FINANCIAMENTO SOLVIDAS COM O ESFORÇO COMUM DO CASAL. ADEQUADA SOLUÇÃO ENCONTRADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO: A MULHER FICA COM O DIREITO À METADE DAS PRESTAÇÕES PAGAS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO, MAIS AS BENFEITORIAS REALIZADAS. - Reconhecido pelo V. Acórdão que a aquisição

¹⁹ TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015. p. 1267-1268.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 646529 SP 2004/0032289-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 22/08/2005 p. 266 REVJMG vol. 173. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/72041/recurso-especial-resp-646529-sp-2004-0032289-0>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 430.

do imóvel se dera com a contribuição, direta ou indireta, de ambos os cônjuges, justo e razoável que a mulher fique com o direito à metade dos valores pagos na constância da sociedade conjugal, acrescido das benfeitorias realizadas nesse período, respeitado o direito de propriedade do varão. - Pretensão do recorrente de modificar a base fática da lide, ao sustentar que a unidade habitacional tivera sido comprada com recursos exclusivamente seus. Incidência do verbete sumular nº 07-STJ. - Inocorrência de contrariedade à lei federal e não demonstração do dissídio pretoriano. Recurso especial não conhecido.²¹

3.5.2 Regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal de bens, previsto no art.1.667 do Código Civil de 2002, preceitua a comunicação de todos os bens dos cônjuges, tanto as anteriores quanto os havidos na constância da sociedade conjugal:

Vale dizer, o seu princípio básico determina, salvo as exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas.²²

Resta destacar que não se trata, porém, de uma comunicação absoluta, tendo o art. 1.668 do CC/2002, se encarregado de enumerar os bens que não são passíveis de comunicação:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2002).

A incomunicabilidade desses bens, porém, conforme dicção legal do art. 1669 do CC/2002, não se estende aos frutos percebidos durante a união. Por derradeiro, insta citar importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do ministro Humberto Gomes de Barros, cujo teor assevera sobre a incomunicabilidade de indenização ou pensão mensal decorrente de seguro por invalidez²³:

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 108.140/BA, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2000, DJ 02/05/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../peticao-de-recurso-especial-resp-752562>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 142.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 374.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 377.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de separação judicial. Comunhão universal de bens. Partilha. Exclusão da indenização ou pensão mensal decorrente de seguro por invalidez. Interpretação do art. 263, I, do CC/16.— A indenização, ou pensão mensal, decorrente de seguro por invalidez não integra a comunhão universal de bens, nos termos do art. 263, I, do CC/16.— Entendimento diverso provocaria um comprometimento da subsistência do segurado, com a diminuição da renda destinada ao seu sustento após a invalidez, e, ao mesmo tempo, ensejaria o enriquecimento indevido do ex-cônjuge, porquanto seria um bem conseguido por esse apenas às custas do sofrimento e do prejuízo pessoal daquele. Recurso especial conhecido e provido.²⁴

3.5.3 Regime da participação final nos aquestos

O regime de participação final dos aquestos é de todo o mais complicado dos regimes. Sua disciplina legal encontra-se nos arts. 1.672 a 1.686 do CC/2002. Nesse sentido, correm as palavras de Maria Berenice Dias:

Trata-se de regime misto, híbrido, que reclama pacto antenupcial. O regramento é exaustivo (1.672 a 1.686) e tem normas de difícil entendimento, gerando insegurança e incerteza. Além disso, é também de execução complicada, sendo necessária a manutenção de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para possibilitar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução, havendo, em determinados casos, a necessidade de realização de perícia. Ao certo, será raramente usado, até porque se destina a casais que possuem patrimônio próprio e desempenhem ambas atividades econômicas, realidade de poucas famílias brasileiras, infelizmente.²⁵

Trata-se de um regime misto, pois este apresenta a seguinte peculiaridade: enquanto perdurar o casamento, há entre os cônjuges uma separação convencional, e caso, por ventura, sobrevenha uma separação, os bens percebidos durante o enlace serão divididos, o que se aproxima de uma comunhão parcial de bens.

Sobre tal regime, insta referenciar as regras constantes nos arts. 1.682, 1.686 e 1.675. O primeiro artigo citado preleciona a irrenunciabilidade e a impenhorabilidade do direito a meação em casos de separação. A seu turno, o art. 1.663 insere um limite em proteção às dívidas contraídas por determinado cônjuge: “Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.” (BRASIL, 2002).

Por derradeiro, o art. 1.675 informa que bens móveis, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento.

3.5.4 Regime de separação de bens

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 631.475/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 13-11-2007, DJ 8-2-2008, 3.^a Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8753998/recurso-especial-resp-631475-rs-2004-0023157-7-stj/relatorio-e-voto-13826682>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 662.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

O regime da separação de bens é marcado pela divisão patrimonial. Oposto do que preleciona o regime da comunhão universal, o regime por ora exposto prega a incomunicabilidade de bens anteriores e posteriores ao casamento.

O regime em comento pode ser convencional ou obrigatório. O regime de separação de bens convencional é aquele adotado por liberalidade dos cônjuges no momento do pacto antenupcial. Sua base legal encontra-se no art. 1.687 do CC/2002: “Art. 1.687. 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.” (BRASIL, 2002).

Sobre a égide de tal instituto, os pactuantes terão livre disposição sobre seus bens, não havendo, em regra, meação futura. Fala-se em regra, pois já há entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que, visando coibir o enriquecimento sem causa, decidiu sobre a divisão de bem em nome de um dos cônjuges, uma vez provado o esforço comum de ambos para a aquisição²⁶:

Civil e processual. Inventário. Partilha de bens. Regime voluntário de casamento. Separação de bens. Pacto antenupcial. Imóvel registrado em nome do de cujus adquirido mediante permuta de patrimônio (cabeças de gado) formado pelo esforço comum do casal. Sociedade de fato sobre o bem. Direito à meação reconhecido. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável⁵ e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal. II. Impossibilidade de revisão fática, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido.²⁷

Por seu turno, o regime da separação de bens legal ou obrigatório é aquele imposto aos nubentes submetidos aos casos previstos no art. 1.641 do CC/2002, já trabalhado anteriormente:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002).

Conforme foi dito, a inconstitucionalidade do inciso II do referido artigo será devidamente explanada em tópico específico mais adiante.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383-384.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 286.514/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2-8-2007, DJ 22-10-2007, 4.ª Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19222017/recurso-especial-resp-286514-sp-2000-0115904-6/inteiro-teor-19222018>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 276.

Relativamente ao exposto, cabe a análise da súmula 377 do STF. Tal súmula foi editada em abril de 1964 e institui que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

O verbete jurisprudencial não menciona a necessidade de prova de esforço comum para a meação dos bens havidos durante o matrimônio, porém, com o fito de evitar a enriquecimento sem causa, o Superior Tribunal de Justiça já prolatou decisão com entendimento pela necessidade de prova do citado esforço:

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUÊSTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA. 1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259CC/1916). 2. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido.²⁸

Deve ficar claro que esse entendimento não é pacífico até mesmo no âmbito do próprio tribunal que, em outra oportunidade, decidiu de maneira diversa:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido.²⁹

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 442.629/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 15/09/2003. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Resp+442.629+RJ>>. Acesso em: 10 jul. 2017. p. 324.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1171820 PR 2009/0241311-6, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp-1171820-pr-2009-0241311-6>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Outro importante debate sobre o tema em comento é sobre a aplicabilidade do inciso II em uniões estáveis. Por se tratar de imposição restritiva de direitos, parte da doutrina milita pela inaplicabilidade analógica de tal dispositivo, nesse sentido, segue entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Pomplona³⁰: Aliás, com fundamento nessa comezinha diretriz hermenêutica, concluímos, firmemente, no sentido da completa impossibilidade de se pretender estender esse regime restritivo à união estável, dada a inequívoca ausência de previsão legal.

Em direção contrária, o Superior Tribunal de Justiça prolatou entendimento pela aplicabilidade analógica do dispositivo em análise:

RECURSO ESPECIAL – UNIÃO ESTÁVEL – APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL – NECESSIDADE – COMPANHEIRO SUPÉRSTITE – PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL – OBSERVÂNCIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“*no que couber*”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II – A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV – Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V – Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI – Recurso parcialmente provido.³¹

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 339.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.090.722 – SP – 3ª turma – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../recurso-especial-resp...sp.../inteiro-teor-1682175>. Acesso em: 10 jul. 2017.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA NUBENTES ACIMA DE 70 (SETENTA) ANOS

Segundo dados do IBGE, até o ano de 2060 a população idosa com 60 anos ou mais irá ultrapassar o patamar de 70 milhões de brasileiros. A população brasileira encontra-se em pleno processo de envelhecimento e envelhecer é um direito humano fundamental³².

Cabe ao Estado e a sociedade de um modo geral, o dever de proporcionar à população, agora idosa, o uso e a proteção de todos os seus direitos. Dessa afirmação se infere o direito de envelhecer e ter sua dignidade e isonomia preservada.

Conforme explanado no capítulo introdutório, o presente trabalho tem por escopo a análise de inconstitucionalidade do inciso II do art.1.641 do Código Civil de 2002, que insere no ordenamento infraconstitucional norma maculadora do espírito da atual Constituição: nubentes acima de 70 (anos) não possuem o direito, assegurado ao restante da população, de escolher o regime patrimonial que irá dividir com quem irá repartir algo muito mais importante: sua vida.

O capítulo que agora segue, tem a finalidade de descortinar a inconstitucionalidade do mencionado artigo em confronto com o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

4.1 Dignidades da pessoa humana

Dignidade da pessoa humana é hoje um dos mais importantes institutos do direito pós-normativista. Sob a perspectiva ética e política, tamanha é sua importância, que alguns autores a elegeram como a justificação moral para a existência dos direitos humanos fundamentais e alicerce principal de um Estado Democrático de Direito. Com o final de século XX, esse importante instituto alcança no Direito a classificação de princípio jurídico³³:

Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem

³² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

³³ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 8 jul. 2017. p. 10.

deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.³⁴

Na atual Constituição, o valor dado a esse princípio jurídico não haveria de ser diferente. Trata-se do fio moral condutor de toda produção, interpretação e ponderação das normas constitucionais e infraconstitucionais. No ensinamento de Alexandre de Morais:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.³⁵

É sob a égide desse importante princípio, previsto no art.1º, III da Constituição de 1988, que a inconstitucionalidade do art.1641, inciso II torna-se flagrante. A justificativa de proteção patrimonial não sustenta a senilidade forçada e generalizada bem como o constrangimento pessoal e social imposta ao cidadão em perfeito gozo de suas faculdades mentais. Trata-se de ofensa direta a dignidade de pessoas idosas, regramento que não se compatibiliza com o espírito da atual Constituição. Tal norma afeta o valor da pessoa humana e do mesmo modo a autonomia de sua vontade, elementos formadores do princípio em comento.

O valor da pessoa humana é intrínseco a sua natureza. Traduz-se na elevação do ser humano como fim em si mesmo, algo imensurável:

Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti- utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular.³⁶

Por sua vez, autonomia da vontade relaciona-se ao direito de autodeterminação como ser humano perante a sociedade e o direito de todo cidadão em ser livre para desenvolver sua personalidade³⁷, traço suprimido pela norma em análise:

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 8 jul. 2017. p. 10.

³⁵ MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60. (grifo do autor).

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 8 jul. 2017. p. 23.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 8 jul. 2017. p. 24-25.

A autonomia é o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas³⁸.

4.2 Isonomias

A Constituição Federal estabeleceu uma tríplice responsabilidade pelo amparo à pessoa idosa: da família, da sociedade e do Estado. Desse modo, ao estado compete não apenas impedir o exercício dos direitos fundamentais dos longevos, mas, sobretudo, garantir que a fruição desses direitos seja plena³⁹.

Pelo princípio da igualdade, adotado pela constituição em seu art. 5º, caput, todos os cidadãos estão equiparados em direitos e capacidades, motivo pelo qual devem ser tratados de maneira idêntica pela lei. Trata-se de um mandamento que norteia tanto as atividades legislativas e executivas, quando da edição de leis e atos normativos (igualdade na lei), quanto as atividades do intérprete e do particular na aplicação do direito ao caso concreto (igualdade perante a lei). Seja qual for a perspectiva, o ato praticado não pode ser arbitrariamente alicerçado em bases discriminatórias, preconceituosas, racistas ou sexistas⁴⁰.

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.

De modo geral, os direitos fundamentais previstos na Constituição desempenham funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica, de modo que a própria estrutura desses direitos assuma, não raras vezes, mais de um significado. Nesse sentido, o princípio constitucional da igualdade opera em dois planos distintos: o formal e o material⁴¹.

O sentido formal refere-se a uma atuação negativa do Estado no plano jurídico-formal, o qual deve observar a proibição de estabelecer critérios discriminatórios, subordinando todos os indivíduos ao império de uma lei geral e abstrata.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>> Acesso em: 8 jul. 2017. p. 24.

³⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tendências em direitos fundamentais**: possibilidade de atuação do ministério público, volume 1. Brasília, DF: CNMP, 2016. p. 60.

⁴⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2013. p. 122.

⁴¹ MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156.

Com o nascimento do Estado Social, organização política e econômica que busca promover o desenvolvimento social, o princípio da Igualdade ganha novos contornos, exigindo, para sua concretização, uma atuação positiva do Estado. Essa nova perspectiva reconhece que os indivíduos são dotados de aspectos diferenciadores, seja de ordem histórica, social ou biológica, que dificultam o acesso dessas pessoas aos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a isonomia material busca respeitar a diversidade dos indivíduos e equiparar a concretização de direitos de grupos sociais minoritários, por meio de normas e políticas públicas que impulsionem esses cidadãos e promovam uma efetiva justiça, na qual todos possam, de fato, ter os mesmos direitos e oportunidades. A icônica lição de Rui Barbosa define com precisão a função do Estado frente à sociedade nesse sentido:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁴²

Da junção dos conceitos de Igualdade formal e material sob a ótica da justiça nasce o conceito de Isonomia, que, a partir de critérios determinados, cria uma diferenciação entre os indivíduos, cujo objetivo único consiste em promover o efetivo gozo dos direitos fundamentais a eles destinados antes da vida e até mesmo após a morte.

Nesse sentido, Canotilho e Moreira⁴³ tratam da proibição do arbítrio, pelo qual “nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual”. Dessa brilhante afirmação, infere-se a importância desse elemento discriminador, que deve ser adotado com extrema cautela, sob pena de se incorrer em uma discriminação desproporcional e injusta.

Ao idoso, apenas pelo requisito etário, ainda que esteja no uso de suas plenas capacidades mentais e intelectuais, é furtado o direito de dispor do seu regime de bens. Trata-se de uma norma proibitiva superficialmente isonômica, que promove uma discriminação sobre a pessoa idosa sob o pretexto de protegê-la, mas que se baseia em premissas equivocadas, notadamente a de que se deve proteger o patrimônio do idoso em detrimento da sua dignidade,

⁴² Nota: Trecho de discurso no Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado de Oração aos Moços. Disponível em: <http://www.casaruiiba/rbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2017.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada – Volume I**. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 339-342

bem como que a pessoa que se casa com o idoso não se casa por amor e sim por má fé. Consubstanciando-se em uma norma que vai de encontro tanto ao princípio da igualdade em sentido formal, visto que suprime direitos de indivíduos plenamente capazes, quanto ao princípio da isonomia, pois submete o idoso a uma lei injusta.

O direito a um tratamento verdadeiramente isonômico é fundamental a todo ser humano, seja qual for sua da idade. Trata-se de norma de eficácia plena, cuja exigibilidade independe de qualquer norma regulamentadora, devendo ser assegurada a todos, indistintamente, tanto no ordenamento jurídico, quanto nos atos da vida privada.

5 JURISPRUDÊNCIA

Corroborando o entendimento até aqui sustendo, alguns tribunais solicitados ao se posicionar sobre o inciso II do art.1.641 do Código Civil de 2002 em determinados casos concretos, decidiram pela inconstitucionalidade da referida norma.

O mais emblemático aresto sobre o tema foi prolatado pelo, na época, Des. César Peluzo⁴⁴ em 1998. No caso em análise, a 2º Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo foi instado a se manifestar sobre a ilicitude de doações de imóveis feitos na constância do casamento, no qual um dos cônjuges já possuía mais de 60 anos, idade na qual era aplicado o dispositivo em comento antes da mudança promovida pela Lei nº12.344 de 2010. Segue trecho do voto:

Por que é, pois, que, sob pretexto de vulnerabilidade psíquica, subentendida como doença peculiar da instituição matrimonial, haveriam de ser tolhidos na mais nobre das manifestações humanas, que é o exercício da generosidade e da justiça, apenas os cônjuges - os quais não raro têm largas razões para compartilhar e repartir -, por conta de injunção normativa, esta, sim, decrépita, e cuja menor extravagância está em desestimular, por reação legítima em resguardo da autonomia ética e da liberdade jurídica, que relações não matrimoniais se convertam em casamento? E atentado considerável à estabilidade do ordenamento jurídico é já o descrédito notório, que, provocado pela inconveniência dessa conversão, capaz de satisfazer anseios genuínos e evitar incertezas danosas à ordem social, levaria, ou vem levando, à dessuetude dos casamentos tardios.⁴⁵

E bom que se diga que a decisão refere-se a não recepção do dispositivo em comento, pois há época, 1998, tratava-se de norma inserida em diploma legal anterior a atual Constituição.

Certo da incongruência do malgrado dispositivo, o eminente jurista assevera que a norma não se encontra em consonância com a Constituição de 1988, tratando-se de proibição normativa desarrazoada e discriminatória. Alega que a aplicação do dispositivo viola o princípio da dignidade da pessoa humana e usurpa o direito do conjugue em escolher o regime que entender ser o melhor:

Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida

⁴⁴ O renomado jurista foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal em 2003.

⁴⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Peluzo, Julgado em 18/08/1998.

em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.⁴⁶

Outra importante decisão, prolatada pela 7ª Câmara Civil do Rio Grande do Sul, pela eminência da relatora Maria Berenice Dias, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, decidiu acertadamente pela não aplicação da norma em comento. Segue a transposição da ementa:

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.⁴⁷

No corpo do voto, a relatora baseia-se no valor indissociável da pessoa humana, a qual deve ser pilastra principal de toda interpretação do Código Civil e refuta a visão discriminatória e patrimonialista da imposição do regime:

Antigamente, numa época disseminada pelo preconceito e discriminação, casavam-se os patrimônios das famílias. Hoje, casam-se os afetos, num espírito de liberdade e igualdade, preconizado pela Constituição Federal. E é chocando-se com toda uma evolução social e jurídica que o art. 258, parágrafo único, do Código Civil, foi repetido no art. 1641, inciso II, do atual Código Civil, só nos restando lamentar que tão vetusta e preconceituosa regra, destituída de qualquer cientificidade, tenha mais uma vez sido sufragada pelo legislador brasileiro.⁴⁸

A autora afirma que a imposição do regime pelo atingimento de determinada idade resultaria na perda da dignidade com data marcada:

Incontrovertida, pois, a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana como sendo uma qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Assim, não restam dúvidas que a presunção da incapacidade decorrente do inciso II do parágrafo único do art. 258 do Código Civil de 1916 e inciso II do art. 1641 do Código atual, importa na limitação de tais características. Neste passo, impor-se aos cidadãos a adoção de um regime legal de bens pela superveniência de determinada idade, resultaria na condenação - e com data marcada - da perda da

⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Peluzo, Julgado em 18/08/1998.

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003.

⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003.

dignidade, ou seja, seria como lhes negar o direito à própria vida, enquanto seres humanos capazes, independentes, livres e iguais⁴⁹.

Não somente os acima citados, outros tribunais⁵⁰ brasileiros já optaram pela inconstitucionalidade da norma⁵¹, aproximando o direito civil da guarida constitucional e privilegiando a pessoa humana em detrimento de uma visão simplesmente patrimonialista do diploma civilista.

⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003.

⁵⁰ Alguns julgados de Minas Gerais e Espírito Santo seguem o entendimento esposado (TJ-MG - ARG: 10702096497335002 MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014; e TJ-SE - IIN: 2010107802 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/11/2010, TRIBUNAL PLENO).

⁵¹ DIAS, Lelilane Cabral. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/>>. Acesso em: 8 jul.2017.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo a análise de inconstitucionalidade presente na imposição do regime de separação obrigatória de bens para nubentes acima de 70 anos, mandamento legal insculpido no inciso II do art.1.641 do Código Civil de 2002.

Por certo, a primeira análise que se traz à baila refere-se ao tratamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988, o qual buscou proteger a pessoa idosa, inserindo uma tríplice responsabilidade pelo seu cuidado: Estado, família e sociedade. Sob a guarida da nova ótica constitucional, a velhice passa a ser ressignificada, passando a despir-se de do antigo desvalor a qual era tratada pelo nosso ordenamento, passando a figurar como sujeito de direitos e políticas públicas específicas para a concretização dos mesmos.

Seguindo, cumpre esclarecer os regimes de bens enumerados pelo Código Civil de 2002. Aqui, percebe-se que um grande contraste em relação aos septuagenários: enquanto a regra geral permite que os demais nubentes escolham, inovem ou até mesmo mesquem os regimes existentes, visto que os mesmos se regem pelos princípios da autonomia privada, variedade de regimes e mutabilidade, aos idosos é imposto o regime de separação obrigatória. Referido regime, nos termos do art.1.687, apregoa a incomunicabilidade de bens, seja eles anteriores ou posteriores a união.

É diante dessa imposição que se revela a inconstitucionalidade. A norma citada não se baseia em qualquer critério científico, pelo contrário, sua presença no ordenamento visa proteção patrimonial, ainda que com isso se imponha ao idoso uma incapacidade inexistente, generalizada, seguida de um escancarado constrangimento.

Não cabe a lei, apenas baseando-se em requisito etário, presumir que ao nubente idoso não cabe mais o direito, assegurado de forma livre aos demais, de convencionar a melhor maneira de gerir seus bens com a pessoa com a qual pretende se casar ou manter união estável.

Tal regra vai de encontro com a exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, bem como sua autonomia de vontade, elo moral informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro. O idoso, assim como qualquer outro brasileiro, é dotado de valor e não de preço, e como sujeito de valor, não deve ter sua essência maculada por norma injusta, a qual o expõe ao mesmo tempo em que retira seu direito de autodeterminação diante da sociedade em que vive.

Trata-se de intromissão estatal indevida, desarrazoada, de cunho discriminatório, que nem sequer chega a tangenciar o real sentido de isonomia. Passa a longe, pois, sobre o

pretexto de resguardo patrimonial, cria, a mercê da realidade, uma senilidade generalizada, uma vulnerabilidade psíquica, impondo um critério de incapacidade discriminatório.

E com vista e esse alcance generalizante, injusto e discriminatório que se afirma, assim como vem fazendo boa parte dos tribunais de diversos estados brasileiros, a inconstitucionalidade do preceito legal esculpido no art.1641, II, do Código civilista em contraponto aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e isonomia, previstos respectivamente nos arts.1º, inciso III e 5º da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <<http://www.luísrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tendências em direitos fundamentais: possibilidade de atuação do ministério público**, volume 1. Brasília: CNMP, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. Conselho de Justiça Federa. Enunciados aprovados. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 4. 2007. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/at_download/file>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Presidência da Assembleia Nacional Constituinte. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, em 5 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. Disponível em: <pmdb-rs.org.br/memoria/fl_adm/uploads/arquivos/arquivo_20.doc>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.090.722 – SP – 3ª turma – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010. Disponível em: <stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../recurso-especial-resp...sp.../inteiro-teor-1682175>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1171820 PR 2009/0241311-6, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 07/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp-1171820-pr-2009-0241311-6>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1300036 MT 2011/0295933-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25083097/recurso-especial-resp-1300036-mt-2011-0295933-5-stj/inteiro-teor-25083098>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 108.140/BA, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2000, DJ 02/05/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../peticao-de-recurso-especial-resp-752562>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 286.514/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2-8-2007, DJ 22-10-2007, 4.^a Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19222017/recurso-especial-resp-286514-sp-2000-0115904-6/inteiro-teor-19222018>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 442.629/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 15/09/2003. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Resp+442.629+RJ>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 631.475/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andriighi, julgado em 13-11-2007, DJ 8-2-2008, 3.^a Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8753998/recurso-especial-resp-631475-rs-2004-0023157-7-stj/relatorio-e-voto-13826682>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 646529 SP 2004/0032289-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 22/08/2005 p. 266 REVJMG vol. 173. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/72041/recurso-especial-resp-646529-sp-2004-0032289-0>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 954567 PE 2007/0098236-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 10/05/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Leiliane Dia. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC%20.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada – Volume I**. 4. ed. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Lelilane Cabral. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito: o que é o direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERICGLA, Josep M. **Envejecer - una antropologia de la ancianidad**. Barcelona: Anthropos, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PRESTES, Eduardo. A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade. Disponível em: <[http://www.tcconline. utp.br/media/ tcc/2014/09/A-INCONSTITUCIONALIDADE-DOREGIME-OBRIGATORIO-DE-SEPARACAO-DE-BENS-PARA-PESSOAS-ACIMA-DE-70-ANOS-DE-IDADE.pdf](http://www.tcconline.utp.br/media/tcc/2014/09/A-INCONSTITUCIONALIDADE-DOREGIME-OBRIGATORIO-DE-SEPARACAO-DE-BENS-PARA-PESSOAS-ACIMA-DE-70-ANOS-DE-IDADE.pdf)>. Acesso em: 8 jul. 2017.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000, Marcelino Ramos, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.07.2011, *DJERS* 04.08.2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTIN, Janaína Rigo. O estatuto do idoso: inovações no reconhecimento da dignidade na velhice. Disponível em: <<http://www.associacaoamigosdagrandeidade.com>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Peluzo, Julgado em 18/08/1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2015.