



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**MILENA DUARTE DE ARAÚJO**

**REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AO  
MAIOR DE SETENTA ANOS: UMA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUIONAIS**

**SOUSA - PB  
2011**

**MILENA DUARTE DE ARAÚJO**

**REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AO  
MAIOR DE SETENTA ANOS: UMA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS**

**Monografia apresentada ao Curso de  
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da  
Universidade Federal de Campina  
Grande, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharela em  
Ciências Jurídicas e Sociais.**

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.**

**SOUSA - PB  
2011**



A659r Araújo, Milena Duarte de.  
Regime da separação obrigatória de bens imposto ao maior de setenta anos: uma afronta aos princípios constitucionais. / Milena Duarte de Araújo. - Sousa - PB: [s.n], 2011.

52 f.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Separação obrigatória de bens. 2. Maiores de setenta anos – separação e bens. 3. Código Civil. 4. Direito Civil - Idosos. 5. Idoso – dignidade da pessoa humana. 6. Matrimônio – consequências patrimoniais. 7. Direito de família. I. Barbosa, Maria dos Remédios de Lima. II. Título.

CDU: 347.626.4-053.9(043.1)

**Elaboração da Ficha Catalográfica:**

Johnny Rodrigues Barbosa  
Bibliotecário-Documentalista  
CRB-15/626

MILENA DUARTE DE ARAÚJO

REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AO MAIOR DE  
SETENTA ANOS: UMA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao Curso de Ciências  
Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, em  
cumprimento dos requisitos necessários  
para obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria dos  
Remédios de Lima Barbosa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 08 de novembro de 2011

---

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria dos Remédios de Lima Barbosa – UFCG  
Professora Orientadora

---

Petrúcia Marques Sarmiento Moreira  
Examinador interno

---

Admilson Leite de Almeida Junior  
Examinador externo

Dedico à mulher que me inspira, minha  
luz e meu orgulho, meu exemplo, à  
minha mãe, Sandra Duarte.

## AGRADECIMENTOS

Intensamente grata à Deus, minha fonte de fé e amor. O principal responsável por todas as minhas conquistas. O Senhor que diante de toda escuridão, sempre me conduz ao caminho da luz. Sua sabedoria é fonte que guia meus passos ao longo do percurso da vida, para que hoje eu pudesse realizar este sonho.

Agradeço a minha mãe, Sandra Duarte, pela dedicação que empenhou para educar minhas irmãs e eu. Ela é a maior e melhor inspiração que eu tenho. Ela é merecedora de todo o amor, orgulho e admiração que sinto. Jamais chegaria onde estou se não fosse por ela, sem seus conselhos, seu incentivo e sua força.

Ao meu pai, por toda garra e esforço dedicado à família. Pelo modo como procura, a cada dia, superar as dificuldades que a vida vem lhe impondo. Pela forma que tem batalhado para continuarmos juntos. Por todo o amor e esperança em mim depositados.

Às minhas irmãs, Mayana e Mayara, por todas as conquistas, lágrimas, brigas e superações que tivemos, e ainda teremos. Por permanecerem ao meu lado sempre. Por todo o amor que nos une. Por toda a vida que Deus nos permitiu caminhar, construir e partilhar.

Ao meu sobrinho Davi, que chega ao mundo com a missão de trazer amor e paz a todos. Por ser a luz que guiará a família, um presente de Deus.

À minha família, meu alicerce. Meu sustentáculo.

À Aline e sua família, que foram verdadeiros anjos que Deus colocou na minha vida. Por toda ajuda, todas as orações, todo o amparo, toda a preocupação e toda paciência a mim dedicados.

À Nathalie, Aline e Tissiany por permanecerem ao meu lado, me dando força e conselhos. Pelos puxões de orelha, pelas festas, pelas noites de conversas. Por

consequirem transformar minha vida em constante alegria. Por caminharem comigo durante toda essa jornada, com todo o companheirismo e cumplicidade.

A Felipe, por toda paciência, compreensão, apoio e amor que esteve presente entre nós. Por todos os momentos que nos foram únicos, pelos sorrisos, pelo carinho e pela amizade que conquistamos. Companheiro e cúmplice.

Aos meus amigos por fazerem parte da minha jornada, pelo companheirismo, por todos os momentos em que permanecemos juntos. Pelos 5 anos compartilhados e todas as aventuras vividas.

À Remédios Barbosa, a melhor professora e orientadora, por toda ajuda, dedicação e alento para a produção deste trabalho.

A minha querida professora Cecília Paranhos pela presteza e colaboração, por todo o auxílio e incentivo. Pela amizade e o apego que nutrimos e que permanecerá.

“Se você for dolorosamente temeroso  
em relação à idade, ela se mostrará  
mais. A vida não acaba aos trinta.  
Idade é só um número.”

(Jeanne Moreau)

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a afronta aos princípios constitucionais cometida pelo artigo 1.641, II do Código Civil, que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos de idade. Ao encarar o tema, a sustentação incide na tese que a imposição legal foge ao que preceitua a Constituição Federal, ao promover a discriminação do maior de setenta anos, sem prévia comprovação do estado senil, bem como sem decisão anterior que comprove a interdição por incapacidade absoluta do mesmo. Critica o modo como a legislação civil aduz que o simples avançar da idade se faz causa determinante para a incapacidade, ao passo que não admite possibilidade de mudança do regime, como ocorre nos demais casos em que há esta imposição normativa. Visa analisar a temática apontando como objetivo geral, a afronta aos princípios norteadores da sociedade brasileira pelo dispositivo do Código Civil ao impor o regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos. Promove uma explanação da constitucionalização do Direito Civil, da instituição casamento e suas conseqüências patrimoniais, do lugar do idoso na sociedade e da imposição feita pelo inciso segundo do artigo 1.641. Utiliza-se a metodologia de pesquisa do tipo bibliográfica, através de documentação indireta, com análise de doutrinas e lei, propondo uma abordagem dedutiva do tema estudado. Neste sentido, como conclusão se observa que é necessário analisar as minúcias do caso concreto, e estabelecer critérios mais específicos para a aplicação do dispositivo, ou sua revogação por não possuir respaldo na atual conjuntura normativa e social brasileira.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do direito civil. Separação obrigatória de bens. Princípios constitucionais. Maior de setenta anos.

## RÉSUMÉ

Le présent travail objective étudier l'offense aux principes constitutionnels faire par l'article 1. 641, II du Code Civil, qui impose le régime obligatoire de séparation de biens aux plus de soixante-dix ans et l'âge. Au regarder le thème, le soutien se refléter dans la thèse qui l'imposition légale fuit au qui dicte la Constitution Fédérale, au promouvoir la discrimination du plus de soixante-dix ans et l'âge, sans préalable preuve d'état sénile, pendant que sans décision antérieure qui prouve l'interdiction par l'incapacité absolue du même. Critique le moyen comment la législation civile expose qui le simple avancer de l'âge est cause déterminant pour l'incapacité, tandis que n'admet pas la possibilité de changement de régime, comme succède dans les autres cas en qu'il y a cette imposition normatif. Vise à analyser la thématique indiquant comme l'objectif général, l'affront aux principes directeurs de la société brésilienne par le dispositif du Code Civile pour faire imposer le régime de la séparation obligatoire à plus de soixante-dix ans. Promouvoit une élucidation de la constitutionnalisation du Droit Civil, de l'institution mariage et ses conséquences patrimoniaux, de la place des personnes âgées dans la société et de l'imposition exercées par l'incisé seconde de l'article 1.641. C'est utilisée la méthodologie de recherche de type bibliographique, à travers de la documentation indirecte, avec l'analyse de doctrines et loi, proposant une approche déductive du thème étudié. En ce sens, comme une conclusion qui se observe qu'est nécessaire d'examiner les détails du cas concret, et à établir des critères plus précis pour l'application du dispositif, ou son révocation par n'a pas soutien dans l'actual environnement normatif et social brésilienne.

Mots-clés: Constitutionnalisation du Droit Civil. Separation obligatoire de biens. Principes constitutionnels. Plus de soixante-dix ans et l'âge

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....   | 11 |
| <b>2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DE SUA ATUAL CODIFICAÇÃO</b> ..... | 15 |
| 2.1 A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO CONSEQÜÊNCIA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO SOCIAL.....  | 15 |
| 2.2 DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB A ÓPTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....   | 18 |
| <b>3 A FAMÍLIA OBSERVADA NOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O MATRIMÔNIO COM SUAS CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS</b> .....            | 25 |
| 3.1 A ENTIDADE FAMILIAR E SUA COLOCAÇÃO COMO BASE FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE .....  | 25 |
| 3.2 O CASAMENTO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURIDICO PÁTRIO .....   | 28 |
| 3.3 OS REFLEXOS PATRIMONIAIS ADVINDOS DOS REGIMES DE BENS ELENCADOS PELO CÓDIGO CIVIL.....  | 31 |
| <b>4 A IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE</b> .....   | 36 |
| 4.1 O LUGAR DO IDOSO É NA SOCIEDADE .....   | 36 |
| 4.2 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.641,II DO CÓDIGO CIVIL E A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....                             | 40 |
| <b>5 CONCLUSÃO</b> .....  | 49 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | 51 |

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, que em seu texto procurou defender e preservar os direitos e garantias fundamentais. Objetivou defender as minorias, as diferentes classes, a sociedade como um todo, sem se esquecer de cada um individualmente.

Faz-se necessário entender que a incidência dos valores constitucionais no Direito Civil reflete-se no fato de que, hodiernamente, as explicações relacionadas a esse ramo do direito promovem a dignidade da pessoa humana.

No sistema jurídico brasileiro os princípios são a base do Estado Democrático de Direito defendido pela Carta Magna. Valores culturais e sociais foram, ao longo do tempo, solidificando-se como preceitos fundamentais da sociedade brasileira. Princípios como o da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, todos presentes no artigo 5º da Constituição Federal garantem equivalência e isonomia de tratamento a todos, afastando qualquer tipo de discriminação.

Diante do que o ordenamento jurídico defende infere-se que as diferenças devem ser respeitadas. Que não há, no ordenamento jurídico, espaços vagos para o cultivo de discriminações, injustiças e desrespeito.

No Direito de Família não é diferente, ao ser interpretado em observância do que preconiza a Constituição Federal superou-se o caráter patrimonialista que lhe era conferido pelo antigo Código Civil e as relações familiares passaram a ter como base a afetividade e a dignidade da pessoa humana.

Pode-se afirmar que o casamento é um dos institutos mais importantes do direito civil pátrio. Juntamente com o testamento, se perfaz de mais formalidades no momento de sua realização, procurando enquadrar-se aos preceitos basilares do direito. O legislador o reconheceu como a mais importante instituição do direito de família. E por ato solene e formal que é, depara-se com algumas exigências e conseqüências, previstas no Código Civil.

Algumas das exigências descritas pelo texto legal vinculam-se diretamente ao patrimônio dos envolvidos. E para tratar desta questão patrimonial o legislador criou alguns regimes de bens, que possuem o escopo de conferir a devida gerência aos bens, sejam eles pertencentes a um ou ambos os cônjuges.

Com a disposição dos regimes de bens, pela norma civilista, conferiu-se aos noivos a possibilidade da livre escolha do regime de bens. Previu ainda que o regime da comunhão parcial de bens prevalece quando não houver determinação expressa de qual regime o casal elegeu.

Embora a lei tenha conferido o direito de escolha do regime de bens, trouxe alguns casos em que não se permite que esse direito seja exercido, são os casos disciplinados no artigo 1.641 do Código Civil. Quando as núpcias forem contraídas com existência de causas suspensivas à celebração, quando pelo menos um dos nubentes possuir idade superior a setenta anos e se um deles depender de suprimento judicial para a realização da cerimônia.

O legislador impôs algumas situações entendidas como prevenção de eventuais prejuízos, ou ainda como forma de sanção pela inobservância dos requisitos exigidos à realização do casamento.

De todas as causas que impedem a escolha do regime, apenas nos casos envolvendo maiores de setenta anos não há possibilidade de mudança posterior por causas supervenientes, visto que tal disposição não abre margem a causas que mudem sua condição. Com isso há visível afronta aos preceitos defendidos pela Carta Magna, visto que trata de forma diferenciada os idosos, como se estes não tivessem condições mentais de escolha. Cria, tal dispositivo, um conceito prévio a cerca do discernimento dos maiores de setenta anos. Diminui suas faculdades, sem que antes haja nenhum tipo de teste ou prova da senilidade.

A presente pesquisa busca discutir o desrespeito direcionado aos idosos pela norma civilista quando da imposição legal feita pelo artigo 1.641, II; que infringe os direitos garantidos de que todos são iguais, não permitindo ações discriminatórias e repudiando atos atentatórios à dignidade e liberdade de todos.

A imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos vai de encontro com o defendido pela *Lex Matior*, assim como afronta o Estatuto do Idoso que afirma ser dever da sociedade a preservação e o cuidado com os mais velhos. Essa restrição legal acaba por diminuir a capacidade dessa classe, presume-se que há incapacidade mental, sem que para tal diagnóstico haja nenhuma prova da condição alegada pela norma. A incomunicabilidade dos bens é absoluta, visto que não há forma de reverter a situação, o que implica em aferir que a presunção de incapacidade dos maiores de setenta anos é *juris et de jure*.

Para a concretização deste projeto fora empregado o método de pesquisa exegético-jurídico que permite interpretar a letra da lei, bem como informações apresentadas por juristas e estudiosos sobre o tema. Utilizou-se também o método bibliográfico, fazendo uso de fontes documentais indiretas secundárias explorando doutrina de grande respaldo na seara acadêmica sob diversas formas, por meio de livros, artigos científicos e vasta documentação oficial. E por fim, aplicou-se o método hermenêutico, com o qual se fez a interpretação extensiva da legislação para melhor compreensão do tema abordado, adequando sua condição enquanto lei à realidade social na qual se encontra inserida.

O método de abordagem desta pesquisa é o método dedutivo, visto que a análise do tema foi explanado de modo a enfatizar os aspectos gerais em detrimento das especificidades do tema. No que tange ao método de procedimento foi usado o monográfico, e técnica de pesquisa com base em documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica e documental.

O estudo foi subdividido em três capítulos inter-relacionados. No Capítulo I, A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro e a Dignidade da Pessoa Humana como base de sua atual codificação, no qual traçou-se um estudo evolutivo das relações abarcadas pelo Direito Civil. Objetivando elucidar teoricamente a evolução social e a sua influência no modo de interpretação do direito, o abandono do caráter patrimonialista do Código Civil, a inversão dos valores trazidos pela Constituição de 1988, bem como a mudança na interpretação da legislação civil que passou a observar os preceitos constitucionais.

No segundo Capítulo, A Família observada nos moldes da Constituição Federal e o matrimônio com suas consequências patrimoniais, buscou-se estabelecer os fundamentos relativos à família presentes no texto constitucional, a importância conferida, pelo Código Civil, a instituição do casamento e as consequências patrimoniais advindas de sua celebração representadas pelos regimes de bens. As formalidades exigidas para a realização do ato matrimonial e as peculiaridades referentes a cada um dos regimes de bens elencados pelo Código Civil fazem parte deste segundo capítulo.

No Capítulo III, A imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos de idade, objetivou-se um estudo teórico e compreensivo do regime de bens elencado pelo inciso segundo do artigo 1.641 do Código Civil. As implicações e elucidaciones advindas de sua interpretação e consequente aplicação. A afronta ao

que dispõe a Constituição. O desrespeito à dignidade da pessoa humana, bem como a discriminação conferida aos maiores de setenta anos de idade pelo dispositivo em comento. Analisou-se, também, a impossibilidade da mudança do regime pela superveniência da causa, assim como a dedução legislativa da incapacidade gerada pelo cômputo dos setenta anos de idade sem prévio exame psicológico ou decisão judicial de interdição.

Buscou-se ante o exposto fazer um estudo mais particularizado sobre o tema, analisando detalhadamente as causas e consequências desta imposição legal. A irrazoabilidade da norma foi amplamente avaliada tanto no âmbito jurídico como no sociológico, bem como as implicações de sua aplicação e os reflexos que causam.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DE SUA ATUAL CODIFICAÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 procurou conferir unidade de interpretação dos vários ramos do direito, ao passo que abordou, em seu texto, dispositivos referentes aos mais diversos assuntos.

Diante disso a legislação civilista sofreu inúmeras mudanças, principalmente no que se refere a sua forma de ser interpretada. O que antes tinha sua própria forma de ser aplicada, com as mudanças trazidas pela Constituição de 1988, passou então a seguir uma unidade lógica de interpretação, conforme o que dispõe os preceitos constitucionais.

Para melhor visualizar esse processo, apresenta-se como necessidade primordial a recapitulação do Direito Civil ao longo do tempo e sua conseqüente constitucionalização.

O novo ordenamento jurídico abalizado pela Constituição de 1988 sofreu influências das conquistas sociais. A Constituição passou a ocupar espaço central no ordenamento jurídico. Enquanto que o Direito Civil passou a ser observado de acordo com os ditames humanísticos, presentes nos princípios constitucionais.

Pode-se notar que ao longo da evolução da sociedade e conseqüentemente do direito, as leis civis se encontram num patamar privilegiado em relação aos demais ramos do direito, por tratar principalmente das relações interpessoais vinculadas diretamente às conquistas econômico/patrimoniais.

### **2.1 A CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO CONSEQÜÊNCIA DA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO SOCIAL**

Com o advento da Revolução Francesa, no século XVIII, a sociedade passou a gerir-se por um contexto mais humanizado e liberal, fazendo com que surgisse um denominado Estado de Direito, no qual a segurança jurídica pode ser exemplificada com o individualismo jurídico e limitação do poder estatal em

observância aos direitos e liberdades que foram sendo conquistados ao longo desse período. Tais conquistas terminaram ensejando a formação do Estado Liberal no qual se pode verificar a preponderância da autonomia individual demonstrada, primordialmente, no que se refere ao campo econômico e patrimonial, além da austera delimitação dos poderes do Estado em intervir nas relações jurídicas privadas.

Influenciado pelos movimentos que vinham mudando o modo de pensar da sociedade desde o século XVII, esta se viu na necessidade de diminuir cada vez mais o poder do Governo/Estado e submeter suas ações ao crivo legal, fato esse que acabou acarretando o fim do Estado opressor.

Com a efetiva delimitação do poder estatal e o surgimento do Estado Liberal pode-se constatar uma verdadeira onda de constitucionalismo e codificação de direitos. As constituições versavam, principalmente, sobre as limitações do Estado e seu poder político, sem se ater às relações entre os particulares. Enquanto que os códigos civis preocuparam-se em tratar das relações intersubjetivas, principalmente as de cunho patrimonial, como assevera Netto Lôbo (2004),

Na verdade, a codificação, especialmente a codificação civil, cristalizou os valores do liberalismo burguês da época, que tinha por fundamento central a patrimonialização das relações civis. Era o predomínio do ter sobre o ser. O homem destinatário da codificação civil sempre foi aquele dotado de patrimônio. E há uma justificção histórica porque, no seu momento, representou a emancipação do homem.

Pode-se perceber que a citada cristalização de valores induziu a criação de constituições que pouco trataram das relações entre os particulares, ou que consagrassem direitos e garantias fundamentais, mas apenas houve a preocupação de limitar a atuação estatal no que se referisse às relações interpessoais, bem como ao poderio econômico. Esse tipo de organização conferido às constituições permitiu que os Códigos Civis da época, arraigados de pensamentos liberais, tratassem de assuntos da esfera privada e recebessem o status de constituições do direito privado. Com a euforia dos direitos “recém-conquistados” e a tentativa de diminuir a esfera de atuação estatal nos interesses particulares, observou-se, em vários momentos, que a Constituição era interpretada conforme o Código Civil, e não o contrário, como deve ser.

Ao Estado coube codificar as normas relativas às liberdades privadas em âmbito infraconstitucional, códigos civis, tendo como base a ampliação da autonomia individual no seu caráter econômico e patrimonial. Com a intensificação da supremacia econômica nas relações interpessoais e a diminuição do poderio estatal, a sociedade foi se afastando cada vez mais da promoção de uma justiça social. As codificações de cunho liberal e a ausência de constituições que versassem sobre a economia deu ensejo a uma exploração das massas. A opressão não mais partia do Estado, mas da classe burguesa que detinha os meios de produção bem como o capital, esse fardo continuou sendo carregado pelo povo, o que gerou algumas reações e conflitos que resultou no surgimento de um Estado Social.

No Estado Social há a regulamentação da ordem econômica e social na Constituição, e não apenas a limitação dos poderes estatais, como era no Estado Liberal, passou-se então a limitar tanto o poder político do Estado, como o poder econômico. Com a abordagem social presente na Constituição fez-se necessária a inclusão, em seu texto, de assuntos como a saúde, a educação, a cultura, o esporte, o trabalho, a seguridade social e outros que refletem as conquistas traduzidas nos valores de justiça social, dominante no século XX. As aquisições materiais e de direito fizeram com que a sociedade passasse a exigir maior acesso aos serviços e bens oriundos das relações econômicas. (MOREIRA, 2007)

O Estado passa a intervir na esfera econômica e social em proveito da coletividade. A mudança de pensamento da sociedade fez com que houvesse tratamento diferenciado ao campo econômico/patrimonialista que vinha sendo observado desde o Estado Liberal. No Estado Social a visão individualista perde espaço para o interesse social e dignidade humana. Data vênua, observaram-se mudanças no que tange ao Direito Civil, muito embora não se tenha abandonado por completo a ideologia arraçoada pelo Estado Liberal. Características estas que podem ser claramente visualizadas no Código Civil Brasileiro de 1916.

Ainda no que tange ao Código Civil de 1916, percebia-se nitidamente que sua maior preocupação referia-se, primordialmente, às relações patrimoniais e possuía como princípio instituidor e fundamental o da autonomia da vontade, para o qual o poder de decidir praticar ou não um determinado ato depende exclusivamente da vontade pessoal. A vontade e o interesse pessoal de cada indivíduo prevalecia no momento da realização de qualquer ato ou negócio jurídico, bem como na gerencia do patrimônio familiar.

Para Bianca Medran Moreira (2007):

Os códigos civis que outrora desempenharam funções relevantes e foram o núcleo do direito positivo, hoje são obsoletos e constituem óbice ao desenvolvimento do direito civil. A mudança no plano constitucional, não caminhou junto com uma mudança nas codificações civis, e estas últimas restaram engessadas na tutela dos valores do passado. Exatamente por isso, o jurista deve interpretar o Código Civil segundo a Constituição e, em hipótese nenhuma, o contrário.

Dito isto, houve a necessidade de inversão dos valores que por ora se encontravam invertidos, ou seja, fez-se essencial que as leis civis seguissem o mesmo tratamento direcionado às demais leis infraconstitucionais do ordenamento, qual sejam, todas sendo interpretadas conforme as disposições constitucionais. Passado o Estado Liberal não cabia mais “impor” a interpretação de acordo com os códigos civis, principalmente no Estado Democrático de Direito, para o qual a Constituição representa o topo do ordenamento jurídico.

## 2.2 DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL SOB A ÓPTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988 a dignidade da pessoa humana vestiu-se de relevância e passou a ser ressaltada como a base do Estado Democrático de Direito.

A *Lex legum* de 1988 ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, que em seu texto procurou defender e preservar os direitos e garantias fundamentais. Objetivou amparar as minorias, as diferentes classes, a sociedade como um todo, sem se esquecer do indivíduo.

No sistema jurídico brasileiro os princípios são a base do Estado Democrático de Direito defendido pela Carta Magna. Valores culturais e sociais foram, ao longo do tempo, solidificando-se como preceitos fundamentais da sociedade brasileira. Princípios como o da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, encontram-se presentes no artigo 5º da Constituição Federal e

trazem equivalência e isonomia de tratamento a todos, afastando qualquer tipo de discriminação.

Diante do que o ordenamento jurídico passou a defender, com o texto constitucional de 1988, pode-se inferir que as diferenças devem ser respeitadas. Que não há, no ordenamento jurídico, espaços vagos para o cultivo de discriminações, injustiças e desrespeitos que afrontem a dignidade da pessoa humana.

As novas garantias passaram a divergir do que vinha sendo arrazoado pelo Código Civil de 1916. As transformações sociais acabaram por afastar o caráter patrimonial e individualista da antiga codificação civil, fazendo-se necessárias modificações mais profundas na legislação civil, enfatizando-se cada vez mais os valores sociais.

Hodiernamente as relações interpessoais tornaram-se mais complexas, fazendo parte da realidade jurídica não apenas o Código Civil, mas códigos que inauguram uma série de “novos direitos” como direito da criança e do adolescente, do consumidor, do idoso, do meio ambiente.

Caminho não muito diferente pode ser observado no que concerne ao direito de família, que mesmo fazendo parte das codificações mais antigas não acompanhava a evolução que a sociedade vinha passando. No novo ordenamento o direito de família foi um dos ramos que mais recebeu influências dessas mudanças, a igualdade e as liberdades, por tanto tempo defendidas, deixavam a família à margem de suas conquistas. A família, a mulher, os filhos, o casamento, todos esses passaram a gozar das mudanças almejadas ao longo dos tempos.

Com o direito de família a mulher passou a ter o mesmo papel conferido ao homem, direitos e deveres, bem como no que se refere aos filhos, não pode mais existir diferença entre os havidos ou não na constância do casamento. A partir de então realizou-se a equiparação dos filhos e seus interesses patrimoniais. Na mesma proporção o casamento sofreu mudanças em sua concepção, na forma de gerenciamento dos bens do casal, passou-se acentuar o caráter afetivo existente nas relações formadoras da família.

Como se pode verificar, o direito civil angariou profundas mudanças, principalmente no que se refere ao seu elemento central, sua essência, visto que as questões econômico/patrimoniais deram lugar às preocupações sociais representadas na pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, princípio basilar

do ordenamento jurídico pátrio, vem cada dia mais ganhando espaço na codificação civil. Embora no Código Civil Brasileiro de 2002 ainda tenha alguns exemplares que distam das exigências deste princípio, posto que ainda apega-se em determinadas circunstâncias ao patrimônio e, apesar disso trouxe um texto inovador se comparado ao que até então fora defendido pelo código de 1916.

As mudanças da realidade social exigem cada dia mais que haja adequação do direito ao que prega a Constituição em seus fundamentos. O homem volta ao centro dos interesses e aspirações sociais, mas não numa visão egocêntrica como há tempos fora pregado. O homem passa a ocupar destaque enquanto ser humano que é.

Na atualidade os valores sociais se fundam e justificam na dignidade da pessoa humana. As relações civis devem, por isso, amoldar-se aos fundamentos constitucionais. O patrimônio passa a ser coadjuvante diante das novas exigências normativas, com a centralização do homem nas relações, inclusive no Direito Civil. A busca pela realização e atendimento das necessidades básicas das pessoas tem, cada vez mais, abandonado o caráter patrimonialista presente nas primeiras codificações. Houve um redirecionamento nas idealizações jurídicas, visto que a partir de então o homem passa a ser observado antes de seu patrimônio.

No Código de 1916 era tão evidente a patrimonialização das relações jurídicas que mesmo o direito de família, com toda sua pessoalidade, interessava-se mais pelas questões patrimoniais, conforme podia se verificar nos institutos da tutela, curatela, do pródigo onde a principal preocupação era a administração dos bens dos envolvidos. A proteção conferida apenas aos filhos havidos na constância do casamento dava-se com o intuito de garantir o patrimônio da família. (LÔBO, 2002)

Stolze e Pamplona (2010, p. 92) exploraram a mudança no entendimento jurídico ocorrida com a promulgação da nova codificação, ou seja, que se encontra presente entre os códigos civis de 1916 e 2002, afirmando que:

O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX.

Preocupa-se com o "ter", e não com o "ser".

Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva

de terras, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais.

Os sujeitos de direito passaram a ser tomados não apenas como possuidores de bens, mas o caráter pessoal tomou para si a importância antes direcionada ao patrimônio. Faz-se necessário que os civilistas passem a tratar as relações em consonância com as novas dimensões trazidas pelo ordenamento jurídico, deve-se observar as pessoas em seus valores morais, éticos e sociais como adotado pelos fundamentos constitucionais.

Este caráter de conferir mais pessoalidade ou mesmo personalidade ao Direito Civil tem sido trabalhado como uma repersonalização da esfera civil. Ao que se refere esta expressão, assegura Fachin (*apud* MOREIRA, 2007) que:

a 'repersonalização' do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.

Com a passagem transcrita acima, pode-se notar que o lugar ocupado pelo princípio da dignidade da pessoa humana é de suma importância não apenas nas relações interpessoais, mas tornou-se o princípio norteador, basilar do Estado.

Para o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis (2008), do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul:

O princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado apriorístico, preexistente à toda a experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Assim, não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional.

É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

Não basta a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.

A dignidade a que se tem direito está vinculada à condição de ser homem, independente de escolhas, cor, religião, idade. O fato gerador e garantidor desse princípio é a qualidade de ser humano. É uma garantia *sine qua non* à condição de ser homem, intrínseca a todas as relações, ações e desejos humanos.

O princípio da dignidade juntamente com o da isonomia e da liberdade buscam estabelecer uma equivalência legal a todos. Com as mudanças ocorridas no seio da sociedade passou-se a exigir uma nova forma de interpretar o direito, diferente não seria ao que se refere o direito civil. Este por sua vez, ao ser interpretado, deve buscar atender e respeitar aos ditames constitucionais, principalmente no que se refere aos princípios acima citados.

A igualdade jurídica é defendida e garantida a todos que se encontram em iguais condições, da mesma forma que as leis muitas vezes proporcionam equidade jurídica aos que, de certa forma, gozam de condições desiguais. Exemplo dessa equiparação pode ser observada nas relações consumeristas, nas quais o consumidor goza de certos privilégios garantidos pelo CDC. O contrário acontece quando o assunto é o regime de bens quando os nubentes forem maiores de 70 anos. Nesse caso a lei civil trata-os de forma desigual e preconceituosa ao lhes impor o regime da separação obrigatória de bens, pelo simples argumento da idade avançada.

Essa determinação encontra-se no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002 e afronta brutalmente não apenas as conquistas sociais, como também o que é defendido pelo Estatuto do Idoso e a Constituição Federal.

A defesa da igualdade, da liberdade, bem como da dignidade da pessoa humana protegida e difundida por todo o ordenamento jurídico brasileiro torna-se obsoleta diante de dispositivos normativos que traduzem a preocupação com o patrimônio em detrimento da felicidade e afetividade buscada por essas pessoas.

No caso dos maiores de 70 anos que pretendem casar-se a lei lhes confere uma desigualdade formal ao passo que limita seu poder de liberdade e de escolha, tomando por base apenas a idade, sem nenhuma outra prova que de fato não possui o discernimento necessário para a escolha do regime de bens. O citado artigo menciona exatamente uma regulamentação jurídica que se encontra totalmente inserida no contexto patriarcal e patrimonialista que era encontrado nos códigos dos séculos passados.

Dispositivos como este estão presentes no Código Civil de forma a contrariar a dita repersonalização da legislação civil, demonstrando que o Código Civil de 2002, mesmo trazendo muitas inovações quando comparado ao anterior, não conseguiu se desvincular por completo do caráter econômico/patrimonial presentes nas antigas relações privadas, visto que carrega em seu bojo alguns preceitos de caráter meramente patrimonial.

Pelos diversos movimentos sociais que marcaram a transição do Estado Liberal para o Estado Social percebeu-se o aumento da intervenção do Estado nas relações privadas, principalmente as de cunho econômico. Essas mudanças refletem o abandono do caráter individualista, passando a preocupar-se com a proteção do homem em si, ou seja, da pessoa humana inserido na sociedade.

Atualmente tem-se buscado priorizar o ser humano e garantir-lhe o bem-estar social através do respeito à dignidade da pessoa humana. O Código Civil foi aos poucos perdendo o caráter absoluto, que lhe era conferido nas antigas codificações, e passou a respeitar o que determina a Constituição Federal. Não há mais a interpretação desta em consonância com a Lei civil, mas há, agora, uma vinculação desta com os preceitos constitucionais.

A supremacia conferida, pela Constituição, ao princípio da dignidade da pessoa humana fez com que todos os ramos do direito passassem a ser interpretados de acordo com o que preceitua este princípio, o direito ganhou caracteres mais humanizados, uma preocupação mais social.

A repersonalização do direito civil reflete exatamente as transformações ocorridas na sociedade. O ordenamento jurídico passou a analisar as relações humanas de forma a centralizar o homem em si, e não em relação aos bens que possui. Foi conferido ao direito civil uma qualidade diversa da que se vinculava ao caráter patrimonial, as relações humanas ganharam espaço e passaram a apontar para ascendência dos direitos humanos, da isonomia jurídica, e principalmente pela

dignidade da pessoa humana. Tomando-o como princípio basilar do ordenamento jurídico, bem como da sociedade brasileira.

### **3 A FAMÍLIA OBSERVADA NOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O MATRIMÔNIO COM SUAS CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS**

A Constituição Federal abordou em seu texto inúmeros assuntos, dentre eles o direito de família. Consagrou esta como base da sociedade brasileira e responsável pela formação de seus membros, incumbindo-lhe o encargo de tornar cada um de seus componentes pessoas dignas.

As mudanças ocorridas na sociedade ao longo do tempo refletem-se em como a família evoluiu. Esta passou a ser observada sob vários aspectos e formações. A família tradicionalista formada pelo pai, mãe e seus filhos não é mais a única formação familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico.

O direito de família também se encontra disciplinado no Código Civil. A legislação civilista elevou o casamento como a instituição que melhor representa esse ramo do direito, elencou as formalidades para sua celebração, dissolução e as consequências jurídicas e patrimoniais advindas do matrimônio. Essas relações patrimoniais encontram-se totalmente vinculadas ao regime e bens de cada união matrimonial.

#### **3.1 A ENTIDADE FAMILIAR E SUA COLOCAÇÃO COMO BASE FUNDAMENTAL DA SOCIEDADE**

O Direito de Família é um dos ramos do direito que mais absorve as mudanças da sociedade. A família é considerada como a base da sociedade pela Constituição Federal (art. 226) e com o disposto neste artigo torna evidente não apenas o lugar de destaque que possui a entidade familiar, como também há a afirmação de que esta desfruta de especial proteção estatal.

A família passou por inúmeras variações ao longo do tempo, que em muito diferem das atuais formações. A evolução da sociedade e seus diversos momentos históricos e culturais foram moldando os pensamentos de cada época e conseqüentemente a família adaptou-se a cada uma dessas fases. Atravessou inúmeras barreiras e deixou de ser considerada apenas como formada pelos

ascendentes, descendentes e derivada do matrimônio, busca cada vez mais a realização de cada um dos seus membros, acompanhando a evolução social, e funda-se, cada dia mais, nas relações afetivas em detrimento da preocupação patrimonial que sempre se encontrou envolta.

O Código Civil de 1916 refletiu em seu texto a família tipicamente matrimonial, marcada pelo patriarcalismo, pela desigualdade entre os cônjuges, a exclusão dos filhos que não eram frutos do casamento, bem como a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal.

Qualquer tipo de união que não a matrimonial era tratada como contrária aos princípios sociais e aos bons costumes. Na legislação pertinente ao Direito de Família atual, constata-se a inaplicabilidade de tais disposições. O que antes era tratado como união para preservação e defesa de patrimônios, interesses políticos e religiosos passou a ter na sociedade um lugar de destaque, onde se encontram relações de afeto e companheirismo.

Como se pode notar na obra de Maria Berenice (2010, p. 74) ao citar Sérgio Resende de Barros, afirmando que:

Historicamente, a família sempre esteve ligada à idéia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto.

Com o passar do tempo e as mudanças sociais, o legislador percebeu a necessidade de adaptar o ordenamento jurídico nacional para atender a essas mudanças. O caráter patrimonial e econômico, relacionado à constituição da entidade familiar, foi perdendo cada vez mais espaço para a afetividade e afinidade, hoje, intrínsecas à família.

A Magna Carta abrangiu e aumentou o conceito de entidade familiar a partir do momento que reconheceu figuras além do casamento como formas de constituir a família. O matrimônio passou a representar apenas a forma solene do ato instituidor da família. O Estado passou a garantir e reconhecer não somente as famílias oriundas do matrimônio, como também as de uniões estáveis, as famílias monoparentais e, mais recentemente, as famílias homoafetivas.

O legislador reconheceu que a instituição família pode ser consequência do casamento, da união estável ou da sociedade monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (DINIZ, 2010). Não se pode deixar de lembrar que em 04 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, em votação da ADI 4277 e da ADPF 132, passou a reconhecer as uniões homoafetivas, passando estas a serem tidas como um novo tipo de família, além dos já citados. Todos os valores abarcados pelo Direito de Família reafirmam a entidade familiar sendo, o casamento, a sua instituição mais importante.

Atualmente os vínculos mais importantes para a caracterização da entidade familiar são os afetivos. O caráter patrimonialista e os laços consangüíneos, que antes eram uma das maiores preocupações do direito de família, foram deixados de lado e encontram-se, hoje, em um grau de importância aquém do *status* que possuíam.

Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela **família-instrumento**, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (Guazzelli *apud* DIAS, 2010, p. 43)

A família patrimonialista e patriarcal foi aos poucos sendo superada pela família afetiva, a evolução da sociedade foi forçando mudanças nos conceitos tradicionalmente defendidos.

Por ser o núcleo em que as pessoas dão início à formação de sua personalidade, tem a família total influência no desenvolvimento da sociedade. Hodiernamente a entidade familiar vem se mostrando cada vez mais diversificada, reflexos das mudanças sociais, priorizando cada vez mais a realização pessoal de cada membro que a integra, assim como o seu bem estar.

Com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como base do ordenamento jurídico pátrio tem-se o banimento de todo e qualquer tipo de interpretação restritiva referente à entidade familiar, ou seja, não importa como se deu sua composição, mas a estrutura criada para o desenvolvimento saudável e digno.

A Constituição Federal no artigo 226, § 5º, elenca o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, que não era disciplinado no antigo Código Civil; bem como o § 7º, do mesmo artigo, defende justamente a questão da liberdade de planejamento familiar pelas pessoas que pretendem constituí-la, devendo o Estado proporcionar recursos que colaborem para melhorar o exercício desse direito. Este inciso sétimo veda ainda o uso de coerção, seja ela pública ou privada, que vise interferir no modo de constituição da família, sem deixar de acentuar a dignidade da pessoa humana como princípio norteador das relações familiares.

A família rege-se por normas jurídicas e por essa razão não poderia deixar de atender às exigências e peculiaridades dos princípios da dignidade da pessoa humana, enraizado nos mais diversos ramos do direito.

### 3.2 O CASAMENTO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURIDICO PÁTRIO

O Código Civil de 2002 trata do casamento como uma das instituições mais importantes do direito de família. Observando-a como a instituição constituinte do Estado, devendo ser considerada, *lato sensu*, como o conjunto de indivíduos que se encontram unidos por vínculos de consanguinidade, afinidade e adoção. (GONÇALVES, 2010)

A importância conferida ao casamento pelo direito de família fica evidente quando se observam os artigos do Código Civil e a forma de abordagem do casamento, que refletem a preocupação com que o legislador tratou do assunto.

O livro do Código Civil que trata do direito das famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer **definição** nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. (...) Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elenca direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. (DIAS, 2010, p. 144)

O casamento é ato solene e pessoal, que para ser considerado válido deve observar e atender alguns requisitos como o livre consentimento dos nubentes,

casamento ou companheirismo, existindo, assim, a plena comunhão de vida, e que a dissolução e conseqüente afastamento dos cônjuges e conviventes dão-se pelo fim do afeto antes existente.

Tratados também como essenciais ao casamento têm-se princípios como o do pluralismo familiar, no qual após inúmeras mudanças do ordenamento jurídico passou-se a reconhecer todas as variações de família; o princípio da liberdade de constituir a família (CC, art. 1513) que consiste na liberalidade conferida a cada pessoa no momento e na forma que desejar constituir e planejar a sua família, sem que haja qualquer interferência de terceiros ou do próprio poder público; o princípio da igualdade jurídica conferida tanto aos cônjuges ou companheiros (CF, art. 226, § 5º), quanto a igualdade jurídica existente entre todos os filhos (CF, art. 227, §6º). Com isso pode-se inferir que cabe a cada um decidir a melhor forma que convém a formação de sua família, não cabendo ao Estado ou particulares interferir em sua formação, bem como deve-se respeitar a igualdade jurídica existente entre os todos os filhos, entre os cônjuges e companheiros. Todos esses abarcados pelo respeito ao princípio maior, da dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, 2010)

Anterior à celebração casamento pode haver o pacto antenupcial (CC, art. 1.639) que possibilita aos cônjuges a eleição do regime de bens, que a partir do casamento regerá o patrimônio do casal.

A celebração do casamento implica determinados efeitos jurídicos de cunho pessoal e patrimonial. Os efeitos jurídicos pessoais de maior relevância podem ser observados no Código Civil, artigo 1.566, que fala da fidelidade recíproca, da mútua assistência, do sustento, guarda e educação dos filhos, entre outros que se pautam em questões ético-morais. No tocante aos efeitos jurídicos patrimoniais provenientes do casamento, pode-se ressaltar que encontram-se vinculados ao regime de bens do casal, podendo este ser convencionado pelos nubentes ou imposto pela lei. A escolha do regime de bens traduz regras específicas na forma como o cônjuge transfere ou adquire bens, assim como limita a contratação com terceiros.

A Constituição Federal inovou quando elencou em seu texto, como forma de constituir a entidade familiar, a união estável, conferindo aos companheiros as mesmas obrigações e deveres dos cônjuges. Este tipo de união é caracterizado pelos relacionamentos entre pessoas livres e que tenham a finalidade de constituir família. O Código Civil, em seu artigo 1.223, reconhece esse tipo de união com a

observância de convivência duradoura, pública e contínua. E, em seu artigo 1.726, elenca a forma como se deve proceder para que haja sua conversão em casamento.

Assim como no casamento, os companheiros têm obrigação de prestar assistência e quando não há contrato de convivência que defina as especificidades da relação dos conviventes, o Código Civil elenca como regime de bens o da comunhão parcial dos bens.

Os pressupostos desse tipo de união assemelham-se aos caracterizados como essenciais à constituição familiar, a ausência de matrimônio válido e de impedimentos, a fidelidade entre os companheiros, somados a notoriedade da relação e a coabitação. (DINIZ, 2010)

Com o exposto percebe-se que as relações tanto matrimônios quanto convivenciais repercutem juridicamente no que se refere ao patrimônio, à assistência e o respeito mútuos, à criação e educação da prole entre outras obrigações que surgem do vínculo existente em ambos, casamento e união estável.

### 3.3 OS REFLEXOS PATRIMONIAIS ADVINDOS DOS REGIMES DE BENS ELENCADOS PELO CÓDIGO CIVIL

O regime de bens matrimonial deriva de normas que visam regulamentar as relações e interesses econômicos advindos do casamento e da união estável. Influencia diretamente a vida dos cônjuges ou companheiros, bem com da prole.

Para Venosa (2008, p. 304):

Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges.

O Código Civil elenca quatro tipos de regime de bens, quais sejam o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), da participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 a 1.688).

Em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 420) afirma que:

Todavia, esse diploma, além de facultar aos cônjuges a escolha dos aludidos regimes, permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais do art. 1.641, I a III, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente.

Como se verifica com o transcrito acima, mesmo enumerando os tipos de regime, o legislador dá a possibilidade dos cônjuges elegerem qual será o regime de bens ou de criarem um novo regime, diverso dos elencados pelo Código Civil. Para que o “novo” regime elencado pelos cônjuges seja válido, devem-se observar as imposições trazidas pelo artigo 1.641, separação obrigatória, do mesmo estatuto legal.

A família é considerada pela Constituição (art. 226) como a base da sociedade e por esse motivo o Estado instituiu regras de ordem pública para regulamentar o casamento. A plena comunhão de vida elencada pelo Código Civil (art. 1.511) refere-se aos encargos familiares que devem ser divididos igualmente entre os consortes, como a mútua assistência, a criação dos filhos.

Maria Berenice Dias (2010, p. 214) chega a afirmar que “a convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas, antes das núpcias, as questões atinentes aos bens, às rendas e às responsabilidades de cada consorte.”

A estruturação e escolha do regime de bens é da livre vontade do casal, salvo as exceções trazidas pelo artigo 1.641 do Código Civil, devendo a eleição respeitar os preceitos de ordem pública. O casal, quando da estipulação do regime de bens, goza de total liberdade (CC 1.639) no momento da escolha afirmando a lei que poderão, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes regulados pelo diploma legal (1.640, parágrafo único).

Os regimes de bens guiam-se por três princípios, que são: o princípio da variedade do regime de bens, que contempla a pluralidade de modalidades de regimes e permite aos nubentes a escolha do que melhor entenderem às necessidades; o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, que garante a estipulação pelo pacto, um regime exclusivo ou um dos elencados pelo Código Civil;

e também o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens, traz a possibilidade de alteração do regime por intermédio de requerimento justificado.

A liberdade de escolha deve ser averbada em escritura pública, pacto antenupcial, e nesta deve constar o regime eleito para gerir os bens comuns bem como os de cada um dos cônjuges. Não havendo convenção do regime de bens, ou sendo esta nula ou ineficaz, vigorará o regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640). Há, ainda a possibilidade de mudança do regime de bens, desde que seja motivada ou justificada, embora a regra seja a inalterabilidade.

Qualquer que seja o regime de bens, dispõem os cônjuges de relativa autonomia na administração, manutenção e conservação do seu patrimônio. Os **bens próprios** de cada um são administrados por seu proprietário (CC, art. 1.642, II). Pelas dívidas contraídas na administração dos bens particulares e em benefício dos mesmos não respondem os bens comuns (CC, art. 1.666). (...) Como o casal exerce em igualdade de condições a administração do patrimônio conjugal, cada um tem um poder de, independentemente da autorização do outro, adquirir o necessário à **economia doméstica**. (DIAS, 2010, p. 221)

Os bens destinam-se a atender as necessidades do casal, bem como dos filhos, por isto faz-se necessário que o ordenamento jurídico estruture a relações a eles atinentes.

O regime da comunhão parcial é o regime prevalente aos casais que não celebraram pacto antenupcial, ou quando este foi declarado nulo ou ineficaz, por isto é tomado como o regime de bens legal.

E segundo os dizeres de Rolf Madaleno (2001, p. 92):

Trata-se de regime que atende a certa lógica e dispõe de um componente ético: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um. Assim, resta reservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garante a comunhão do que for adquirido durante o casamento. Nitidamente, busca evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos cônjuges durante o casamento. O patrimônio familiar passa a ser integrado pelos bens comuns, que não se confundem com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais.

Na comunhão parcial evidencia-se que apenas faz parte da comunhão os bens que o casal adquire após a celebração do casamento. Os bens que faziam

parte do patrimônio dos cônjuges antes do casamento, assim como também os que sejam contraídos por meio de doação ou herança, os adquiridos por valores pertencentes a somente um dos cônjuges, bens proveniente de atos ilícitos, de obrigações anteriores ao casamento, os bens de uso pessoal (livros e instrumento de profissão), bem como os proventos do trabalho de cada um dos cônjuges, de acordo com o artigo 1.659 da legislação civilista, são excluídos da comunhão.

Sobre o regime da comunhão universal Carlos Roberto Gonçalves (2010) afirma ser o regime em que todos os bens dos cônjuges se comunicam, atuais e futuros, mesmo que adquiridos em nome de um só deles, exceto os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, desde que expresso no pacto antenupcial. Comunicam-se também todas as dívidas que sejam posteriores á celebração do casamento.

Antes da lei do divórcio o regime da comunhão universal de bens foi considerado por muito tempo como o regime legal. Este defende a ideia de que os bens devem formar um conjunto, um verdadeiro condomínio conjugal. Os cônjuges dividem a propriedade dos bens materiais e imateriais, bem como as dívidas. Com a dissolução do matrimônio finda também a comunhão antes existente, assim como as responsabilidades de cada um para com os credores do outro (CC, art. 1.671)

O regime da participação final nos aquestos é tido como um regime misto, visto que durante o matrimônio subsistem as regras atinentes ao regime da separação, e quando da dissolução as regras referentes à comunhão parcial, onde os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, serão metade de cada cônjuge.

Cada cônjuge possui autonomia na gerência e disponibilidade de seus bens, ou seja, preserva-se a incomunicabilidade dos bens adquiridos antes do casamento ao mesmo tempo em que garante a comunhão existente entre os bens que foram aquisição do casal em conjunto.

Por fim, e não menos importante, existe o regime da separação de bens. Este ocorre quando cada um dos cônjuges continua com a propriedade e administração de seus bens.

Como bem observado por Maria Berenice Dias (2010, p. 240):

O casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um livremente **alienar e gravar de ônus real** o seu

patrimônio. O patrimônio passado, presente e futuro não se comunica, nem durante o casamento e tampouco quando de sua dissolução. Cada um conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, assim como a responsabilidade pelas suas dívidas anteriores e posteriores a casamento. Assim, não há partilha [...]

Subdivide-se, o regime da separação de bens, em regime convencional, quando avençado, pelos nubentes, no pacto antenupcial; e da separação legal ou obrigatória de bens. A separação legal ou obrigatória encontra-se nos casos descritos pelo artigo 1.641 do Código Civil, que passou a ter nova redação conferida pela Lei nº 12.344 de 9 de dezembro de 2010, segundo a qual o regime de bens legalmente definido aos maiores de 60 anos de idade passaria a ser aplicado apenas aos maiores de 70 anos.

**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 setenta anos;
- III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Com o exposto afere-se que o legislador buscou impor algumas situações que entendeu como forma de prevenir eventuais prejuízos aos nubentes ou terceiros, ou ainda como forma de sanção pela inobservância dos requisitos averbados pela lei. Mas no que se refere à imposição prevista no inciso segundo do citado artigo, destaca-se como desarrazoada, principalmente por tratá-la como absoluta e não permitir nenhuma possibilidade de ser rechaçada. Diferentemente de todas as demais situações elencadas nos demais incisos, para os quais haverá a possibilidade de modificação do regime quando não mais se fizerem presentes os motivos pelos quais este regime for imposto.

#### **4 A IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE**

Como se pôde observar no capítulo anterior, o regime de bens é o instituto que relaciona a comunicação existente no patrimônio do casal após o casamento. E que objetiva regular o patrimônio anterior e o adquirido após o matrimônio, assim como a quem caberá cada bem.

Na maioria dos casos, o regime de bens é feito por meio do pacto antenupcial. Quando o casal não o convencionar, ou se nulo ou ineficaz este instrumento, o regime de bens será o da comunhão parcial, visto ser este conhecido como regime legal. Há a possibilidade de alteração do regime de bens após a celebração do casamento, mas para que seja aceita a modificação deve ser motivada, com exceção do disciplinado pelo artigo 1.641, II do Código Civil.

Após a explanação de todos os regimes de bens e de como cada um deles influencia diferentemente no modo da comunhão de vida do casal, faz-se oportuno analisar o que dispõe o inciso segundo do artigo 1.641 do Código Civil. A afronta aos preceitos constitucionais e o tratamento conferido aos maiores de setenta anos.

A Constituição juntamente com o Estatuto do Idoso corroboram com a ideia de que o idoso faz parte da sociedade, é um cidadão como outro qualquer e por esse motivo tem que ter seus direitos respeitados. Não devendo ser vítima de discriminação por parte da sociedade e menos ainda pelo Estado.

##### **4.1 O LUGAR DO IDOSO É NA SOCIEDADE**

O Código Civil elencou o casamento como uma das instituições mais importantes do direito de família. Tratou das relações patrimoniais como reflexo do regime de bens e trouxe ainda a possibilidade de escolha destes pelo casal. Por esse motivo percebe-se a importância da escolha do regime para os diferentes aspectos da vida em comum, bem como em garantir a gerência material e instrumental familiar. Essa autonomia no momento da eleição do regime não se faz presente nas três restrições elencadas pelo artigo 1.641 da norma civilista.

Há neste dispositivo o disciplinamento, pela lei, do regime da separação de bens como uma obrigatoriedade. Tal imposição dá-se por ter havido inobservância, quando do casamento, das causas suspensivas a sua celebração, ou ainda com a finalidade de proteger algumas pessoas que, de acordo com o dispositivo, carecem de discernimento suficiente para escolher o regime de bens, como os maiores de 70 anos e todas as demais que necessitem de suprimento judicial para a efetivação do casamento.

Há a possibilidade de conversão do regime da separação obrigatória para outro, de escolha dos nubentes, nos casos do inciso primeiro e terceiro do citado artigo, desde que cessadas as situações que motivaram a imposição. Essa opção, contudo, não se confere ao inciso segundo, visto que a exigência de ser o nubente maior de 70 anos não se vence com o passar do tempo.

Com o exposto percebe-se que há disparidade no tratamento dirigido às pessoas que se enquadram nas situações descritas neste artigo. Enquanto a lei garante a possibilidade de mudança do regime de bens imposto quando da cessação superveniente das exigências dos incisos I e III do artigo 1.641, contudo, esse procedimento não alcança aos maiores de 70 anos, visto que não há superveniência para tal exigência.

A determinação legal trazida pelo inciso terceiro confere aos idosos a incapacidade de discernimento, apenas pelo fato de possuir idade avançada.

A velhice não torna o ser humano menos cidadão que outro, ou menos importante para a sociedade, a experiência galgada pela vivência é algo que não se aprende nos bancos universitários, algo que não se alcança com o vigor físico. Garantir dignidade aos idosos é ao mesmo tempo humanístico e egoístico. Humanístico porque a humanidade tem muito a aprender com eles e necessita da sua experiência e egoístico porque só assim poderemos garantir a dignidade para nós mesmos, porque os sobreviventes à adolescência certamente irão tornar-se idosos e, é este nosso futuro. (ALMEIDA, 2003)

A dignidade da pessoa humana deve, segundo os ensinamentos constitucionais, abranger o maior número de pessoas e situações possíveis. O envelhecimento faz parte do ciclo de vida de toda e qualquer pessoa. A evolução social, as descobertas nos campos científicos, o crescimento da cultura e da consciência das pessoas serviram de consequência ao aumento da expectativa de

vida. Dessa forma, há cada vez mais idosos fazendo parte da sociedade e buscando manter-se em seu seio, conservar seu espaço.

Há muito no Brasil tem-se notícia do descaso no tratamento direcionado aos idosos, principalmente pela diminuição da capacidade produtiva e conseqüentemente contributiva, fator este que colabora para que sofram desrespeitos não apenas da sociedade, como também do próprio Estado. O aumento acelerado do envelhecimento populacional acarreta inúmeros problemas sociais, que acaba por negligenciar o direito de possuir uma vida digna. Muitas vezes o idoso é tratado como um fardo e mantido à margem da sociedade, como se desta não fizesse parte.

Na atualidade o meio social capitalista impõe a necessidade de priorizar a produtividade que lhe é essencial. O interesse produtivo, bem como o lucrativo presente na sociedade capitalista tornou-se a fonte da marginalização da velhice. Passou-se a descartar o idoso pelo simples fato de não ter mais a possibilidade de produzir riqueza, mas, na maioria das vezes, por tornar-se uma fonte de despesas.

O envelhecimento deveria ser tomado como um processo que tende a acumular experiências e enriquecimento de vida. Que a sabedoria adquirida ao longo dos anos proporciona o aguçar da capacidade de tomar decisões, de amadurecer ideais, analisar situações com mais maturidade.

Por tudo isso, a sociedade não pode negar a importância do papel do idoso e negar-lhes o direito de envelhecer com dignidade e respeito. O envelhecimento é intrínseco à condição do ser humano, um processo natural da natureza do homem.

A *Lex legum* assevera em seu artigo 230 que: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes direito a vida".

A Carta Magna assegura, em seu artigo 5º, o direito à liberdade, à igualdade e principalmente à dignidade da pessoa humana. Todos esses direitos são elevados a condição de princípios constitucionais garantindo equivalência legal a todos, o respeito às escolhas, sem qualquer tipo de discriminação.

O princípio da igualdade é inerente ao Estado Democrático de Direito e subdivide-se em igualdade material e igualdade formal. A primeira diz respeito ao próprio conteúdo normativo, quando na letra da lei delimitam-se as igualdades e as diferenças e dessa forma promove-se a equiparação no tratamento destinado a

todas as pessoas sendo, geralmente, de caráter programático e com a finalidade de diminuir eventuais desigualdades presentes no seio da sociedade outorgando a todos as mesmas oportunidades. Já a segunda, igualdade formal, é observada expressamente no texto legal, quando a norma procura tratar os iguais com igualdade e os desiguais com a observância de suas diferenças, sendo tida como a isonomia existente perante a lei.

Ainda sobre o princípio isonômico Rodrigo da Cunha (1999) afirma que:

A idéia de igualdade interessa particularmente ao Direito, pois a ela está ligada a idéia de justiça. A justiça é a regra das regras de uma sociedade e é o que dá o valor moral e respeito a todas as outras regras. Portanto, é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. É o princípio da igualdade, em todos os sentidos, e aqui particularmente a de gênero, que os ordenamentos jurídicos mais atuais vêm legislando no sentido de alcançar o princípio básico do Direito e estabelecer as formas contemporâneas do laço social. Esta igualdade é posta, então, como uma regra de juízo.

Sobre o direito à liberdade, galgado como princípio constitucional e sua aplicação na melhor idade, Freitas Júnior (2008, p. 57) afirma:

O direito à liberdade significa conceder ao idoso a possibilidade de atuar segundo o livre-arbítrio, ou seja, de alcançar suas realizações pessoais na forma que lhe convier. A liberdade está assegurada na própria Constituição Federal, em vários artigos esparsos, e constitui consequência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Como se pode perceber o princípio da isonomia, bem como o da liberdade possuem o condão de guiar o poder legiferante no momento da edição normativa. Visto que não pode a lei discriminar, mas atenuar as disparidades presentes no cotidiano das pessoas, nivelando-as em cada situação, perseguindo e afastando favoritismos, como também desmotivando discriminações e perseguições.

Consagrado na Constituição Federal em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne do Estado Democrático de Direito. Possui o caráter de assegurar ao homem respeito em todas as situações e escolhas.

A dignidade a que se tem direito está vinculada à condição de ser homem, independente de escolhas, cor, religião, idade. O fato gerador e garantidor desse princípio é a qualidade de ser humano.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) estatui que pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos são considerados idosos. Este regulamento possui o condão de assegurar oportunidades e facilidades, assim como evitar qualquer forma de discriminação em virtude da idade. Une-se ao que preconiza o artigo 230 da Constituição e tenta tornar melhor a vida desses cidadãos.

Tanto os princípios constitucionais da isonomia, da liberdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, como o Estatuto do Idoso são garantias de uma vida saudável, digna e distante dos preconceitos que lhes são dirigidos.

#### 4.2 A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.641,II DO CÓDIGO CIVIL E A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante das restrições conferidas pelo artigo 1.641 do Código Civil, evidencia-se a imposição do legislador quanto à limitação da autonomia da vontade dos nubentes no que se refere à escolha do regime de bens.

Vale salientar que, demonstrado em oportunidade anterior, três são as limitações elencadas por este dispositivo: por ter havido inobservância das causas suspensivas à celebração do casamento, aos maiores de 70 anos e as pessoas que necessitarem de suprimento judicial para a efetivação do casamento.

Dessas três imposições legais todas, com exceção a feita aos maiores de setenta anos, gozam da possibilidade de mudança no regime de bens se comprovada a extinção superveniente dos motivos que ensejaram a aplicação do dispositivo.

Convém atentar para o fato de que a limitação trazida pelo inciso II do artigo em comento se dá, principalmente, no sentido de proteger os bens dos idosos que tenham a intenção de casar-se com pessoas, que na maioria das vezes são mais jovens, e que estariam interessadas em aproveitar-se economicamente do matrimônio. Essa imposição legal fere os preceitos defendidos pela Constituição

Federal assim como não condiz com a atual realidade, nem encontra respaldo nos valores sociais.

Maria Berenice Dias (2010, p. 242) compartilha de tal direcionamento quando aduz que,

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.

A imposição feita pelo legislador afronta o principio da liberdade, da dignidade da pessoa humana, assim como também o da isonomia, todos eles preconizados na Constituição Federal.

Nota-se que a imposição do regime da separação obrigatória baseia-se em falsas premissas, em suposições e na presunção que o casamento dar-se-á entre o idoso com um jovem, com provável interesse econômico, e que não haverá esforço mútuo para aquisição e preservação do patrimônio.

Talvez essa exigência se justificasse em momento histórico diverso do atual, no qual a realidade social era diferente, hoje, entretanto, a sociedade mudou e a família, que é a sua base, evoluiu junto com ela. Admite-se que a família forma-se de várias maneiras e estas em muito diferem das de alguns anos atrás.

Não pode a idade avançada ser pré-requisito de discriminação, visto que é conferido o direito de escolha do regime às pessoas que alcançaram a idade núbil, dos dezoito aos sessenta anos. Esse direito é tolhido quando do cômputo dos setenta anos, como se o fato de ser septuagenário encontrasse-se vinculado à senilidade.

É fato que sempre existirão vedações e limitações no ordenamento jurídico, e estas terão o condão de proteger determinados grupos, que no entender do legislador, mereçam tratamento diferenciado. O foco deve ser a existência de marginalização dos grupos aos quais se direciona a norma ou a relação de

hipossuficiência existente, procurando estabelecer medidas que compensem as disparidades.

Alexandre de Moraes (2008, p. 37) assevera que o que se procura vedar são as divergências abusivas, quando diz:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Fato esse que não combina com o que prega o texto constitucional, por não haver justificativas tangíveis para a aplicação do dispositivo. “Afinal se o mesmo tinha como fim ‘assegurar’ os bens dos idosos, contra um possível ‘golpe do baú’, resultou sem êxito. Pois o legislador deixou de observar que existem outras brechas na legislação, para que isso ocorra. (...)” (LISANDRO, 2009, p. 69)

Como já dito, aos idosos não se confere a possibilidade de escolha do regime de bens, mesmo que consiga comprovar seu estado mental e que não é acometido de nenhum mal que lhe diminua o discernimento, ou torne-o “presa fácil” para cair em golpes.

A aplicação de tal dispositivo perde ainda mais a credibilidade quando comparada com a união estável de pessoas com a mesma idade destacada no artigo 1.641 do Código Civil. Como visto anteriormente, quando não estipulado em contrato de convivência, o regime que prevalecerá será o da comunhão parcial. Isto posto, pode-se inferir que o legislador civil mesmo conferindo maior importância ao instituto do casamento passou, com esse dispositivo, a “induzir” que os septuagenários prefiram a união estável, visto que a discutida imposição não se aplica a esse tipo de união.

A união estável não faz exigência de idade, assim como não impõe situações em que os conviventes devam se enquadrar para viverem juntos. O fato de o legislador fazer determinadas imposições que dificultam a realização do

casamento pode fazer com que haja mais opções pela relação informal do que pelo casamento.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 216):

Nada justifica sujeitar a vontade dos cônjuges, até porque, na **união estável**, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que desejarem. Somente no silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da comunhão parcial (CC 1.725). No momento em que a Constituição Federal concedeu o mesmo *status* ao casamento e á união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como **inconstitucionais** limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão.

Deve-se analisar o caso concreto, a imposição do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos é atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana, como ao princípio da liberdade, no qual não se permite que haja interferência de qualquer pessoa ou mesmo do poder público como descrito por Netto Lôbo (2002):

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Seguindo essa linha de raciocínio, não cabe aceitar a imposição do art. 1.641, II da codificação civil pelo fato atacar preceito constitucional.

Em artigo Maria Berenice Dias ([200-]) chega a afirmar:

Mantêm-se os mesmos óbices, surpreendendo a mancha da discrepância pela ausência de igual restrição na união estável. Dito tratamento desigualitário deixa as uniões extramatrimoniais com maior liberdade de autodeterminação, até pela possibilidade de ser convencionalmente toda e qualquer avença, sem nenhuma restrição. Assim, não há como contornar a afronta à Lei Maior, que não permite ser violada nem convive com o injustificável.

Nesse sentido a impossibilidade de escolha do regime de bens pela falta ou diminuição do discernimento do envolvido dever-se-ia resolver-se por processo judicial de interdição, posto que a falta de tino dá-se para todos os atos da vida, não apenas na escolha do regime de bens. Por isso a defesa de analisarem-se cada caso, buscando conferir maior atenção e respeito ao idoso.

Em observância a situações desrespeitosas elencadas no artigo em comento, o STF editou a Súmula 377, "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", esta por sua vez passou a garantir a autorização para que haja comunicação entre os bens adquiridos durante o casamento.

Diante disso Rolf Madaleno citado por Maria Berenice Dias (2010), afirma que continuar mantendo a punição da adoção do regime de bens da separação obrigatória é o mesmo que desconhecer princípios essenciais ao direito constitucional. Continuar fazendo uso de tal dispositivo atinge direitos que se encontram encravados na Carta Magna de 1988, que elenca como prioridade o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que o dispositivo trazido pelo artigo 1.641, II do Código Civil, não é contrário apenas à Constituição, mas não condiz, também, com o desenvolvimento da sociedade, com os novos perfis de entidades familiares, tampouco com o crescente número da população idosa. Chega a induzir a ideia de que ao cômputo dos setenta anos a falta de discernimento, bem como a incapacidade é regra entre as pessoas.

A limitação de que trata esse dispositivo ataca a dignidade dos que em muito já contribuíram com a sociedade, dos que já ajudaram na construção do que hoje se vê. E no momento em que atingem idade mais avançada pretendem apenas usufruir do que plantaram e ajudaram a sociedade a construir.

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo

imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa. (Dias, [200-])

Ao fixar essa regra, a norma civil limita a vontade dos nubentes, mas deixa de observar o anseio que existe de construir uma comunhão de vida norteada pelo amor e mútua assistência, que é inerente a maior parte dos seres humanos e que independe de idade. Esse é o motivo pelo qual boa parte dos idosos que se divorciaram, que estão viúvos ou solteiros procuram refazer suas vidas e encontrar companheiros, se dando uma nova chance de amar e ser feliz. Fato este que encontra obstáculo no disposto pelo artigo 1.641, II do Código Civil, que parece dificultar o direito que é preconizado pelo artigo 230 da Constituição Federal.

A incapacidade não é consequência apenas do avançar da idade, mas de outros fatores tanto físicos como psíquicos que vão aos poucos diminuindo o discernimento. Encontram-se espalhados pelo mundo pessoas que ultrapassaram a barreira dos 70 anos e são renomadas personalidades nos mais variados ramos, artísticos, políticos, intelectuais, filosóficos para os quais a idade não tem surgido como empecilho, mas muitas vezes, fonte de inspiração. Afinal, não é sem motivos que está é conhecida como a melhor idade.

O desincentivo ao matrimônio imposto aos maiores de setenta anos demonstra que o legislador, na melhor das interpretações foi preconceituoso. Não se faz necessário invocar a Constituição e menos ainda o Estatuto do Idoso para atentar à discriminação feita por essa imposição legal. No próprio cerne da sociedade contemporânea encontra-se cravejada o repúdio a esse tipo de comportamento.

A imposição feita pelo dispositivo em comento afronta brutalmente princípios norteadores da sociedade como os da igualdade, liberdade, razoabilidade, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Mesmo que no momento de sua aprovação tal disciplinamento tenha atendido a todas as exigências formais, carece de constitucionalidade por encontrar-se eivado de vício material.

A consagração da família como a entidade formadora da sociedade humana perde a razão de ser quando se funda em conceitos ultrapassados e em detrimento da dignidade da pessoa humana. A família que se forma com esse tipo de restrição

padece de proteção e pode vir a ter seu desenvolvimento maculado pelo constrangimento que se impõe aos cônjuges maiores de setenta anos de idade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tomado como o fundamentador dos direitos humanos. Desse modo, qualquer disposição que contrarie o que por ele é defendido perde a eficácia por esbarrar numa norma que se encontra acima de todo e qualquer ordenamento jurídico, que está incrustado na condição de ser homem.

Atestar que o fato de se ter setenta anos torna a pessoa absolutamente incapaz para escolher as relações patrimoniais de sua família é nada mais que uma arbitrariedade legislativa fundada em falsas e incomprovadas deduções.

O Ministro Cezar Peluso (1999), quando ainda fazia parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu voto no seguinte sentido:

Por que é, pois, 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, decréta, e cuja menor extravagância está em desestimular, por reação legítima em resguardo da autonomia ética e da liberdade jurídica, que relações matrimoniais se convertam em casamento? É atentado considerável à estabilidade do ordenamento jurídico e 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 'desuetudo' dos casamentos tardios. Nessa moldura, percebe-se, logo, que o comando legal não encerra uma classificação normativa razoável e, como tal, viola a um só tempo as regras constitucionais do justo processo da lei (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), tomando na acepção substantiva, e da igualdade (art. 5º, I), à medida que convergem ambos para, limitando a discricionariedade da produção normativa, manter o cidadão a salvo de leis arbitrárias e discriminatórias, a que, por definição, falta utilidade social e sobeja invasão das esferas das autonomias individuais.

A liberdade de escolher o regime de bens faz parte dos direitos dos cidadãos de setenta anos que gozem de plena capacidade civil e cumprem com seus deveres sociais. A determinação que limita o direito de escolha do regime de bens elencado pelo artigo 1.641, II do Código Civil atenta ao que dispõe a Constituição Federal.

Quando os direitos individuais são desrespeitados pela intervenção estatal, quando a autonomia da vontade é injustificadamente restringida com base numa aparente "proteção", quando se atribui incapacidade absoluta sem anterior comprovação de senilidade encontra-se diante de situação que ignora inescrupulosamente o que preceitua a nova ordem jurídica e social.

Ao aplicar a imposição do regime de bens aos maiores de setenta anos, tolhe-se direitos consagrados na Constituição Federal, assim como se aceita que o ordenamento civil abre margem à discriminação em razão da idade. Afirma-se que o simples avanço da idade é causa justificadora de incapacidade civil.

Como visto, em todas as hipóteses em que se aplica a imposição do regime da separação total há a possibilidade de contorno da situação, a exceção do casamento dos maiores de setenta anos, transmitindo dessa maneira uma idéia discriminatória como defendido por Paulo Lins e Silva (2002, p. 358),

[...] é bastante desigual o tratamento concedido àqueles que, após uma vida de vitórias, gloriosa e exaustivamente conseguindo amearhar valores e patrimônios representativos, tenham de ser obrigados a se casar nesta fase madura da vida, pelo regime imposto pelo Estado.

Pode o juiz autorizar a liberação da penalização dos nubentes menores de 16 anos, quando não houver partilha no casamento anterior ou quando não houver prestação de contas nos casos em que a lei exige. Isso com base no que dispõe o artigo 1.523 do Código Civil. Mas a legislação não traz nenhum dispositivo que autorize a possibilidade de escolha ou mudança do regime de bens para os maiores de setenta anos.

Ainda de acordo com o pensamento de Lins e Silva (2002, p. 360), que acredita que se faz necessária a revisão desses critérios legislativos:

[...] pois afastam o direito natural de afeto, carinho e elevada sensibilidade que o ser humana contém no seu interior, muitas vezes quando rebrota nessa terceira idade, o amor para ser vivido na fase mais experiente da vida. Tornam-se semi-incapazes, dependentes de normas arcaicas, discriminatórias e protetivas daqueles que nada fizeram para a construção numa vida, de um patrimônio simples ou representativo, cerceando um livre direito de se exercer sem condições a realização formal e completa de um matrimônio digno e volitivo.

Ao longo da história da humanidade o homem sempre procurou viver em comunidade, buscou companhia para não viver sozinho. Dessa forma quando chega a uma idade mais avançada é natural que queira alguém para dividir sua vida, de quem possa receber carinho, companhia e amor.

A reforma ocasionada com a advento da Lei 12.344/09, que alterou de 60 para 70 anos o inciso II do artigo em comento, nada mudou em relação à afronta aos princípios constitucionais. Faz-se necessário que esse dispositivo seja alvo de reforma com o intuito de promover a sua revogação, pondo-se fim à ofensa ao ordenamento constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Partindo da análise das mudanças pelas quais passou o Direito Civil, desde o Estado Liberal ao Estado Social Democrático, conclui-se que essas transformações acompanharam o desenvolvimento da sociedade que culminou na alteração substancial da Constituição, de ideais sociais, enquanto o Código Civil manteve boa parte de suas raízes fincadas no Estado Liberal. Com isso, atualmente, o pensamento civilista tem buscado afastar o caráter patrimonialista e individualista que norteou o Código de 1916, promovendo a centralização do homem nas relações abarcadas pelo Código de 2002.

A nova codificação passou a analisar suas acepções de acordo com o que preconiza a dignidade da pessoa humana. Os valores elencados no texto constitucional, que derivaram das mudanças sociais, e representados pelos princípios devem orientar a aplicação e interpretação do Direito Civil.

O Direito de Família absorveu as transformações que ocorreram no campo social e passou-se a considerar a família como base da sociedade e a reafirmar a dignidade da pessoa humana, funcionalizando a afetividade em detrimento da propriedade. Atualmente, a entidade familiar tem o condão de promover a realização e o desenvolvimento de seus componentes. Com base na dignidade e afetividade, e promovendo a realização e desenvolvimento de cada membro, o legislador investiu de tal importância essa instituição que passou, a família, a gozar de especial proteção do Estado.

O Estado, ao conferir especial proteção da família, deve respeitar a liberdade em sua formação, convivência e dissolução. Não pode impor restrições legais sem analisar as características do indivíduo e de cada caso. Não deve impedir a manifestação da vontade dos nubentes no momento da constituição familiar de bases afetivas, esse impedimento torna-se um óbice ao objetivo primordial da família, que é a realização e proteção de seus componentes.

O regime de bens é a forma pela qual os nubentes vinculam a gerência e disposição de seus bens. O regime da separação obrigatória de bens suprime a o direito de escolha, bem como desconsidera os princípios constitucionais norteadores da sociedade. E especificamente a restrição presente no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que transgride a essência da liberdade individual, da dignidade da

pessoa humana, além de atribuir uma ofensa à melhor idade. Criou o legislador, uma segregação social que deve ser combatida. Os que hoje são idosos, ontem ajudaram a erguer e sustentar o país.

Com a efetivação da ótica civil-constitucionalista atualmente defendida, dispositivos que não acompanhem o desenvolvimento e evolução não apenas da entidade familiar, mas do ordenamento jurídico como um todo findam por acumular vícios materiais e componentes discriminatórios injustificáveis.

Impedir que o idoso escolha seu regime de bens atribuindo-lhe a condição de incapacidade torna-se atentatório aos princípios da dignidade, da liberdade, da isonomia. Da interpretação do dispositivo em comento deduz-se que aqueles acima de setenta anos de idade não possuem mais discernimento para efetuar suas escolhas, bem como carece o inciso segundo do citado artigo de razoabilidade e por isso coloca-se em desconformidade com o que preceitua os direitos fundamentais.

Não deve a Justiça se posicionar de forma absoluta, sem abrir espaço para discussões, sobre os elementos e peculiaridades de cada caso em particular. Durante a produção desse trabalho de conclusão de curso, verificou-se que há de fato desrespeito aos princípios constitucionais.

Diante do que foi exposto pode-se inferir que tal imposição perde a razão de ser no momento em que é analisada à luz da Constituição Federal e seus princípios. Analisar minuciosa e profundamente cada caso parece ser a decisão mais racional e justa. Uma vez que cada caso terá especificidades que compõem o universo da capacidade e o discernimento do maior de setenta anos.

Faz-se necessária a revisão do dispositivo legal que trata dessa imposição, posto que demonstra o ataque à liberdade de escolha, à isonomia e à dignidade dos idosos, por terem sua capacidade tolhida de forma inaceitável. Por todas as formas em que tal dispositivo afronta o ordenamento jurídico, pode concluir que a Constituição não recepciona o que dispõe o 1.641, II do Código Civil.

A revisão do dispositivo em comento passa a ser essencial, visto que além de atacar a liberdade de escolha, a isonomia conferida a todos, acaba também por ferir a dignidade dos idosos, que vêem sua capacidade ser diminuída ou mesmo tolhida de forma inescrupulosa e sem explicação plausível. Esta é uma afronta aos princípios constitucionais, um ataque à constituição da entidade familiar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Estatuto do Idoso**: real proteção aos direitos da melhor idade?. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 120, 1 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4402>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. 12. ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. In: Diário Oficial da União. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/View\\_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/View_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument)>. Acesso em; 09 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o **Estatuto do Idoso**. In: Diário oficial da União. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L\\_10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L_10.741.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.344 de 09 de dezembro de 2010. **Altera a redação do inciso II do artigo 1.641 da Lei nº 10.406** (Código Civil) para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. In: Diário Oficial da União. Brasília, 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)>. Acesso em; 10 abr. 2010

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso em: 07 de mai. de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar**. Disponível em: <[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)> acesso em 08 abr. 2011.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume I: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira . **A natureza jurídica da relação homoerótica**. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Jose\\_Carlos\\_Teixeira\\_Giorgis/natureza.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_Carlos_Teixeira_Giorgis/natureza.pdf)> acesso em: 06 de abr. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: direito de família**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISANDRO, Daniele Silmara. **O amor não tem idade**: da possibilidade de inconstitucionalidade do artigo 1.641 II do Código Civil brasileiro. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade do Vale do Itajaí, 2009. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Daniele%20Silmara%20Lisandro.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2011

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In: Mundo Jurídico. Publicado em 05 jan. 2002. Disponível em: <[http://mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=64](http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64)>. Acesso em: 27 ago. 2011.

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **Princípio da igualdade e o Código Civil**. In: Jus Vigilantibus. Publicado em 16 jan. 2004. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/1771](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1771)>. Acesso em: 29 ago 2011.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1 ed. Barueri, SP: Manole, 2009. Disponível em: <[http://books.google.com/books?id=h4-CWbUqfhsC&printsec=frontcover&dq=direito+de+familia&hl=pt-BR&ei=NzJvTqeQC8jG0AHT9NHnCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=2&sqi=2&ved=0CDUQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?id=h4-CWbUqfhsC&printsec=frontcover&dq=direito+de+familia&hl=pt-BR&ei=NzJvTqeQC8jG0AHT9NHnCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&sqi=2&ved=0CDUQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false)> acesso em: 13 set. 2011

MADALENO, Rolf. **Regime de bens entre os cônjuges**. Direito de Família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Bianca Medran. **O artigo 1641, inciso II, do Código Civil interpretado em face da normatividade constitucional pátria**. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: [http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/2007\\_1.htm](http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/2007_1.htm). Acesso em 29 ago. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as "discriminações positivas". In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 161-173. Disponível em: [http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos\\_pub02.html](http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub02.html) acesso em 07 mai. 2011

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª DPriv. Relator Desembargador Cezar Peluso, julgado em 18.08.1998. In: Revista Brasileira de Direito de Família, IBDFAM, vol. 1. Porto Alegre: Síntese, 1999

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

\_\_\_\_\_, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8 Ed. São Paulo: atlas, 2008. v. 6.