

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

GABRIEL SACHA DE A. LEÃO G. CÂNDIDO

AS PESSOAS IDOSAS E O REGIME DE BENS OBRIGATÓRIO:

proteção ao idoso ou violação à autonomia da vontade?

BRASÍLIA

2014

GABRIEL SACHA DE A. LEÃO. G. CÂNDIDO

**AS PESSOAS IDOSAS E O REGIME DE BENS OBRIGATÓRIO:
proteção ao idoso ou violação à autonomia da vontade?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito no Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler
Annes

BRASÍLIA

2014

RESUMO

O presente estudo tem o fito de analisar a vedação imposta aos idosos maiores de 70 anos de estipularem livremente o regime de bens para vigorar em seu casamento, positivada no art. 1641, II do Código Civil. O assunto é de grande relevância, tanto jurídica quanto social, porquanto comporta reflexões acerca do tratamento do Estado dado ao idoso e dos direitos a ele atinentes, bem como da posição que ele ocupa na sociedade e na família. O tema é tratado primeiramente em linhas gerais do direito de família e dos regimes de bens. Fornecendo em seguida um panorama da situação do idoso, enquanto indivíduo e enquanto coletividade, dado que a população idosa brasileira proporcionalmente comparada à população mais jovem vem aumentando nos últimos anos. Utilizando-se da doutrina, analisando a jurisprudência, e ainda tratando o tema sob um ponto de vista interdisciplinar, buscando na filosofia, sociologia, ciência política e psicologia, subsídios para entender o papel do Estado. Tanto em sua atuação como protetor da moral, da ética e dos valores familiares, quanto no âmbito da autonomia e liberdade dos indivíduos de gerir suas relações privadas e patrimoniais e de emitirem seus próprios juízos de valor. Busca-se também entender o papel do Estado de auxílio e proteção de subgrupos da sociedade que necessitam de tutela específica, como as crianças, adolescentes e idosos face ao que seria um ideal de isonomia. Permitindo-se deste modo que se tenha uma base sólida para solucionar a questão que se apresenta: O regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de 70 anos: proteção ao idoso ou violação à autonomia da vontade?

PALAVRAS-CHAVES: Direito Civil. Direito de família. Regime de Bens. Idosos. Autonomia da Vontade. Art. 1640, II.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to discuss the law which prohibits the elderly people, who are 70 years old or older, from adopting the marriage settlement they think best, as stipulated in art. 1641, II of the Civil Code. This subject is of great juridical as well as social relevance, since it stimulates one to reflect on the way the State is treating the elderly, as far as their rights and their position in society and in the family are concerned. The subject is being dealt-with, firstly by looking into general outline of the family law and the marriage settlements. Then by obtaining an overall view of the elderly situation, as an individual and as part of a community, seeing that the Brazilian elderly population, when proportionally compared with the young one, has been rising steadily over the last few years. With the help of the doctrine, by analyzing the jurisprudence and also by tackling the subject from a cross-curricular perspective. Searching in philosophy, sociology, political science and psychology, for the kind of information that could help one to evaluate the role of the State, as the protector of moral standards, ethics and family values, that would also have to face the autonomy and the free-will of individuals who intend to manage their own private affairs and property, and also to express their opinions of values. Furthermore, to understand the role of the State, which is to offer protection and assistance to the subgroup of society that need special care, such as children, teenagers and elderly people, and what would be an ideal of equality. Providing in this way a solid basis that would help finding an answer to the main question that comes up: The compulsory marriage settlement that entails the separation of property, imposed on people who are 70 years old, or older: Protection of the elderly, or violation of free-will?

KEY-WORDS: Civil law. Family law. Marriage settlement. Elderly people. Separation of property regime. Free-will. Art. 1640, II.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	DIREITO DE FAMÍLIA E A PESSOA IDOSA	8
2.1	Casamento e União Estável	8
2.2	Regimes de Bens	11
2.2.1	Regimes da comunhão universal.....	13
2.2.2	Regimes da comunhão parcial.....	18
2.2.3	Regimes de participação final nos aquestos.....	22
2.3	Regime da separação de bens	25
3	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA VONTADE	28
3.1	A pessoa idosa no Brasil	28
3.2	Mecanismos de proteção do direito do idoso	31
3.3	A separação obrigatória e a Constituição Federal	34
4	CONSIDERAÇÕES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	40
4.1	Posicionamentos doutrinários acerca da separação obrigatória	40
4.2	Aplicação do direito pelos tribunais	42
4.3	Modificações no ordenamento jurídico	52
5	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trata de um tema em direito civil, mais especificamente no campo do direito de família, o regime de separação obrigatória de bens no casamento e na união estável. O trabalho tem o objetivo de fazer uma análise jurídica acerca do instituto, com um enfoque maior na situação do idoso maior de 70 (setenta) anos, uma vez que este é objeto de proteção constitucional e de legislação específica.

O Código Civil de 2002 estabeleceu o regime de separação de bens como obrigatório às pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, o referido dispositivo foi alvo de inúmeras críticas, bem como questionamentos acerca de sua constitucionalidade. Em que pese ter sido o dispositivo alterado pela Lei nº 12.344 de 2010, aumentando a idade para 70 (setenta) anos, as críticas persistem, num sentido de que ao se buscar ampliar a proteção ao idoso, tem-se na realidade uma violação ao princípio da isonomia, o idoso estaria sendo discriminado, sofrendo restrição na sua autonomia de vontade. A obrigatoriedade do regime de separação de bens ao maior de setenta anos implica em admitir-se uma incapacidade presumida do idoso no que se neste ato específico da vida civil.

O tema é de suma relevância porquanto temos cada vez mais na realidade do Brasil uma tendência ao envelhecimento da população e uma expectativa de vida cada vez maior. Bem como muitas das pessoas que chegam à chamada terceira idade não padecem de nenhuma moléstia mental, pelo contrário gozam de excelente saúde física e mental, e contam com a experiência de vida e o amadurecimento de modo que ainda com maior propriedade deveriam ter uma maior autonomia para decidir questões importantes de sua vida tais como o casamento e as questões a ele pertinentes.

O trabalho visa ainda analisar a questão da separação obrigatória em relação à união estável, tendo em vista que a jurisprudência pacificada é no sentido de analogicamente se estender a vedação que está expressa em relação ao casamento também à união estável. No entanto há casos em que a união estável contraída quando um dos cônjuges já era maior de setenta anos, persiste por muitos anos mais, de modo

que há construção de patrimônio comum. Com a edição do enunciado nº 377 da Súmula do STJ, a presunção do esforço comum na constituição do patrimônio, ocorreria uma excepcionalidade, de modo que o regime adotado passaria a ser o de uma separação parcial de bens.

O trabalho foi organizado de modo que num primeiro momento são apresentadas noções gerais acerca do casamento e da união estável, em seguida dando-se o enfoque mais específico dentro destes institutos que é o estudo dos regimes de bens. Fazendo-se uma análise dos regimes de bens adotados no Brasil, buscando sempre destacar os pontos mais controvertidos sobre os quais ainda não há um consenso definitivo. Em seguida é abordado o tema do idoso, de modo a ter-se uma melhor noção da situação do idoso no Brasil, sua posição na sociedade e na família. E após é abordada a tutela específica que é destinada aos idosos, que em termos de legislação é predominantemente previdenciária e assistencialista. Em um último momento, em que já se tem conteúdo satisfatório acerca de ambos os temas, passasse então à análise dos princípios e da base jurídica para justificar o porque deve existir ou porque não deveria existir um dispositivo que imputa aos idosos com idade superior a setenta anos, que vejam a se casar, que o regime de bens que vigorará em seu casamento será necessariamente o da separação de bens.

A metodologia utilizada foi predominantemente a dogmática, pois uma vez que o objetivo do trabalho é tão somente verificar a coerência de um dispositivo legal em face de todo o sistema jurídico, se mostrou suficiente ater-se ao amplo estudo da doutrina, consultando-se não apenas os principais doutrinadores, que são expoentes no assunto, como também de outros doutrinadores ainda não tão proeminentes, mas com grande potencial. Bem como foi feito um extenso estudo jurisprudencial, não apenas dos tribunais brasileiros tidos como mais conservadores, como também de tribunais tidos como mais vanguardistas, com decisões mais ativistas. E evidentemente, na própria legislação, em que as diferentes interpretações sobre o mesmo dispositivo já fornecem um rico campo para o debate.

Diante, das muitas incongruências acerca do assunto, vem este trabalho abordar o tema de modo a apresentar os inúmeros problemas que podem ser apontados, bem

como possíveis soluções, de modo que ao final tenha-se uma resposta conclusiva acerca da questão principal que se apresenta: o regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de setenta anos: proteção ao direito do idoso ou violação ao princípio da autonomia da vontade?

2 DIREITO DE FAMÍLIA E A PESSOA IDOSA

Para entender a relação entre a pessoa idosa e o direito de família é preciso primeiro compreender a ideia de família para o Direito. As famílias são constituídas de diversas formas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como há de se considerar as decorrências patrimoniais que existiram nesta relação, sendo reguladas através de um regime de bens. A pessoa idosa, por sua vez, pode constituir uma nova família, sendo importante estudar o seu papel nas famílias de que faça parte e as questões patrimoniais delas decorrentes, uma vez que a pessoa idosa maior de 70 anos, no Brasil, tem uma regulamentação diferenciada em relação ao regime de bens.

2.1 Casamento e União Estável

O casamento é uma instituição de suma importância dentro do Direito Civil, sofreu inúmeras modificações ao longo dos anos, mudando-se seu conceito sempre de forma à adequar-se a sociedade. No direito romano, por exemplo, trazia-se a ideia da *affetio maritalis* a formação de uma relação jurídica decorrente da vontade dos nubentes com vistas à formação de uma família. Em que pese atualmente existirem diferentes tipos de famílias, inclusive bem distintas das antigas famílias romanas, a essência do casamento continua a mesma. Ainda que tenham diferentes definições, bem como vários conceitos elaborados por diferentes doutrinadores, todos certamente muito bons, é suficiente para entender o conceito de casamento a ideia dos romanos de uma relação jurídica decorrente da vontade dos nubentes. Sejam os consortes apenas dois, ou mais, caso a sociedade venha a exigir que o ordenamento abarque também as famílias poligâmicas. Sejam os nubentes de sexo distintos ou do mesmo sexo. Devem ter o objetivo de construir uma família, ou seja, trabalhar em conjunto para a convivência em comum e criação de uma eventual prole, não importando se essa prole é obtida pelos meios naturais, ou se por gestação de substituição, fertilização *in vitro*, adoção, dentre outros meios que sejam ou venham a ser permitidos pelo ordenamento jurídico.

A união estável é instituto similar ao casamento, trata-se de fato jurídico, em que pese a união não matrimonial ter sofrido preconceito por parte da sociedade até poucas décadas atrás, atualmente a entidade familiar formada através da união estável goza de proteção constitucional, não havendo hierarquia entre a união estável e o casamento.

Ainda que no ordenamento assumam-se que há o interesse de se converter a união estável em casamento, na realidade muitas pessoas têm preferido esta forma de união em detrimento do casamento. Os institutos são tão semelhantes que alguns doutrinadores, tal como Silvio de Salvo Venosa, optam por tratar de ambos em um mesmo capítulo “Se, por um lado, o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio, não é menos verdadeiro que a entidade familiar sem casamento goza do beneplácito da sociedade e de proteção constitucional, o que enseja o estudo paralelo que o título deste capítulo sugere.”¹ Outros doutrinadores optam por tratar do assunto em capítulos apartados, tratando primeiramente do casamento e em seguida da união estável, mas não por considerar que o casamento goze de superioridade em relação à união estável, mas por conveniência ou por aquele ser apresentado primeiro no Código Civil de 2002² (CC) “Em verdade, a primazia de tratamento aqui conferida ao casamento resulta de uma tradição histórica inegável, que não podemos ignorar, mas que não traduz, logicamente, o estabelecimento de uma hierarquia.”³ É amplamente reconhecido mesmo por doutrinadores mais conservadores que ambos os institutos gozam de paridade hierárquica e são igualmente importantes à sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro define no art. 1511 do Código Civil que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, o casamento tem a natureza jurídica de instituição quanto a seu conteúdo e de contrato especial quanto à sua formação. Trata-se de um negócio jurídico bilateral, resultante de acordo de vontades que se aperfeiçoa no momento em que os nubentes manifestam perante a autoridade celebrante o interesse em constituírem o vínculo conjugal, decorrendo desta manifestação o registro civil que dá existência jurídica a este negócio jurídico. Tendo em vista que o elemento material do casamento, que é a união, traz também efeitos econômicos, jurídicos e patrimoniais, é necessário atentar-se às disposições do ordenamento jurídico brasileiro neste sentido. Pode-se dizer que o casamento é uma instituição, pois possui a natureza de um valor ou de uma ordem constituída pelo Estado, é mais proeminente que um contrato posto que possui uma organização e vários elementos que extrapolam a simplicidade e singeleza do mero

¹ VENOSA, Silvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

² BRASIL. *Código Civil (Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 5 set 2013.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil V. 6 - Direito de Família (As famílias em perspectiva constitucional)*, 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313.

contrato. Trata-se de contrato, mas seu objeto se prende a valores morais e pessoais, e não apenas patrimoniais. A visão meramente contratual atribuiria ao casamento um valor materialista, ignorando as relações éticas, sociais, espirituais, físicas que decorrem da união entre duas pessoas e não só entre dois patrimônios.

O casamento nasce da vontade dos contratantes, mas recebe da lei a sua forma, normas e efeitos. As pessoas podem optar por contrair ou não matrimônio, porém uma vez que decidam fazê-lo essa relação será regulamentada conforme o disposto na lei. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, no entanto não pode alterar a disciplina estatuída pela lei. A família preexiste ao casamento, as relações entre pessoas com o intuito de auxiliar-se mutuamente, comunhão de vida, relações sexuais, criação e amparo de eventual prole, também são muitas vezes preexistentes ao casamento. O casamento é o meio de atribuir efeitos jurídicos à estas relações visando dar segurança e proteção por parte do Estado à família, no entanto muitas dessas famílias existem e não se submetem a todas as formalidades do casamento, são as ditas uniões livres. União livre é um conceito amplo que abarca as diversas situações de pessoas que se unem, seja para auxílio mútuo, interesses em conjunto, relações sexuais, criação e amparo de filhos, sem serem casadas entre si. É inegável que tais situações também merecem proteção do Estado e efeitos jurídicos próprios, afinal não se pode restringir a proteção apenas às famílias que estejam sob a formalidade do casamento, até mesmo porque, em especial no Brasil, as uniões livres sempre foram maioria em relação às matrimoniais. Desta forma, no intuito de ampliar a proteção à família a Constituição de 1988⁴ colocou também sob sua égide as entidades familiares decorrentes de união estável e as monoparentais.

A união estável também deve ser reconhecida em seu conteúdo como instituto, conforme disposto no ordenamento jurídico pátrio, Art. 1723 CC/02 “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. O mero namoro não induz a união estável, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves, “Não configuram união estável, com efeito, os encontros amorosos mesmo constantes, ainda que os parceiros mantenham relações sexuais, nem as viagens realizadas a dois ou o

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

comparecimento juntos a festas, jantares, recepções etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família”⁵. Por outro lado, ainda que não haja a coabitação em um mesmo lar, ficando cada pessoa em sua residência, é possível em certas situações que haja o reconhecimento de uma união estável, desde que comprovadas a colaboração mútua, a assistência de um para com o outro, a constância de convivência, a ajuda econômica, a aquisição ou formação de patrimônio com o esforço ou a participação de ambos, e outros eventos identificadores de comunhão de vida, de acompanhamento e aquisições. Tal como não se presta a tentar desqualificar a união estável um contrato de namoro, conforme ensina Rolf Madaleno, “nenhuma validade terá um precedente contrato de namoro firmado entre um par efetivo que tencione evitar efeitos jurídicos de sua relação de amor, porque estes efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver”⁶. A união estável, assim como o casamento, gerará efeitos de natureza econômica e patrimonial para os seus partícipes, estes efeitos serão determinados de acordo com o regime de bens adotado.

2.2 Regimes de Bens

O regime de bens é o disciplinamento das relações econômicas e patrimoniais entre os cônjuges, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, com o intuito de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento ou da formação da união estável, e daquele que vier a surgir durante a vigência destes. Para Rizzardo “Em princípio, porém, o casamento introduz uma comunidade de vida na sociedade conjugal. Os bens materiais são destinados a satisfazer as necessidades do casal e dos filhos. Mas é indispensável um ordenamento que estruture as relações pecuniárias”⁷. O casal pode optar por aderir por um dos quatro sistemas, que são denominados regimes de bens e que representam, ainda segundo o supracitado autor, “um verdadeiro estatuto do patrimônio das pessoas casadas”⁸.

⁵ GONÇALVES, Carlos. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013, 11. edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.622.

⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.1138.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 551-552.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 552.

As relações econômicas entre os consortes têm por base a comunicação ou não do patrimônio destes. Caio Mário faz a classificação quanto à origem ou quando ao objeto, “O regime de bens no casamento ora provém da convenção, ora da lei. Diz-se, então, que pode ser convencional ou legal”, e quanto ao objeto destaca que “as relações econômicas entre cônjuges tomam como base o fato de se comunicarem ou não os patrimônios dos cônjuges. A rigor, portanto, somente existem duas modalidades de regimes de bens: comunhão e separação, pois que ou prevalece o critério da comunicação, ou o da separação patrimonial”⁹. Os demais regimes segundo ele são criações para adaptar as vontades dos consortes, possível graças ao Princípio da autonomia privada, *in verbis* “A imaginação humana, a serviço das conveniências dos cônjuges, tem trabalhado no sentido de se combinarem um e outro critério, e, desta sorte, sugere a manutenção das formas puras originais, ou a criação de outros regimes em que se comunicam alguns valores, enquanto outros se conservam destacados no patrimônio dos consortes”¹⁰. É, portanto, lícito aos cônjuges optar pelo regime que lhes convier, combiná-los ou estabelecer cláusulas de sua livre escolha e redação, contanto que não sejam conflitantes com os princípios de ordem pública, e não contrariem a natureza e a finalidade do matrimônio.

No casamento a escolha do regime de bens ocorre através de pacto antenupcial, a menos que o regime que se pretenda seja o da comunhão parcial, de modo que será por disposição expressa do art. 1.640, CC¹¹ reduzido a termo como sendo o regime escolhido. Segundo Venosa: “essa tomada de termo no tocante ao regime da comunhão parcial é redação nova. A intenção da lei foi tornar absolutamente claro aos nubentes as consequências do casamento, sem pacto antenupcial”¹². O pacto antenupcial externa-se mediante escritura pública, podendo os cônjuges modificar o regime de bens posteriormente, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, devendo o juiz apurar a procedência das razões invocadas e ressalvados os

⁹ CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil* - Vol. V - Direito de Família, 21. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.208.

¹⁰ CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil* - Vol. V - Direito de Família, 21. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208.

¹¹ “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

¹² VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 344.

direitos de terceiro. Visando-se dar o máximo de autonomia aos cônjuges quanto à disposição de seu próprio patrimônio é lícito também modificar algumas regras, estabelecendo incomunicabilidade ou restrições quanto à comunhão em determinados bens.

A possibilidade de alteração do regime é decorrência do princípio capital da liberdade dos nubentes de convencionar conforme lhe aprouver quanto aos seus bens, positivado no enunciado do art. 1639 do nosso Código Civil¹³, havendo, no entanto, exceções à regra. A liberdade de escolha leva em consideração primeiramente de que são os cônjuges os melhores juízes na opção do modo como pretendem regular as relações econômicas a vigorarem durante o matrimônio.

O ordenamento jurídico brasileiro permite aos cônjuges que escolham dentre quatro regimes: comunhão universal de bens; comunhão parcial de bens; participação final nos aquestos; e o regime de separação de bens. Destaque-se que o regime de separação de bens pode ocorrer na forma convencional, ou seja, por livre estipulação dos cônjuges, ou por imposição legal, nas situações descritas em rol taxativo no art. 1641, CC¹⁴, em que só seria possível a alteração do regime de bens, se vencida a causa que ensejou a obrigatoriedade do regime.

2.2.1 Regime da comunhão universal

Nas palavras de Silvio Sávio de Venosa: “Nesse regime, em princípio, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, salvo algumas exceções legais (art. 1.667¹⁵). Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. Há exceções, pois a lei admite bens

¹³ “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

¹⁴ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

¹⁵ “Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”

incomunicáveis, que ficarão pertencendo a apenas um dos cônjuges, os quais constituem um patrimônio especial”¹⁶. Pode haver ainda outras exceções, legais ou convencionais, eventualmente estabelecidas, bem como o artigo 1668 CC¹⁷ exclui de comunicação, os bens e dívidas que menciona. É vedado a um ou outro cônjuge se apossar de qualquer dos bens, privando o outro consorte de sua utilização. A ambos compete a incumbência de defender as coisas que possuem contra as vias de fato ou pretensões de terceiros. Somente com a cessação da sociedade conjugal, e liquidação da comunhão é que vem a caber a cada um dos consortes (ou respectivos herdeiros) os bens que se comportam na sua meação.

O art. 1668 CC estipula como exceções à comunhão universal, os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade, bem como as hipóteses do artigo seguinte, os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Na análise de Carlos Roberto Gonçalves acerca da primeira hipótese “não só são excluídos os bens doados em vida, os deixados em testamento, com cláusula de incomunicabilidade, como também os sub-rogados em seu lugar, ou seja, os que substituírem os bens incomunicáveis”¹⁸, ressalvadas disposições expressas em contrário.

¹⁶ VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 353.

¹⁷ “Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

¹⁸ GONÇALVES, Carlos. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013, 11. edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.486.

Assim, também não se comunicam bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário. Arnaldo Rizzardo resume o assunto da seguinte maneira:

“Nesta figura, há três pessoas: o fideicomitente, que é o autor da liberalidade; o fiduciário ou gravado, isto é, a pessoa chamada a suceder em primeiro lugar; e o fideicomissário, aquele a quem por último se transfere a herança, ou o legado.

O fiduciário e o fideicomissário têm vocação hereditária. Entre eles há uma ordem sucessiva, aparecendo em primeiro lugar o fiduciário, que está obrigado a conservar o bem para depois restituí-lo ou transmiti-lo ao fideicomissário.

O fideicomitente fixa a duração do fideicomisso – até certo tempo, ou até se verificar determinada condição, ou enquanto for vivo o fiduciário. E, na forma do art. 1.953, o fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e solúvel, como que à espera da realização da condição, ou de sua morte, quando passa para o fideicomissário.

E enquanto não verificada, os bens gravados com fideicomisso conservam a incomunicabilidade, pois sua propriedade é resolúvel.”¹⁹

Ou seja, o bem gravado em fideicomisso não se comunica com o cônjuge do fiduciário, cujo direito é transitório, pois a propriedade na realidade será do fideicomissário, e em relação ao cônjuge do fideicomissário, o bem doado ou legado só irá se comunicar quando realizada a condição suspensiva, quando então o bem se consolida na sua propriedade, pois antes de implementada a condição havia tão somente a expectativa do direito, o que não integra patrimônio, e portanto, não se comunica.

Também não se comunicam as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provenientes de despesas que se revertam em proveito comum, Rolf Madaleno exemplifica, “os gastos despendidos com a compra de móveis e utensílios para guarnecerem a futura vivenda nupcial, ou os dispêndios com a lua de mel, e até os custos com a aquisição da moradia conjugal, mas sempre quando reverterem em proveito comum, mesmo quando assumidas por um só dos cônjuges, como na hipótese de as despesas terem sido efetuadas para os preparativos da cerimônia nupcial”²⁰. Caso

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 579

²⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 782-783.

ocorra de ser demandado o devedor para liquidação da dívida e se alcance um bem comum, o valor deverá imputar-se na meação do consorte responsável pela dívida e excluído da do outro.

Há ainda na doutrina uma discussão acerca da comunicação de dívidas decorrentes de atos ilícitos, como por exemplo, um acidente de trânsito, já na vigência do casamento, pois tanto há doutrinadores que entendem a responsabilidade na comunhão universal sendo objetiva, quanto há quem entenda que analogamente ao caráter de pessoalidade das dívidas anteriores ao casamento também não se comunicam as dívidas decorrentes de ato ilícito, seja ele culposos ou dolosos, visto que eminentemente pessoal, não havendo como imputar a responsabilidade ao cônjuge isento de qualquer participação ativa no ato ilícito, e que tampouco tirou desse ato qualquer proveito.

Excluem-se da comunhão também os bens doados por um dos cônjuges ao outro com gravame de incomunicabilidade, este dispositivo já estaria abarcado pela primeira hipótese trazida pelo artigo, mas serve para repisar que a incomunicabilidade persiste na doação com gravame de incomunicabilidade ainda que o doador venha a se tornar o cônjuge do donatário. Cumpre ainda observar a esse respeito que também é permitido aos cônjuges comprar ou vender entre si os bens que estejam excluídos da comunhão, conforme disposição expressa do art. 499, CC.

Assim como, não se comunicam os bens pessoais de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão. Rolf Madaleno chama a atenção para que,

“A interpretação teleológica desse dispositivo deve ser moderada, pois devem ser apenas considerados como próprios e incomunicáveis os livros e instrumentos mínimos necessários ao exercício da profissão, porquanto a sua avaliação extensiva, inevitavelmente, levaria ao abuso, por exemplo, daquele médico proprietário de uma clínica com caros e sofisticados equipamentos, todos eles destinados ao exercício de sua profissão, como o seriam também os grandes escritórios de profissionais liberais, como engenheiros, contadores e advogados, equipados com vastas bibliotecas e computadores, todos fundamentais à atividade profissional de seu titular e daqueles que lhe

servem por vínculo de trabalho, diante da infraestrutura atingida com o sucesso e crescimento na carreira. Deverá certamente ocorrer a partilha deste extenso e significativo patrimônio conjugal que perdeu seu caráter de pessoalidade (...) quando esta pessoa vive em sociedade matrimonial ingressam os interesses materiais do regime patrimonial, pois do contrário bastaria o consorte reinvestir todos os seus ganhos em sua caríssima infraestrutura profissional e sua atividade e bens estariam blindados da partilha conjugal”²¹.

Acerca dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, as pensões ou rendas semelhantes, destaca-se o entendimento dominante no STJ de que tais verbas não se comunicam apenas enquanto mantenham a natureza alimentar, e mesmo assim não se olvidando dos deveres de mútua assistência, perdida essa natureza, como por exemplo, no caso de acumulação de capital através de investimentos em aplicações financeiras, este valor ainda que originariamente tenha vindo do provento de um dos consortes, passa a integrar o patrimônio comum do casal sendo partilhado quando da dissolução da sociedade conjugal, o mesmo ocorre com a aposentadoria percebida por um dos cônjuges.²² Visa-se desta forma evitar que se beneficie em demasia o consorte que durante o casamento deixou a cargo do outro a compra dos bens do casal e preferiu guardar em espécie os proventos de seu trabalho, pois se um dos cônjuges se empenha mais no pagamento de contas e obtenção de bens comuns, enquanto o outro trata de acumular suas reservas pessoais, advindas do seu trabalho, se incorreria em injustiça para com o outro consorte, pois mesmo tendo sido juntados durante o casamento tais valores são havidos como bens reservados, pessoais e incommunicáveis. Tal entendimento, no entanto sofre severas críticas, pois há também o entendimento, que tal como a incommunicabilidade de um bem doado se estende ao bem a ele sub-rogado, também persiste a incommunicabilidade dos investimentos ou aplicações financeiras obtidas a partir dos proventos de um dos cônjuges, que é incommunicável. Assim também, seriam incommunicáveis as verbas trabalhistas de natureza indenizatória.²³ A lei

²¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 784.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Ementa [...]. EREsp nº 421.801/RS. Rel: Min. Humberto Gomes de Barros. Segunda Seção. Brasília, 22 de setembro de 2004. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400155489&dt_publicacao=17/12/2004>.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Ementa [...]. Agravo de Instrumento nº 70054750609. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 1º de agosto de 2013. Disponível em: < <http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2372/Div>>.

permite tal interpretação posto que não faz nenhuma distinção, limitando-se à determinar que são incomunicáveis os proventos do trabalho, conforme Rizzardo “os salários, rendimentos, frutos, vencimentos ou toda sorte de estipêndios, provenientes do trabalho assalariado, da atividade autônoma, do exercício de cargo público, da participação em sociedade de prestação de serviços, do *pro labore*, e outras atividades não ingressam na comunhão.”²⁴

2.2.2 O regime da comunhão parcial

O regime da comunhão parcial tem por escopo preservar separados o patrimônio particular que cada cônjuge possui antes do matrimônio, advindos de sua família de origem e obtidos sem o concurso de esforço com o novo nubente, e dividir o produto econômico decorrentes da constância do casamento. Nas palavras de Venosa: “Não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Na comunhão parcial, comunhão de aquestos ou separação parcial, como também é denominado esse regime, existem três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio”²⁵, havendo, no entanto, exceções e observações acerca do assunto, elencadas no art. 1659 e 1660 do CC²⁶, que ensejam um exame mais minucioso.

[%C3%B3rcio.%20Partilha.%20FGTS.%20N%C3%A3o%20inclus%C3%A3o%20no%20acervo%20comum>](#).

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁵ VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 347.

²⁶ “Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.”

É o regime mais adotado no Brasil e tal como a comunhão universal, privilegia a solidariedade familiar, possibilita que um dos cônjuges se dedique ao trabalho externo, obtenção do sustento e provimento financeiro, enquanto o outro ocupa seus esforços na atividade familiar de educação, auxílio e cuidados com os filhos e da infraestrutura do lar, sem que isso acarrete em um vultuoso prejuízo caso haja a dissolução da sociedade conjugal, distintamente do que ocorreria em um regime de separação de bens.

Não ingressam na comunhão, além dos bens já possuídos à data do casamento, os bens que o cônjuge venha a receber por doação ou sucessão, ou os sub-rogados em seu lugar, ou seja, quando o cônjuge vende um bem incomunicável, seja um bem adquirido anterior ao casamento ou recebido por doação ou sucessão, e com o produto de tal venda adquire outro bem de igual valor, o novo bem também será incomunicável. Rolf Madaleno ressalta sobre este assunto que “ a sub-rogação real só se dá até o valor alcançado com o bem sub-rogado, comunicando-se o excesso. Desse modo, se o consorte possui um imóvel no valor de cem, e vende este bem por cem e com o produto da alienação compra outro por cento e vinte, buscando nas economias conjugais os vinte faltantes para a interação do preço, a sub-rogação só se dá até o valor de cem, comunicando-se os vinte excedentes”²⁷.

Tendo em vista a presunção do esforço comum para a construção do patrimônio, cabe ao cônjuge guardar prova robusta capaz de comprovar a sub-rogação, não sendo suficiente mera declaração aludindo ao dinheiro privativo e a referência temporal, e podendo, desta forma, inclusive resguardar-se de eventual execução ingressada por credores do outro cônjuge.

Também não se comunicam as obrigações contraídas antes do casamento e que não guardem relação com as núpcias. As dívidas advindas de um empréstimo contraída antes do matrimônio, desde que para atender às despesas da festa do casamento de ambos ou mesmo para compra de mobília para a futura residência do casal, poderiam se comunicar ao outro consorte.

Não se comunicam as obrigações provenientes de ato ilícito, como, por exemplo, a reparação decorrente de responsabilidade civil, bem como não se comunicam os bens

²⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 745.

de uso pessoal de cada consorte, seus livros e instrumentos de profissão, por serem bens de caráter personalíssimo ou atribuídos *intuitu personae*.

Exclui-se da comunhão também os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, tal dispositivo, no entanto, é duramente criticado pela doutrina visto que se os rendimentos do trabalho não se comunicam, e nem se comunicam os bens neles subrogados ter-se-ia que praticamente tudo seria incomunicável, posto que dada a realidade da maioria das sociedades os consortes vivem dos rendimentos de seus trabalhos. Cumpre apontar que há na doutrina e na jurisprudência divergências quanto à comunicabilidade do FGTS, quando sacado o seu valor ainda na vigência do matrimônio²⁸, e quanto à comunicabilidade de fundos de previdência privada, porquanto que a quantia pode ser levantada, apesar de ter a natureza de rendimento e não de um investimento propriamente dito²⁹. A compensação por dano moral pertence somente ao cônjuge que sofreu a lesão, não se comunicando ao outro, bem com o ressarcimento por dano físico que acarrete em perda de capacidade para execução de atividades rotineiras e com reflexos em seu trabalho, redução na capacidade laboral, pertence também somente ao cônjuge titular da indenização.

Por outro lado, o Código expressamente dispõe que ingressarão na comunhão, os bens adquiridos a título oneroso, por fato eventual, doações, heranças e legados em favor de ambos os cônjuges, benfeitorias e acessões, bem como os frutos civis e naturais.

Entende-se por título oneroso aqueles bens adquiridos por meio do trabalho em conjunto dos cônjuges, não importando se exerçam ambos os cônjuges atividade ou trabalho remunerado, ainda que um deles por conveniência do casal se dedique às tarefas domésticas, ao cuidado do lar e da prole, dando ao outro segurança para executar o trabalho fora do lar. Deste modo, é considerado o esforço pessoal de cada consorte,

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do São Paulo. 2ª Câmara Cível, Ap 00172831220118260047. Ementa: [...]. Relator: Desembargador Guilherme Santini Teodoro. Julgado em 27 de maio de 2014. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2515/Cr%C3%A9dito%20ou%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20trabalhista%20e%20saldo%20de%20FGTS.%20Frutos%20civis.%20Comunicabilidade>>

²⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª Câmara Cível, AI 1.126.729-3. Ementa: [...]. Relator: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin. Julgado em 6 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2408/Medida%20cautelar.%20Plano%20de%20previd%C3%Aancia%20privada.%20Comunicabilidade>>

cada qual em seu papel específico, cooperação esta que no regime da comunhão parcial é legalmente presumida, prescindindo de apresentação de prova do esforço em comum.

Acerca dos bens que ingressam na comunhão, ensina Rolf Madaleno:

“quase todos os bens amealhados onerosamente durante o casamento serão comuns, pouco interessando estejam em nome de um ou de ambos os cônjuges, até porque, geralmente, são registrados em favor de apenas um dos adquirentes, sendo, no entanto, corriqueiro verificar um sentimento egoísta do cônjuge em procedimento de separação, apresentando-se com excessivo apego aos bens, nesta fase por ele considerados como de sua exclusiva propriedade, sob o argumento de terem sido adquiridos sem a colaboração financeira do seu parceiro, o qual nada teria aportado e se esquecendo da participação de seu consorte nos tempos áureos da união, ao ter trazido afeto, retaguarda na administração do lar e cuidados para com os filhos e permitido com suas renúncias a realização afetiva e o conforto espiritual que serviram para dar tranquilidade, segurança e conforto ao cônjuge que trabalhou fora do lar conjugal.”³⁰

Os bens adquiridos por fato eventual caracterizam-se por não estarem presentes, para sua aquisição, o concurso do trabalho ou do esforço dos cônjuges, mas tão somente de uma circunstância eventual, tal como, loteria, apostas, bingos, invenções, aluvião, recompensas, premiações, dentre outros. De modo que não há diferença se o bilhete foi comprado por apenas um dos cônjuges, com seus próprios recursos ou com os recursos comuns, antes ou depois do casamento e sorteado durante as núpcias, pois o resultado obtido aproveitará a ambos, pois é proveniente de fato eventual que não contou com o concurso de trabalho.

Também ingressam na comunhão parcial as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge, as benfeitorias se comunicam independente de serem elas necessárias, quando tem por fim conservar o bem ou evitar sua deterioração, ou voluptuárias, quando destinadas ao mero deleite ou recreio, não aumentando o uso habitual do bem, mas podendo torná-lo mais agradável e agregar-lhe valor. As acessões por sua vez não se confundem com as benfeitorias, são também efetivamente

³⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 762.

acréscimos, a exemplo de uma edificação construída sobre o terreno particular, não constam expressas, mas seguem evidentemente a mesma ideia das benfeitorias, evitando-se assim um enriquecimento ilícito por parte do cônjuge possuidor do bem particular sobre o qual se operou a acessão.

Também ingressam na comunhão os frutos sejam eles civis ou naturais, provenientes dos bens comuns ou dos bens particulares de cada consorte, tenham já sido percebidos ou pendentes ao tempo que cessar a comunhão. Por frutos entende-se por algo produzido regular e periodicamente, sem que haja na coisa que o produziu alteração ou diminuição de sua substancia. São considerados frutos naturais aqueles provenientes de produção espontânea da natureza e os frutos civis são rendas oriundos da coisa que o produz, por exemplo os juros advindos de capital guardado em caderneta de poupança, ou o pagamento de alugueis referentes à locação de um imóvel, pertencente a um ou a ambos os cônjuges, os dividendos de ações.

2.2.3 O regime de participação final nos aquestos

O regime de participação final nos aquestos, regime que tem pouca aplicabilidade no Brasil, é uma forma que parece uma mescla do regime da separação de bens, que vigeria durante o matrimônio e se aproximaria das disposições da comunhão parcial no momento de sua dissolução. O regime da participação final nos aquestos cada consorte administra livremente os seus próprios bens e os bens por si adquiridos durante a vigência do casamento, sendo suas relações patrimoniais regidas como se houvesse entre os consortes a separação de bens e com o fim da sociedade matrimonial, forma-se uma massa comunicável de bens aquestos, tal como ocorre na comunhão parcial. É um formato interessante de regulamentação de regime de bens, pois garante aos consortes uma boa autonomia sobre seus bens durante a vigência do casamento, mas tem-se o cuidado de quando da dissolução da sociedade conjugal, partilhar os lucros evitando-se assim diferenças sociais e financeiras discrepantes entre os consortes.

Por expressa disposição do Código Civil, só ingressam na participação final dos aquestos os bens adquiridos a título oneroso, e ainda, no caso de morte do cônjuge a sua

meação é transmitida aos seus herdeiros. O regime tem pouca aplicação no Brasil, segundo Venosa “É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura”³¹.

No entanto, é regime amplamente aplicado em outros países, tal como na Costa Rica, onde surgiu o regime, acreditando-se que funcionaria bem como uma forma de incentivar a manutenção do casamento, pois havendo paridade de trabalho entre o casal, e tendo cada um autonomia para aquisição e administração de seu próprio patrimônio, bem como seus frutos, havendo comunicação dos aquestos somente quando da dissolução do vínculo conjugal, morte ou anulação, não se tratando assim propriamente de uma divisão de bens aquestos, mas de uma compensação financeira, haja vista que a liquidação é feita em dinheiro não havendo copropriedade, mas sim um direito pessoal de participar do valor equivalente em dinheiro.

É o regime legal, quando os cônjuges não convencionam de modo diverso, na Alemanha, sendo considerado como adquirido pelo casal tudo aquilo que ingressar no patrimônio dos consortes, mas cabendo a cada um deles gerenciar e administrar seus próprios bens.

Aquesto é a quantia que excede o acervo de bens possuído quando do início da sociedade conjugal, deduzindo-se as obrigações pessoais, as quais só poderão ser deduzidas até o total do montante do seu patrimônio. Se os ganhos de um dos cônjuges excedem os do outro, neste caso a metade do excesso compete ao outro como crédito após efetuadas as devidas compensações correspondentes, liquidando-se então após haver um cônjuge pago ou outro soma em dinheiro correspondente aos lucros por ele percebidos.

Desta forma, para o bom funcionamento do regime é essencial que o cálculo do patrimônio inicial e o final sejam feitos de forma adequada, pois a avaliação influencia diretamente na apuração do aquesto, sendo mesmo no sistema alemão temerária fonte

³¹ VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 358.

de fraude, porquanto superfaturamentos ou subavaliações influem e subvertem facilmente os efetivos ganhos dificultando desta forma a correta repartição dos aquestos quando da dissolução da sociedade conjugal. É forma de regime prevista também pelo ordenamento francês e espanhol, apesar de na Espanha tal como ocorre no Brasil, ser um regime pouco utilizado.

Este regime está regulado pelo Código Civil brasileiro no artigo 1.762 e seguintes, cuidando-se de um regime de separação de bens, em que cada cônjuge pode dispor livremente do seu patrimônio pessoal, necessitando da outorga do outro consorte somente quando da disposição de bem imóvel, salvo se tiverem os cônjuges pactuado em contrário através de pacto antenupcial. São comunicáveis os bens do casal adquiridos a título oneroso, bem como neste regime não estão presentes as ressalvas feitas quanto aos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, pensões e rendas semelhantes, sendo estas, portanto comunicáveis. Tal como ocorre no regime da comunhão parcial presumem-se comuns todos os bens móveis adquiridos durante o casamento, cabendo ao consorte fazer prova em contrário para demonstrar tratar-se de bem particular e preexistente ao casamento.

Na dissolução da sociedade conjugal ocorrerão então as compensações para a apuração dos aquestos, é possível antever que tais compensações trazem algumas dificuldades de ordem prática, posto que incorporam-se ao monte o valor dos bens alienados, deve ser feito o levantamento das dívidas com a devida apuração se serviram ou não à sociedade conjugal, pois se serviram ao casal integram o passivo dos bens do casal ou caso contrario será de responsabilidade tão somente do cônjuge que as contraiu, as prestações de contas podem certamente tornar o procedimento demasiado moroso, até mesmo porque há difícil é de se imaginar uma vida conjugal onde todas as operações contábeis são anotadas ao longo de toda a relação, registrando-se sempre as quantidades que constituíram o passivo da família e separando-se dos gastos de ordem pessoal. Além do fato de que por poderem livremente dispor dos seus bens durante a vigência do casamento, um dos consortes antevendo que a união não perdurará poderá valer-se dessa liberdade para através de alienações ou doações simuladas de seus bens fraudar a partilha dos aquestos e lesar o outro consorte. Razão pela qual o Código ainda dispõe que poderá o outro consorte compensar em seu favor uma doação não autorizada de um

bem que necessitaria de sua autorização e fazer jus a contraprestação em dinheiro da parte que lhe tocaria.

2.3 Regime da separação de bens

O regime da separação de bens por sua vez pode ser o convencional, pactuada pelos consortes, ou o regime da separação obrigatória de bens, casos do artigo 1.641 em que a lei não faculta aos consortes a escolha do regime, mas impõe-lhes o regime da separação. Em que pese serem ambos regimes de separação de bens, guardam entre si diferenças. A separação convencional de bens resulta na incomunicabilidade pactuada dos bens adquiridos antes, durante e após o matrimônio, mantendo-se duas massas de patrimônio distintas. Observe-se que mesmo os bens adquiridos na vigência do casamento se apresentam como propriedade exclusiva do consorte que os adquiriu. Poderão evidentemente haver bens comuns casos sejam obtidos por condomínio voluntário ou co-propriedade, no entanto a origem comum decorrerá de contrato e não do regime de bens. A separação legal ou obrigatória de bens decorre da lei, à revelia da vontade dos cônjuges e se destina às pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas de sua celebração, aos maiores de setenta anos e aos que dependerem de suprimento judicial para casar, decorrem de uma espécie de sanção imposta em casos excepcionais como seria a primeira hipótese ou por razões de ordem pública, no caso a segunda e terceira hipótese.

Trata-se de regime sem maiores particularidades, sendo a face oposta do regime da comunhão universal. No entanto, cabe apontar algumas particularidades quanto aos seus efeitos, por exemplo, quanto à possibilidade de para fins sucessórios, o cônjuge concorrer com os dependentes do *de cuius*. Porquanto a vedação à concorrência é para o regime da comunhão universal e na comunhão parcial quando não houver bens particulares, há vedação expressa também para o regime da separação legal, embora quanto a este último haja discussão. Visto que o objetivo desta restrição é de obstar que o consorte já beneficiado com a meação venha a ser novamente beneficiado pela herança. Sendo assim por não produzir direito à meação, entende-se pela possibilidade

de ser o cônjuge, casado sob este regime, também herdeiro. Para os que entendem ser adequada a vedação ao cônjuge casado sob o regime de separação legal de ser também herdeiro, esta seria uma forma de burlar o escopo do legislador ao criar este regime de separação compulsória. Tal entendimento é minoritário, pois a interpretação do Código enseja sempre uma visão sistemática e não limitada a literalidade dos dispositivos.

É quase como se houvesse uma ausência de um regime patrimonial, pois o que há em verdade são dois acervos distintos e o casamento acaba por não repercutir na esfera patrimonial dos consortes, é evidente que todo casamento tem um regime de bens, mesmo que seja este regime o da incomunicabilidade do patrimônio. Ademais é impossível dissociar do casamento o aspecto econômico do casamento que prevê para as sociedades conjugais os deveres de mútuo socorro, de responsabilidades para com os gastos domésticos e sustento da prole. De modo que é impossível que haja uma independência econômica total e absoluta, como pode parecer num primeiro momento. Neste regime os patrimônios dos cônjuges são independentes um do outro e não há qualquer expectativa de ganho ou de disposição sobre os bens do parceiro.

É o regime mais indicado para os casais que buscam evitar a confusão de patrimônios, para evitar a miscigenação de fortunas familiares, bem como para casais modernos tendo em vista já ser realidade a independência e igualdade da mulher, bem como é adequado para limitar as responsabilidades frente a terceiros credores, ou mesmo quando um dos cônjuges exerce atividade profissional de risco e de comprometimento patrimonial, não sendo o regime mais indicado, evidentemente, aos casais que dividem as atividades externas e internas do lar, sendo injusto para com o cônjuge que ficou encarregado das obrigações domésticas e aos cuidados da prole, ou mesmo que atuou apenas como auxiliar das atividades profissionais do parceiro carecendo assim de ingressos próprios, mostrando-se assim incompatível com casais que não distribuem igualmente as tarefas caseiras, nem guardam uma paridade material ou de oportunidades. Ainda sim, é bastante comum a escolha deste regime por estes casais em que um consorte se dedica as tarefas domésticas e o outro ao trabalho fora do lar, existe a possibilidade de estipulação de uma pensão compensatória, que busca diminuir o acentuado prejuízo que a ruptura do matrimônio acarreta para um dos cônjuges, não se trata de pensão alimentícia, posto que o cônjuge credor pode até

mesmo já possuir um emprego ou rendimento, mas visa minorar esse desequilíbrio proveniente da ruptura.

Quanto ao regime da separação legal de bens cumpre registrar que tal regime é bastante polêmico e incita a discussão, em especial no concernente ao inciso II que retira a opção de escolha do regime das pessoas maiores de 70 anos, partindo do pressuposto de que qualquer casamento que ocorra com a pessoa nesta idade seria proveniente de uma relação mesquinha em que se busca apenas o patrimônio do idoso e que este, por sua vez, não é capaz de apercebe-se de tal engodo. No entanto, o dispositivo é um retrocesso tão marcante que houve em 1964 a edição do enunciado nº 377 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que os bens amealhados durante o casamento com o regime da separação legal se comunicam, dando assim ao regime da separação legal uma característica que o aproxima na prática do regime de separação parcial. Assim sendo, chega a causar estranheza a manutenção do dispositivo que dispões sobre a separação legal obrigatória no Código de 2002, posto que na prática com a aplicação do referido enunciado de súmula, já havia uma certa pressão para o desaparecimento de tal regime.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Para se discutir a questão do tratamento diferenciado dado às pessoas idosas em relação à escolha do regime de bens é necessário, primeiramente, entender alguns dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, especialmente a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade. A dignidade da pessoa humana é descrita como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º da Constituição Federal (CF/88), por sua vez, a autonomia da vontade, consubstanciada no direito à liberdade, tem garantida a sua inviolabilidade nos termos do *caput* do art. 5º, CF/88.

3.1 A pessoa idosa no Brasil

A legislação brasileira adota uma divisão das fases da vida em 4 momentos distintos, a saber, o infante, considerando-se a pessoa como criança do nascimento até os doze anos incompletos; o adolescente, considerando-se a pessoa como adolescente entre os doze anos completos e os dezoito anos incompletos; o adulto como sendo a pessoa que possui entre dezoito anos completos e sessenta anos incompletos; e o idoso, considerando-se a pessoa que possui pelo menos sessenta anos completos, a partir daí tomando-se que a esperança de vida ao nascer conforme dados do IBGE³² passou para 74,8 anos em 2013, bem como que com os avanços da medicina e da sociedade brasileira e o acesso a informação a tendência é de que esse número seja cada vez maior. Ademais, segundo estimativa do próprio IBGE a projeção para 2060 é de que a expectativa de vida ao nascer ultrapasse os 90 anos. E ainda, conforme análise de resultados do censo de 2010 percebe-se que vem ocorrendo um envelhecimento da população brasileira.

“Nas duas últimas décadas, a composição da população residente por sexo e grupos de idade sofreu mudanças importantes, como o estreitamento da base da pirâmide, o aumento da participação relativa da população a partir do

³² IBGE. *Projeções da População: Brasil e Unidades da Federação*, volume 40. Rio de Janeiro. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Projecao_da_Populacao/Projecao_da_Populacao_2013/srm40_projecao_da_populacao.pdf. Acesso em: 4 fev 2014.

grupo de 25 a 29 anos de idade e o visível alargamento do topo da pirâmide etária, indicando o aumento da longevidade.

A idade média da população residindo em áreas urbanas em 1991 era de 27,1 anos e atingiu 32,3 anos em 2010, um acréscimo de 5,2 anos. Para a área rural, este valor que era de 24,8 anos, em 1991, alcançou 30,6 anos em 2010.”³³

Ainda segundo o senso de 2010, de um total de 190.755.799 pessoas residentes no Brasil, 20.590.597 possuem mais de 60 anos, ou seja, aproximadamente 10,7% da população residente no Brasil, e ainda, destes 20.590.597, quase metade, 9.240.667, é de pessoas que possuem mais de 70 anos.

No Brasil é assegurado pela lei uma série de direitos aos idosos, no entanto na realidade brasileira prevalece a carência de programas de assistência ao idoso, especialmente nas classes menos privilegiadas do ponto de vista financeiro, em que soma-se a carência de programas e serviços de instituições sociais voltadas para a prevenção e a solução dos problemas da velhice. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar o idoso, garantindo-lhe direito à vida. Os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, na carência ou em enfermidade. O poder público deve garantir aos idosos condições de vida apropriada.

A questão é se as atenções voltarem-se para os idosos de uma maneira geral, acaba por não se abarcar necessidades específicas de subgrupos dentro deste universo de pessoas idosas, tais como o de “pessoas mais idosas” e de pessoas idosas do sexo feminino. Com os avanços sociais, principalmente na área de saúde, as pessoas chegam à idade de avançadas como 65 e 70 anos em pleno gozo de sua saúde física e mental, tendo inclusive capacidade laboral, apesar de aos 70 anos serem aposentadas compulsoriamente do serviço público.

Ainda assim, todos os idosos devem fazer jus a uma tutela específica e ainda mais específica àqueles em subgrupos carecedores de maiores cuidados. Cabe à família,

³³ IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características da população e dos domicílios*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf>. Acesso em: 4 fev 2014.

à sociedade e ao Poder Público garantir ao idoso o acesso aos bens culturais, a participação e a integração na comunidade, sendo-lhe proporcionada liberdade e autonomia, além do que o idoso tem o direito de viver preferencialmente junto à família.

No Brasil os cuidados com o idoso abrangem focam em grande parte quanto aos direitos assistencialistas e previdenciários, não podendo o idoso sofrer discriminação de qualquer natureza, devendo o Estado, a família e a sociedade assegurar-lhe direitos de cidadão, participação na comunidade, defesa quanto a sua dignidade e seu bem estar. Os estabelecimentos comerciais deverão dar preferência ao atendimento do idoso, devendo inclusive ter placas em locais visíveis. O idoso tem direito à educação, sendo que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, mesmo para aqueles que não tiveram acesso na idade própria. Competindo aos órgãos municipais de educação implantar programas educacionais estimulando e apoiando a admissão do idoso em universidades, incentivando a inclusão nos programas educacionais de conteúdo sobre o envelhecimento, de disciplinas como gerontologia e geriatria nos cursos superiores.

Compete ainda ao estado minorar e se possível extinguir os casos de violência contra idosos. Em levantamento feito pela Central Judicial do Idoso no Distrito Federal, para se ter uma ideia melhor do panorama de violência contra o idoso demonstrou que em 86% dos casos o agressor é da família do idoso, sendo mais comum a violência psicológica, financeira e a negligência.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, prevê como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, determinando como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação. Seguindo neste sentido, o art. 226 do texto constitucional conferiu à família proteção especial do Estado, bem como em seu § 8º³⁴ dispões que o Estado deve assegurar assistência a cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

3.2 Os mecanismos de proteção do direito do idoso.

O constituinte teve um cuidado especial ao tratar da pessoa idosa, garantindo-lhe uma proteção especial, em seu artigo 226 a Constituição Federal confere à família e a seus membros proteção especial do Estado, garantindo a assistência a cada um que à integra, criando mecanismos para elidir qualquer violência no âmbito de suas relações. O art. 230, por sua vez, estende este dever de proteção à família e à sociedade como um todo quanto ao amparo à pessoa idosa, devendo ser assegurado à esta a participação comunitária, e garantindo a estes a dignidade, o bem-estar e o direito à vida. E ainda, é preferencialmente o lar da pessoa idosa o local da execução de programas de amparo que visem a fortalecer os laços familiares.

No art. 7º, inciso XXX, da nossa carta maior é expressamente proibido a discriminação do idoso no mercado de trabalho, seja através de diferenças salariais, ou no exercício de funções ou critérios de admissão por motivo de idade, até mesmo porque ao contrário do que se pensa boa parte dos brasileiros que já completaram 65 anos ainda persistem trabalhando ou à procura de emprego e contribuem de maneira significativa com o rendimento familiar.

Cumpramos ressaltar ainda que há ainda o art. 201, § 7º, inciso II que trata da Previdência Social, que será organizada na forma de um regime geral, de caráter contributivo, de filiação obrigatória, o qual garante ao idoso para resguardar-se na sua velhice e caso incapacitado para a atividade laboral, o direito à aposentadoria por idade, sendo 65 anos de idade aos homens e 60 anos para as mulheres, ressalvado o caso dos trabalhadores rurais em que se subtrai 5 anos para ambos os sexos. Destaque também merece o art. 203, inciso V e o art. 204 que tratam da assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, garantindo ao idoso, sem condições de manter-se e manter sua própria família devidamente comprovado, o recebimento de um salário mínimo como benefício mensal. A execução da assistência social compete ao Governo Federal, Estadual e Municipal, através dos recursos do orçamento da seguridade social, além de outras fontes em conjunto com a participação popular, através de organizações representativas na formulação de políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis, sendo tanto a Previdência quanto a Assistência Social mecanismos de relevante valor para a proteção da dignidade da pessoa idosa, porquanto garantam os recursos

mínimos para sua subsistência de da família que dele dependa através de um retorno compatível com o seu tempo e dedicação e empenho quando não puder mais trabalhar.

É também garantido aos idosos, através do Estatuto, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, respeitadas as condições peculiares de sua idade, podendo ter acesso aos diversos meios de comunicação, espetáculos, eventos, exposições. Inclusive deve-se incentivar a participação do idoso em atividades educativas, que estimulem a movimentação, o raciocínio e a concentração, proporcionando bem-estar e integração com outras pessoas.

É reconhecido aos avós o direito de visita, mesmo sendo nossa legislação silente neste aspecto é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, tendo em vista que é inegável a importância da ajuda e colaboração dos avós na criação e manutenção dos netos, não apenas na relação individualmente considerada avós netos, mas para a relação familiar como um todo. A conotação do direito de visita conferido aos avós inclui não só o direito de correspondência, mas também o de hospedagem, podendo ter os netos em sua casa por um pernoite por exemplo. Além do elo afetivo entre avós e netos considera-se para justificar tal direito o parentesco, posto que este importa ao ordenamento jurídico inclusive podendo ser demandado dos avós o pagamento de pensão alimentícia quando da impossibilidade dos pais. A presença dos avós dentro do ambiente familiar representa para os netos um aprendizado contínuo quanto às rotinas diárias, alimentação, etc., bem como na desde a antiguidade a importância na troca de experiências e de conhecimento entre gerações, propiciada por esta relação e que é de suma importância para a criança ou adolescente nesta fase peculiar de desenvolvimento.

Ainda em se tratando de proteção constitucional nas responsabilidades familiares a Constituição Federal determina o dever dos pais de criar e educar os filhos menores, e o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, texto do art. 229 da Carta Magna³⁵. Tais obrigações guardam estrita relação com a ideia de sustentabilidade da sociedade e da família, a reciprocidade, o comprometimento e a responsabilidade mútuos.

³⁵ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Desta forma é cabível a obrigação alimentar em favor do idoso, conforme o art. 11 do Estatuto do Idoso³⁶, que por sua vez se reporta aos art. 1694 a 1710 do Código Civil e à Lei nº 5.478/1968, Lei de Alimentos³⁷. Sendo a prestação alimentar em favor do idoso de natureza solidaria, podendo o idoso acionar apenas um único prestador que cumprirá com a totalidade da obrigação, mas que poderá por sua vez exercer seu direito de regresso contra os demais codevedores.

O Estatuto do Idoso veio a regular de modo mais amplo os direitos do idoso, estipulando a proteção integral e a prioridade absoluta da população idosa, determinando que todo cidadão deve comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação que tenha testemunhado ou que tenha conhecimento contra a pessoa idosa. Dispõe para que sejam asseguradas aos idosos todas as oportunidades e facilidades para preservação da saúde física, mental, do aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. É dever do Estado garantir que haja o acesso do idoso ao Sistema Único de Saúde, o fornecimento de medicamentos, tratamentos, e outros recursos relativos à habilitação e reabilitação do idoso, bem como atendimento domiciliar aos idosos que não puderem se locomover, ou em síntese, conforme dispõe o artigo 9º do Estatuto, o Estado deve promover políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

O Estatuto do Idoso trata ainda da garantia do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade à pessoa idosa, ou seja, pode o idoso se locomover livremente, de acordo com suas condições de saúde, não sendo obrigado a permanecer contrariamente à sua vontade em instituições, bem como podendo optar por tratamentos de saúde que julgar mais adequados às suas necessidades, sempre que possível. Podendo também dispor de seus bens conforme melhor lhe aprouver, razão pela qual o disposto no art. 1.641, II do Código Civil³⁸ é duramente criticado. É compreensível que o escopo do legislador é de

³⁶ BRASIL. *Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 5 set 2013.

³⁷ BRASIL. *Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm>. Acesso em: 15 jul 2014.

³⁸ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)”

proteger o patrimônio do idoso e de futuros herdeiros, mas carece de coerência frente aos princípios constitucionais da isonomia, da liberdade (entendida lato sensu) e da dignidade humana. A proteção do patrimônio do idoso não pode ocorrer de maneira tão impositiva e invasiva em sua esfera de autonomia pessoal, desconsiderando-se sua vontade e à revelia desta, pois deste modo há uma injustificada restrição da sua liberdade.

3.3 A separação obrigatória e a Constituição Federal.

Em que pese a ideia do legislador de que as pessoas idosas com mais de 70 anos estão mais suscetível á ação de aventureiros que buscam contrair com eles o matrimônio no intuito unicamente de subtrair para si parte do patrimônio do idoso, atribuindo então aos maiores de 70 anos o regime de separação legal de bens, com vistas a proteger o patrimônio do idoso e a pretensão de futuros herdeiros, a boa intenção do legislador acaba por se revestir numa proteção às avessas, pois acarreta em frontal confronto com princípios constitucionais de suma importância tal como o princípio da dignidade humana.

Para uma melhor compreensão do quão grave é uma violação ao princípio da dignidade humana, primeiro é preciso compreender este complexo princípio que serve de sustentação para boa parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, atrelado a inúmeros direitos, bem como embora seja mais associado ao Direito Privado, veio a tornar-se também um dos pilares do Direito Público.

A dignidade, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira,

“é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Essas inscrições constitucionais são resultado e consequência de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento

das ciências e das novas tecnologias. É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.”³⁹

Cuida-se de princípio oriundo do constitucionalismo contemporâneo, que estabeleceu uma nova forma de pensar o sistema jurídico, baseia-se na ideia primordial de justiça inerente ao ser humano e a condição superior deste, enquanto ser dotado não apenas de razão, mas também das emoções. A Constituição Federal não dá em seu texto uma definição para o que é a dignidade humana, posto que esta definição tem origem, não só para a legislação brasileira, mas para a legislação de outros países também, na filosofia de Immanuel Kant, mais precisamente em seus estudos sobre a filosofia moral, também chamada de ética. A expressão não foi cunhada diretamente por Kant, mas decorre do pensamento por ele externado na *Fundamentação da metafísica dos costumes*⁴⁰, ao afirmar que cada homem possui um valor em si mesmo em decorrência de sua razão, de que o homem é um fim em si mesmo.

Kant afirma que o homem não deve jamais ser transformado em um instrumento para a ação de outrem. Apesar de em realidade ser possível a utilização de certas coisas ou seres para a obtenção de determinados fins ou resultados, e mesmo historicamente vermos que mesmo o próprio homem sendo utilizado desta maneira, isso contra a própria natureza humana. O homem por ser dotado da consciência moral e da razão está acima de qualquer especulação material, está acima da condição de coisa, o homem possui um valor próprio que impede que seja avaliado ou tratado como coisa e que de que receba um preço material, tal valor para Kant é a dignidade.

“O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um preço de mercado; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, um preço afetivo; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114/115.

⁴⁰ KANT, Immanuel. Tradução e notas: ALMEIDA, Guido Antônio de. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 229-231.

Ora, a moralidade é a única condição sob a qual um ser racional pode ser fim em si mesmo: porque só através dela é possível ser um membro legislante no reino dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade, na medida em que ela é capaz da mesma, é a única coisa que tem dignidade. A habilidade e a diligência no trabalho têm um preço de mercado; o engenho, a imaginação viva e o humor, um preço afetivo; ao contrário, a fidelidade às promessas, a benevolência por princípio (não por instinto) tem valor intrínseco.”⁴¹

O homem para Kant, portanto é um ser superior na ordem da natureza e das coisas, por ter a dignidade que é este valor intrínseco, sem preço e acima de qualquer preço, que faz dele pessoa, ser dotado de consciência racional e moral, e por isso capaz de assumir responsabilidades e de ter a liberdade.

Ao ser incorporada pelo direito a expressão “dignidade da pessoa humana” designava uma personalidade, envolvia uma imagem pública de alguém, não estava exatamente em consonância com o conceito atribuído pela ética, mas acabou por tomar as feições que tem hoje, permitindo várias concepções e sendo muito mais abrangente do que a ideia inicial.

A dignidade humana será sempre um valor idêntico para todos os seres humanos, posto que todo ser humano é racional, não há relatividade da capacidade que permita eliminar a razão de um ser humano, e por isso mesmo todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder.

Desta forma, infere-se que a dignidade serve de sustentáculo para que sejam garantidos direitos básicos a todos os seres humanos, direitos estes assentados na mesma causa universal: as necessidades humanas que decorrem da própria natureza humana e que nem o Estado é capaz de modificar, necessidades tais como a moradia, a educação, a saúde e a liberdade, que estão acima do arbítrio humano e são inerentes à vida em sociedade.

⁴¹ KANT, Immanuel. Tradução e notas: ALMEIDA, Guido Antônio de. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009, p. 265-267.

No direito de família tal principio se traduz na legitimação e inclusão social de todas as formas de família, no respeito a todos os vínculos afetivos, e todas as diferenças, bem como na consideração de no respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. O respeito e reconhecimento à todas as entidades familiares.

O princípio da dignidade tal como todos os princípios contém valores e se reveste de subjetividade, por mais que tente tratar o principio de maneira objetiva pelo seu conteúdo normativo, é sempre desafiador para o legislador e para os aplicadores do direito de uma maneira geral, sopesar e compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra, ou mesmo os valores a serem considerados quando se tratando da dignidade de uma mesma pessoa.

O legislador ao instituir o regime de bens para pessoas maiores de setenta anos buscou não apenas salvaguardar o interesse de futuros herdeiros, mas também pressupôs que pessoas idosas necessitavam de uma proteção maior no tocante a seu patrimônio, conservando seu patrimônio incólume da ação de aventureiros é também de certo modo justificável para garantir a dignidade do idoso, por outro lado tolher no idoso a autonomia de escolher seu próprio regime, e a liberdade de deliberar sobre seu próprio patrimônio, bem como a suposição de sua incapacidade para tal ato da vida civil fere frontalmente o principio da dignidade, bem como os princípios que deste decorrem e integram como o principio da igualdade e da liberdade.

O princípio da igualdade por sua vez também encontra amparo constitucional em nosso ordenamento jurídico. É principio intrínseco à própria concepção da justiça, até mesmo porque não pode ser aplicado de modo genérico, a igualdade de direitos considerada de maneira abstrata, não é capaz de por si só atender ao principio da igualdade, posto que não alcança as diferenças geradas pela ordem social. Para o princípio da igualdade deve haver o tratamento de maneira isonômica, de modo que buscasse a igualdade justamente através do respeito às diferenças, um tratamento normativo diferenciado na medida das diferenças, até mesmo porque se todos fôssemos estritamente iguais, não haveria a necessidade de se falar e reivindicar a igualdade. O princípio da igualdade pressupõe a igualdade formal, ou seja, perante a lei, mas ao mesmo tempo deve atender às diferença, de modo a justamente minorar tais diferenças

através de um tratamento legislativo diferenciado, os idosos ensejam de fato uma proteção diferenciada, mas no tocante à separação obrigatória, tal dispositivo acaba por ao estipular um critério etário para pressupor a incapacidade de diferenciar por si mesmo qual regime é mais adequado para reger seu matrimônio, acabar por ferir tal princípio, pois neste caso o tratamento diferenciado não se presta a equilibrar uma diferença para alcançar-se uma igualdade, mas justamente podar o direito daquele que teria justamente mais maturidade e experiência para deliberar e escolher questões relativas ao seu matrimônio.

Por fim, temos o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal que são de extrema relevância quando se tratando do direito de família. Porquanto seja assente o interesse social da proteção da família por parte do Estado, por outro é perfeitamente possível a inserção das normas que regulamentam as relações de família como pertencentes ao ramo do Direito Privado. Caio Mário coloca a situação sob o seguinte prisma:

“as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo. É certo que os interesses da família e dos membros que a compõem não devem sofrer a intervenção direta e ostensiva do Estado, a quem compete apenas tutelá-los.”⁴²

É de indubitável importância esta tutela do Estado, no entanto não deve perder-se de vista que tal tutela não consiste num poder de fiscalização e controle, pois desta forma se restringiria a autonomia privada, conseqüentemente limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. A autonomia privada não pode ser entendida como sendo de cunho meramente patrimonial, sob o enfoque trazido pela Constituição Federal de 1988, que dá uma maior ênfase na pessoa humana, ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada para além de meramente propriedade, contratos e questões meramente patrimoniais, mas também para o âmbito das relações familiares. Acerca deste assunto Rodrigo Pereira da Cunha corrobora com esta ideia nos seguintes termos:

⁴² CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil* - Vol. V - Direito de Família, 12. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p 3-4.

“No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.”⁴³

Ou seja, com esta personificação e despatrimonialização da família, em que, nas relações de família, há uma maior valorização do sujeito em detrimento das relações patrimoniais, não se admite mais a ingerência do Estado, o qual deve tão somente ter o condão de tutelar a família de dar a esta garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade, para que seus integrantes tenham condições para a manutenção deste núcleo familiar. Com base neste princípio várias críticas podem ser feitas ao nosso ordenamento frente às flagrantes violações, tendo em vista que apesar de trazer a possibilidade de modificação do regime de bens, que pode ser considerado um avanço bastante positivo, o Código de 2002 manteve dispositivos como a irrenunciabilidade do direito aos alimentos entre cônjuges, obrigatoriedade de coabitação e a limitação da escolha do regime para as pessoas acima de 70 anos. Dispositivos que são demasiadamente invasivos na esfera da autonomia de cada pessoa, sendo o último muitas vezes citado como exemplo da extrapolação da intervenção do Estado na família para muito além do seu papel de proteção.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

4 CONSIDERAÇÕES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Analisando os posicionamentos dos diversos doutrinadores, bem como a maneira que a jurisprudência tem se manifestado acerca do tema em suas decisões, pode-se arriscar a proposição de algumas soluções. Evidentemente que as soluções propostas podem envolver além dos tribunais e instituições jurídicas, as instituições políticas, uma vez que a solução de uma questão complexa como a que se propõe, extrapola a esfera do Direito, podendo também ser pensada sob a ótica política, antropológica e até mesmo enquanto problema ético-filosófico.

4.1 Posicionamentos doutrinários acerca da separação obrigatória

O regime de separação obrigatória de bens sofre críticas de muitos doutrinadores, que entendem que tal dispositivo é de todo incompatível com a Constituição Federal de 1988, mas ainda sim o Código Civil de 2002, manteve tal dispositivo que antes vigorava no art. 258, § único do Código Civil de 1916⁴⁴, atribuindo a separação obrigatória ao maior de 60 anos, em 9 de dezembro de 2010, foi publicada a lei alterando o dispositivo aumentando a idade para 70 anos, o que de maneira alguma sanou as incongruências apontadas pelos diversos doutrinadores acerca deste dispositivo.

Maria Berenice Dias faz severas críticas acerca do assunto, tendo em vista que a lei maior veda de modo expresso qualquer discriminação em razão da idade e assegura especial proteção ao idoso, e que indo totalmente na contramão da referida lei, a nova codificação civil impôs regime de bens obrigatório às pessoas maiores de 60 anos, aumentado para 70 anos pela Lei 12.344/2010⁴⁵, tirando-lhes a faculdade de escolher seu próprio regime de bens ao casar, cumpre trazer *ipsis litteris* o descontentamento da autora com a medida:

⁴⁴ BRASIL. *Lei N° 3.071, de 1° de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 15 jul 2014.

⁴⁵ BRASIL. *Lei N° 12.344, de 9 de dezembro de 2010*. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (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. Brasília, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm#art1>. Acesso em: 15 jul 2014.

“A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência onde o interditando é interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa.”⁴⁶

Ou seja, a autora critica a falta de rigorosidade do legislador quanto à capacidade frente ao instituto do casamento em que se flexibiliza a rigorosidade da capacidade, permitindo ao idoso casar, mas limitando a escolha do regime de bens. O Código Civil de 1916 já trazia esta vedação e ainda diferenciando as idades para homens e mulheres com o advento da Constituição de 1988 e a igualdade, levou a adotar-se a mesma idade para homens e mulheres, mas peca-se ao fazer discriminação com os idosos. A autora entende haver um problema na norma positivada na codificação civil, entende que a tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal, com base no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e ainda que, com a edição de nova norma concedendo mais 10 anos, vedando a escolha de regime para pessoas maiores de 70 anos, entende a autora que tal medida, apenas se presta a perpetuar a discriminação. Entende que não só o disposto no inciso II do art. 1.641, mas o artigo como um todo se reveste de inconstitucionalidade gritante, “Não se trata somente de injustificável restrição que infringe o princípio constitucional da liberdade. Igualmente há desrespeito ao princípio da igualdade ao se conceder tratamento desigualitário entre o casamento e a união estável.”⁴⁷

Tal matéria foi debatida na III Jornada de Direito Civil. Nas palavras de Luiz Felipe Brasil Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

⁴⁶DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf>. Acesso em: 5 set 2013.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf>. Acesso em: 5 set 2013.

“A obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas que celebrarem matrimônio a partir de determinada faixa etária (seja ela qual for), atenta contra o princípio maior da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Nos dias que correm não mais se justifica essa odiosa regra restritiva, fruto de um superado Código marcadamente patrimonialista, como o de 1916, e incompatível com o espírito da legislação codificada hoje vigente, que sobreleva a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, havendo incapacidade do idoso para casar, a situação resolve-se pela interdição. Porém, sendo plenamente capaz, deve sê-lo para a prática de todos os atos da vida civil, inclusive para suportar as conseqüências patrimoniais do casamento, nenhuma razão existindo para essa *capitis diminutio*, resultante de uma inconsistente presunção de incapacidade, que, para esses efeitos, torna-se até absoluta”⁴⁸

Infere-se do pensamento do Desembargador que havendo receio por parte da família quanto as reais intenções daquele que pretende ingressar naquele seio familiar, e vendo que o idoso de fato não está na melhor de suas faculdades mentais, resta ainda o instituto da interdição, ou seja, já há uma solução jurídica para caso o idoso não esteja de fato no pleno gozo de suas capacidades mentais, o que não pode ser feito é uma presunção de que apenas por completar determinada idade a pessoa seja ela quem for já estaria necessariamente com o pleno discernimento comprometido.

4.2 Aplicação do direito pelos tribunais

Cumprir lembrar que o dispositivo estipulando a separação obrigatória para pessoas mais idosas já estava presente no Código Civil de 1916 e já em 1964 houve uma atuação por parte do Supremo Tribunal Federal alterando o modo como deveria ser aplicado o dispositivo. Trata-se do Enunciado nº 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal⁴⁹ que estabelece que no regime de separação legal comunicam-se os bens

⁴⁸ LEVY, Laura Affonso Costa. (In) *Constitucionalidade da separação de bens obrigatória do art. 1641, II, CC, e o projeto de Lei 4.944/09*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/in-constitucionalidade-da-separacao-de-bens-obrigatoria-do-art-1641-ii-cc-e-o-projeto-de-lei-4-944-09/36051/>>. Acesso em: 25out 2013.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula nº 377*. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm.

adquiridos na constância do casamento. Tal enunciado modifica o regime da separação de bens na sua essência, tornando-o na prática semelhante ao regime da comunhão parcial. A jurisprudência aderiu de maneira maciça à posição exposta no enunciado de tal forma que em realidade o regime obrigatório é de separação, mas em que seus efeitos mais se assemelham ao regime da comunhão parcial, até mesmo porque a corrente majoritária entende que do referido enunciado infere-se que os aquestos se comunicam independentemente de serem ou não resultantes do esforço comum, bastando tão somente o simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento.

Neste sentido, cumpre trazer voto exposto em julgamento tratando da comunicabilidade dos bens adquiridos na constância de união estável contraída entre sexagenários em que a Ministra Nancy Andrichi, relatora para o acórdão por ter proferido o primeiro voto vencedor, se manifesta acerca da matéria nos seguintes termos:

“Com o passar do tempo e a evolução jurisprudencial, passei a perfilar entendimento no sentido de que a comunicabilidade de bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, que merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso (REsp 915.297/MG, DJe 3.3.2009, que apesar de tratar de hipótese distinta da em julgamento, conduz a idêntica conclusão no que respeita ao regime de bens em regra aplicável às uniões estáveis).

Isso porque, sob diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e prática, entre o casamento – em seu modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir família – e a união estável (REsp 736.627/PR, DJe 1º.7.2008).

Vale lembrar, ainda, o precedente derivado do julgamento do REsp 471.958/RS (DJe 18.2.2009), no qual se tratou de casamento entre sexagenários e não de união estável. Muito embora a configuração fática daquele processo fosse distinta da que se está julgando, o fundamento então utilizado é perfeitamente aplicável ao caso sob apreciação: o de que a restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos não mais se justifica nos dias de hoje, de modo que a manutenção dessas restrições representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para manter a coerência com as ideias contidas nos julgados de que participei, pinço o voto vencido no REsp 1.090.722/SP (DJe 30.8.2010), entretanto, curvando-me à jurisprudência pacificada no âmbito da 2ª Seção, no sentido de aplicar o regime da separação obrigatória de bens em hipóteses como a em apreço, considerando, sobretudo, a incidência, na espécie, do CC/16 e da Lei 9.278, de 1996, destaco que o regime da separação obrigatória segue temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, sendo presumido o esforço comum.”⁵⁰

A Ministra expressa em seu voto sua visão acerca da restrição imposta pelo Código Civil de 2002, entendendo que a restrição imposta à pessoa com idade superior à 60 (sessenta) anos consiste em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, abstendo-se de discorrer de maneira mais demorada sobre a inconstitucionalidade do dispositivo por não ter sido a matéria objeto de controle difuso por parte do tribunal *a quo*, TJRS, bem como por considerar que tampouco cabe ao Superior Tribunal de Justiça imiscuir-se na análise de questões de competência do STF, limitando-se ao caso que estava sendo apreciado e consagrando a aplicação do Enunciado nº 377 da súmula do STF para aplicar a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável independentemente de comprovação do esforço comum, posto que este é presumido.

Um caso considerado paradigmático pelos defensores da inconstitucionalidade do dispositivo é a decisão proferida por Cezar Peluso, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Excelentíssimo Magistrado confronta o dispositivo da separação obrigatória, art. 258, II do CC/16, face aos princípios da igualdade, liberdade e da dignidade, consagrados no texto constitucional, repudiando sua aplicação e os fundamentos para a criação e manutenção do referido artigo pelo legislador. Em seu voto, seguido pelos outros Desembargadores, o Magistrado se pronuncia da seguinte forma:

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa [...]. REsp 1171820/PR. Terceira Turma. Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 7 dez 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902413116&dt_publicacao=27/04/2011.

“É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.”⁵¹

O magistrado critica primeiramente a norma por acreditar que a mesma se funda numa base extrajurídica, a discussão em sua essência contraria princípios éticos e são incompatíveis com a ideia da dignidade humana. A ficção jurídica de atribuir-se um critério etário para a limitação da liberdade é considerada por ele como sendo arbitrária, ou mesmo decorrente de um processo indutivo que parte de proposições falsas. E ainda, completa:

“Noutras palavras, decretou-se, com vocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por, deficiência mental presumida "iuris et de iure" contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa.

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

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Ementa [...]. *Ap. n° 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP*. Segunda Câmara. Relator Desembargador Cezar Peluso. São Paulo, 23 nov 1998. Disponível em: <http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1=posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>.

matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.”⁵²

Deste modo acusa ainda a norma de atribuir uma incapacidade em razão da idade, o que é de todo inaceitável. O Código Civil tutela a capacidade civil acertadamente com o máximo de cautela, estipulando um processo extremamente complexo para que haja qualquer invasão na esfera da autonomia do indivíduo, no entanto este dispositivo, por meio de um critério arbitrário limita a capacidade da pessoa para exercer este determinado ato da vida civil. Inclusive o legislador ao estipular o critério etário, viola a vontade do indivíduo admitindo que o mesmo por estar em determinada idade tem diminuída sua razão, legitimando assim uma situação injusta, pois a pessoa idosa ainda que comprovadamente no gozo de suas plenas faculdades mentais sofre a restrição decorrente da norma. Aponta para a violação à dignidade humana, que é um dos fundamentos constitucionais, e prossegue indicando a violação ao texto constitucional conforme se segue:

“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 (artigo 5º, LIV, da Constituição da República), tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), e da igualdade (artigo 5º, I), à medida que convergem ambas 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.

O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da dignidade da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos, o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Ementa [...]. *Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP*. Segunda Câmara. Relator Desembargador Cezar Peluso. São Paulo, 23 nov 1998. Disponível em: <http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1=posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>.

da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência. É muito curta a razão normativa para invasão tamanha.”⁵³

Desta forma, o Desembargador. Cezar Peluso exercendo controle difuso recusa-se a reconhecer a aplicação da referida norma, entendendo que a mesma viola diretamente os princípios constitucionais e direitos fundamentais trazidos nos incisos LIV e I do art. 5º da atual Constituição Federal, quais sejam o do devido processo legal e da liberdade. O entendimento quanto à violação do devido processo legal é um tanto forçado, mas é compreensível posto que é feita uma abstração de que apesar de se ter instaurado um processo e o mesmo ter sido julgado de acordo com a lei, a própria lei a que ele se refere foi concebida de maneira injusta e sua aplicação conflita com a justiça trazida pela lei maior.

Ademais o Magistrado vale-se da argumentação quanto aos interesses econômicos e o direito subjetivo de toda e qualquer pessoa de dispor conforme melhor lhe convenha acerca de seu próprio patrimônio e sua propriedade, desde que observando sua função social. Arremata o pensamento com a observação de que a razão normativa, de que os idosos não saberiam diferenciar seus interesses afetivos de seus interesses econômicos, é demasiado curta, ou seja, insuficiente para se justificar tamanha intromissão do estado na esfera individual da autonomia de vontade e da vida privada do cidadão.

Cumpra ainda ressaltar que tal decisão se deu anteriormente ao atual Código Civil, bem como já àquela época o entendimento de que tal dispositivo é inconstitucional tinha muitos adeptos. O atual Código Civil manteve o dispositivo atenuando a violação ao princípio da isonomia apenas no tocante à diferenciação de gêneros, pois no art. 258, II do Código Civil de 1916 o regime era obrigatório para as mulheres com idade superior a 50 (cinquenta) anos e para os homens após 60 (sessenta) anos completos, sendo que no Código Civil de 2002 o regime era obrigatório para a pessoa maior de sessenta anos independentemente do gênero.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Ementa [...]. *Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP*. Segunda Câmara. Relator Desembargador Cezar Peluso. São Paulo, 23 nov 1998. Disponível em: <http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1=posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>.

Com o aumento da expectativa de vida do brasileiro e por já vir sofrendo severas críticas dos doutrinadores de Direito de Família, em 2010, com a edição da Lei nº 12.344 o dispositivo foi alterado aumentando a idade para 70 (setenta) anos. A alteração não agradou aos críticos do regime obrigatório, posto que o aumento da idade não é suficiente para suprir às violações ao texto constitucional apontadas, tal como persiste o confronto com a dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e da liberdade. Nas palavras de Maria Berenice Dias a alteração consiste apenas na perpetuação da discriminação.

“No entanto, a equiparação etária levada a efeito não tem o condão de emprestar vitalidade ao dispositivo legal ou lhe devolver a constitucionalidade. A alteração levada a efeito quanto à idade não é suficiente para manter no panorama jurídico esse dispositivo legal. Nem sequer o legislador teve o cuidado de incorporar a diretriz sumulada pelo STF, que reconheceu a comunicabilidade dos aquestos. Persistiu a imposição do regime da separação total de bens, sem atentar em que tal intransigência pode ensejar severo desequilíbrio e dar margem a enriquecimento injustificável. O só fato de determinados bens constarem em nome de um ou de outro cônjuge não significa ausência da participação do outro na sua aquisição. Mantida a mesma restrição na nova lei quanto ao casamento, surpreende é a desarrazoada ausência de igual limitação na união estável. Assim, não há como contornar a afronta à Lei Maior, que não permite ser violada nem convive com o injustificável. E nada justifica limitar a capacidade de alguém, pois cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.”⁵⁴

Desta forma, a movimentação da estrutura legislativa para tão somente aumentar a idade em que passa a incidir a restrição é de todo inócua frente às violações à Constituição apontadas. A própria justificação apresentada no Projeto de Lei da Câmara

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf>. Acesso em: 5 set 2013.

nº 7/2008 (nº 108/2007 na Casa de origem)⁵⁵ que acarretou na mudança do dispositivo serve também de justificção para que fosse abolido o dispositivo.

“Hoje, no entanto, em pleno Séclo XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõem as contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.621 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa.”⁵⁶

Do mesmo modo, o parecer elaborado pelo relator Valdir Raupp retomou em sua análise a posição da Senadora Maria do Carmo Alves, que era relatora inicial da proposição que entendia ser justificável a alteração conforme se segue:

“Como bem sustentando pela ilustre Senadora Maria do Carmo Alves, relatora inicial da proposição, para justificar a alteração do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, que ora se pretende fazer, o fato é que nos parece anacrônico impor à pessoa maior de sessenta anos, haja vista sua plena capacidade para exercer os atos da vida civil, a norma encartada no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, que obriga o regime da separação de bens no casamento, até porque os bens da pessoa idosa, e que foram por ela conquistados, não só podem – como devem – ser partilhados na forma que

⁵⁵ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 11 de janeiro de 2008*. Altera o inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (É obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos). Brasília, 2008. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53100&tp=1>>. Acesso em: 4 maio 2014.

⁵⁶ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 11 de janeiro de 2008*. Altera o inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (É obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos). Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53100&tp=1>>. Acesso em: 4 maio 2014.

ela entender ser a melhor, ainda que o futuro casamento não persista por muito tempo.”⁵⁷

Conforme se verifica as justificativas utilizadas para argumentar a favor de que fosse aumentada a idade em que deveria passar a incidir a restrição, podem ser igualmente utilizadas para argumentar que, em verdade, não deveria haver restrição em razão da idade, seja ela qual for.

Deste modo, persistiu o entendimento por parte de alguns juízes e desembargadores que fazendo uso do controle difuso de constitucionalidade negam aplicação ao dispositivo.

É o caso de julgado de 1º/12/2011 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em que o Desembargador Luiz Fernando Boller reconheceu o direito de casal com idade superior à setenta anos a alterarem para regime de comunhão universal o regime que lhes foi imposto pela lei. O Magistrado embasa sua posição na doutrina de Maria Berenice Dias e nas considerações de Rolf Madaleno sobre o assunto, bem como apresenta como precedente a decisão proferida pelo Desembargador Cezar Peluso, em 1998, bem como faz suas considerações pessoais acerca do caso.

“Todavia, tenho para mim que a interpretação do aludido dispositivo não pode ser realizada isoladamente, sem se atentar para os princípios que norteiam a ordem constitucional vigente, sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

O critério etário utilizado pelo legislador teve por finalidade precípua a proteção daquele que se presumiu encontrar-se em estado de vulnerabilidade, permitindo ser mais facilmente ludibriado em razão de eventual interesse de outrem em relação ao seu patrimônio particular.

Contudo, tal disposição legal implica discriminação ao presumir que o nubente maior de 70 (setenta) anos de idade não possui eficiente capacidade de discernimento, restrição que não pode ser admitida, por revelar-se contrária ao atual ordenamento.

⁵⁷ BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 11 de janeiro de 2008*. Altera o inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (É obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos). Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53100&tp=1>>. Acesso em: 4 maio 2014.

Neste sentido, o art. 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, merecendo igual destaque o respectivo art. 5º, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁵⁸

O magistrado foi seguido em seu posicionamento pelos Excelentíssimos Desembargadores, Eládio Torret Rocha e Ronaldo Moritz da Silva, que também entenderam pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil por violação direta do disposto no art. 3º e 5º da Constituição Federal de 1998, permitindo desta forma que os nubentes com idade superior a setenta anos alterassem o regime de bens para o que melhor lhes convinha, o regime da comunhão universal.

Em outro caso, julgado em 18/09/2013, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves aborda a matéria, ainda que de maneira breve, entendendo que o regime da comunhão parcial, que é o regime legal poderia ser aplicado aos companheiros, mesmo aos maiores de setenta anos, que não convencionem acerca de qual regime irão adotar.

“A exceção a esse princípio de liberdade de escolha, a rigor, reside nos casos em que a lei aponta como imperiosa a separação de bens, que são as hipóteses constantes no art. 1.641 do Código Civil, ou seja, (a) quando a pessoa necessitar de suprimento judicial, isto é quando postas sob tutela ou curatela, (b) quando não observar qualquer das causas suspensivas, que eram os antigos impedimentos impeditentes, e (c) quando qualquer dos nubentes contar mais de sessenta anos...

As duas primeiras causas justificam-se por si. Mas manter essa exigência de separação obrigatória para pessoas com mais de sessenta anos parece-me despropositado e até viola preceito constitucional, consoante a brilhante lição do eminente MINISTRO CÉSAR PELUSO, que tem sido acolhida em diversos julgados do nosso Tribunal de Justiça.⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Ementa [...]. *Apelação Cível nº 020.11.010952-0*, da comarca de Criciúma. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, 1º de dezembro de 2011. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2473/Idoso.%20Regime%20de%20bens.%20Inconstitucionalidade>

No citado caso o Magistrado vai além do simples reconhecimento de um pedido dos nubentes para que lhes sejam reconhecido o direito de escolher regime distinto do da separação obrigatória, ele entende que por violar o texto constitucional a norma não merece ser aplicada e que apesar de os companheiros mais de setenta anos terem se absterido de escolher um regime de bens, o regime a ser aplicado seria o regime legal, comunhão parcial, e não o regime de separação. Foi seguido à unanimidade neste entendimento, e ainda, ressaltou que este é o entendimento que vem sendo adotado pelos outros Desembargadores daquele mesmo Tribunal.

Desta forma, em que pese não ter tido o legislativo atuado no sentido mover-se para efetivamente eliminar o dispositivo do ordenamento jurídico, bem como não há caso que tenha chegado à apreciação do Supremo Tribunal Federal para que este através do controle concentrado retire a aplicabilidade da norma por todos os tribunais, os tribunais vêm, através do exercício de seu controle difuso, deixando de aplicar a norma por entender que tal norma se reveste de inconstitucionalidade gritante, violando um dos fundamentos da própria Constituição, qual seja a dignidade humana. E ainda, mesmo quando não reconhecida a inconstitucionalidade da norma, é amplamente aplicado o disposto no Enunciado nº 377 da Súmula do STF, de modo a transformar o regime obrigatório da separação de bens no regime de comunhão parcial, posto que é pacífico o entendimento de que no regime de separação legal há a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento independente mente do esforço comum, pois este é presumido.

4.3 Modificações no ordenamento jurídico.

A modificação no ordenamento jurídico capaz de sanar as incongruências e incompatibilidade junto à Constituição Federal de 1988 e à sociedade é por óbvio a revogação do inciso II, do art. 1641 do Código Civil. Alguns doutrinadores como Maria Berenice Dias defendem que se revogue não apenas o inciso II, mas todo o art. 1641.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ementa [...]. *Apelação Cível nº 70055840300*. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vascellos Chaves. Porto Alegre, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2410/Uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.%20Regime%20de%20bens.%20Liberdade%20de%20escolha>

Tendo em vista que o Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil⁶⁰ que dispõe que nos incisos I e III não impede que se altere o regime, desde que superada a causa que o impôs, o inciso II não foi incluído, pois evidentemente a causa que impõe o regime é de todo insuperável. De modo que por ser somente o inciso II vítima desta imposição de modo absoluto e insuperável, parece também ser o único sobre o qual recaia a inconstitucionalidade.

A revogação do dispositivo é por certo uma modificação inclusive mais acertada que a edição do Enunciado nº 377 da Súmula do STF, posto que o referido enunciado tão somente atribui ao regime de separação obrigatória os efeitos práticos do regime legal, qual seja o da comunhão parcial. Desta forma, ocorre uma situação ainda pior do que a que se tinha antes, pois tanto persiste a violação à liberdade e autonomia de vontade do indivíduo, quanto se impossibilita a proteção do patrimônio do idoso. Se já é desarrazoada a imposição do regime de separação obrigatório aplicando ao idoso uma proteção de tão modo exacerbada que invade a esfera de sua individualidade e fere-o em sua dignidade, ainda mais grave é retirar esta proteção sem revesti-lo de autonomia para dispor conforme sua própria vontade e inclusive proteger-se.

Desta forma, em termos de modificação legislativa a que com mais razão deveria ser adotada é a revogação do dispositivo, visto que preserva o respeito à autonomia do cidadão idoso para que este possa escolher o regime que melhor lhe convenha inclusive o regime da separação de bens, em seus efeitos próprios e característicos. A mudança do dispositivo para que o regime em que um dos nubentes seja maior de setenta anos seja o de separação, salvo estipulação em contrário, também é uma alternativa plausível, posto que em que pese persistir a discriminação esta resta justificada em razão da isonomia, de modo que em razão de ser o idoso merecedor de uma tutela de proteção específica, mas não se permitindo que esta suposta proteção acabe por se tornar uma obrigação desproporcional e violadora de seus direitos fundamentais.

⁶⁰ BRASIL. Jornadas de Direito Civil. *Enunciado nº 262*. Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

Não há, no entanto, nenhuma proposta legislativa neste sentido, nem tampouco a jurisprudência vem sendo tão maciçamente contrária ao dispositivo a ponto de torná-lo letra morta. Apesar disso, cumpre ressaltar que está em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 470/2013, de autoria da Senadora Lidice da Mata, que “Institui o Estatuto das Famílias”.⁶¹

O projeto que teve iniciativa primeiramente do IBDFAM apresentado à senadora pelo Dr. Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM, tem o fito de atualizar a legislação de família revogando o Livro IV do Código Civil, que trata do Direito de Família e dispositivos do Código de Processo Civil e da legislação correlata, para que seja reunida em um só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família.

A iniciativa é extremamente positiva no sentido de buscar uma maior autonomia ao indivíduo concernentes às relações familiares, nas legislações, atuais e anteriores, a invasão do Estado em questões que dizem respeito somente ao indivíduo eram gritantes de modo que a sociedade que é extremamente dinâmica, avança e a legislação acaba por não acompanhar as mudanças social, acarretando situações em que o juiz, diante de um cenário já consolidado socialmente, mas que ainda não encontra amparo na legislação, se vê obrigado a dar solução ao caso, adentrando pelo ativismo judicial desviando-se de seu poder decisório e revestindo-se de poderes que deveriam ser exercidos somente pelo legislador. Como é o caso recente da ADI nº 4277 e ADPF nº 132, julgadas em conjunto⁶², que consolidaram o entendimento pela possibilidade da União Homoafetiva.

Acerca deste projeto Mário Luiz Delgado, Presidente da Comissão de Legislação do IBDFAM, outrora crítico das modificações trazidas pelo primeiro projeto apresentado em 2007, agora acredita se fundamental importância que seja instituído o Estatuto das Famílias, tendo em vista a própria natureza do Direito de Família.

⁶¹ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa [...]. *ADPF 132/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>

“O Direito de Família realmente possui institutos que o diferenciam, de forma muito peculiar, dos demais ramos, especialmente pela sua aderência direta e imediata às realidades da vida, que de tão diversificadas e mutáveis implicam a impossibilidade de o Código Civil albergar todas as demandas da família contemporânea. Sob esse aspecto, uma legislação unificada em forma de estatuto autônomo talvez venha a proporcionar uma hermenêutica mais harmônica dos princípios constitucionais e facilitar a sua concretização, tal como sustentado pelos elaboradores do projeto. Nos domínios da técnica legislativa, os estatutos são textos legais bastante semelhantes aos códigos, procurando disciplinar de modo completo e estanque uma determinada ordem de relações jurídicas. Implicam sempre na criação de direito novo, não tratando de condensar normas pré-existentes.”⁶³

Ressalte-se, ainda, a importância de se regulamentar as diversas situações já consolidadas na realidade da sociedade, mas que ainda carecem de uma regular proteção jurídica, haja vista que em decorrência disto, não que as pessoas percam seus direitos posto que à luz da norma constitucional pode o magistrado manejar os princípios e fundamentos da Constituição para abarcar as situações não especificamente reguladas, mas isto gera por muitas vezes uma grande insegurança jurídica, pois a análise é sempre feita caso a caso e não tem as decisões o aspecto de generalidade da norma.

Ademais, o Projeto do Estatuto não repete em seu texto qualquer dispositivo semelhante ao art. 1.641 do Código Civil, nem admite qualquer outra forma de discriminação aos idosos, de modo que se dado o prosseguimento ao Projeto, restando revogado o Livro IV do Código Civil, ou mesmo que não revogado todos os seus artigos, certamente o referido dispositivo não seria recepcionado, posto que incompatível com o art. 5º, inciso I do Projeto⁶⁴ que dispõe como princípio fundamental para a interpretação e aplicação do Estatuto a dignidade da pessoa humana, e o art. 6º que dispõe que são indisponíveis os direitos das crianças, dos adolescentes, dos incapazes, e os referentes ao estado e capacidade das pessoas, resolvendo-se assim a questão da violação a dignidade humana e finalmente dando fim ao dispositivo que

⁶³ DELGADO, Mário Luiz. *Um novo Direito de Família que se projeta*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/946/Um+novo+Direito+de+Fam%C3%ADlia+que+se+projeta%22>

⁶⁴ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242

retira da pessoa idosa a sua autonomia da vontade para a prática deste ato tão importante da vida civil que perdura em nosso ordenamento jurídico à revelia de todas as conquistas em termos de igualdade e isonomia, liberdades individuais, autonomia da vontade e menor interferência do estado na esfera privada do indivíduo.

5 CONCLUSÃO

O casamento é um instituto de vital importância para a sociedade, ainda que seja prescindível para a formação da família. Em uma visão mais simplista o casamento é um contrato que dispõe sobre direitos e deveres comportamentais, bem como trata de questões patrimoniais.

No Brasil, não apenas no casamento como também na união estável, há quatro regimes de bens com regras preestabelecidas, o regime de comunhão universal, o regime de comunhão parcial, o regime de separação de bens e o regime de participação final nos aquestos. Tendo em vista que a disposição de seus próprios bens é uma questão privada, em que pese o casal ter necessariamente que optar por um dos quatro regimes previstos no Código Civil, tem ampla liberdade para decidir se determinado bem comunicará ou não ao cônjuge, desde que o faça de maneira expressa em pacto antenupcial.

Com o envelhecimento da população, tem se tornado cada vez mais comum o casamento de pessoas em idade mais avançada, seja com outra pessoa também já idosa, seja com uma pessoa mais nova. Há por parte da legislação civil uma pressuposição de senilidade da pessoa maior de 70 anos (art. 1640, II, CC), restringindo o regime de bens apenas ao de separação de bens.

A discussão é de suma relevância não apenas pelo número cada dia maior de idosos, que recebem uma tutela coletiva específica, como também pelo fato de que cada indivíduo deve ter tutelado seus direitos fundamentais, respeitando-se sua individualidade e autonomia da vontade.

Ocorre que tal dispositivo criado antes da atual Constituição Federal vem sendo recepcionado e sobrevivendo às críticas, como um argumento de autoridade, de que sempre foi assim e que deve manter-se assim para desencorajar o casamento como forma de ascender economicamente.

A tentativa de evitar que uma pessoa ardilosamente se utilize do casamento somente para obter vantagens econômicas é louvável. No entanto, reduzir a capacidade

de uma pessoa, com base apenas na idade, sem atentar-se para a realidade, de idosos que possuem mais de 70 anos e estão no pleno gozo de suas faculdades mentais, bem como possuem mais maturidade para decisões quanto a como desejam conduzir suas relações e seu patrimônio.

Evidentemente, que é indesejável que as pessoas se utilizem de institutos sérios para atingir finalidades mesquinhas, mas o legislador ministra um remédio que acaba por mostrar-se pior que a própria doença, pois afronta gravemente os fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, mais especificamente a dignidade da pessoa humana. O critério etário é extremamente impreciso para apurar o discernimento e a capacidade mental do indivíduo, convencionalmente adotou-se que a maioridade para os atos da vida civil e para a imputabilidade penal como sendo 18 anos. A maturidade mental difere-se da cronológica, assim como haverá pessoas que com menos de 18 anos já terão compreensão plena dos atos que estão a praticar, também há os que com idade superior não terão esta mesma capacidade. Convencionou-se que 18 anos é tempo o suficiente de vivência para que através de suas experiências a pessoa alcance aquele nível de compreensão, mas é um critério impreciso.

Tanto a idade de 18 anos já vem sendo questionada, tanto nas academias quanto em discussões políticas, como sendo o marco de maioridade penal, visto que na sociedade atual, o grau de compreensão para entender a plenitude de seus atos em matéria penal, já poderia ser obtido antes de tal idade.

A idade de 70 anos é ainda menos razoável para podar a capacidade do idoso em relação à escolha do regime. A idade avançada em si não traz nenhuma redução das faculdades mentais, pessoas idosos estão mais suscetíveis à moléstias que possam causar alguma debilidade mental, mas presumir que a pessoa maior de setenta anos não goza de boa saúde é uma afronta à base de nossa Constituição Federal.

Por fim, conclui-se que o regime imposto às pessoas maiores de setenta anos não se trata de uma proteção ou tutela específica do Estado para com a pessoa idosa, mas sim de uma violação à sua autonomia de vontade, uma vez que a pessoa maior de setenta anos no pleno gozo de suas faculdades mentais prescinde do auxílio do Estado

para estipular questões que estão no âmbito de sua esfera privada e individual. Em que pese a necessidade de se ter um Estado atuante em relação à ordem pública, por outro lado é igualmente desejável um Estado que respeite a autonomia de cada indivíduo enquanto gerindo suas relações privadas. Não é o papel do Estado imiscuir-se nas relações privadas das pessoas de maneira intervencionista para limitar-lhe a vontade quando isto não tiver nenhuma relevância pública. O intervenção do Estado na escolha do regime de uma pessoa capaz, independentemente da idade, é uma violação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, consolidados na Constituição e que são justamente uma proteção do indivíduo contra o Estado, exigindo-se deste último uma abstenção para preservar àquele o valor da liberdade ligada aos seus direitos civis e políticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. Código Civil (Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. *Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242>.

BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara nº 7, de 11 de janeiro de 2008*. Altera o inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (É obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 anos). Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53100&tp=1>>.

BRASIL. Jornadas de Direito Civil. *Enunciado nº 262*. Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa [...]. *ADPF 132/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Ementa [...]. *REsp 1171820/PR*. Terceira Turma. Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 7 dez 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902413116&dt_publicacao=27/04/2011>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. Ementa [...]. *Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP*. Segunda Câmara. Relator Desembargador Cezar Peluso. São Paulo, 23 nov 1998. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=21&r=402&s1=posse&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. Ementa [...]. *Apelação Cível nº 020.11.010952-0*, da comarca de Criciúma. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller. Florianópolis, 1º de dezembro de

2011. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2473/Idoso.%20Regime%20de%20bens.%20Inconstitucionalidade>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Ementa [...]. Agravo de Instrumento nº 70054750609. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2372/Div%C3%B3rcio.%20Partilha.%20FGTS.%20N%C3%A3o%20inclus%C3%A3o%20no%20acervo%20comum>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. Ementa [...]. Agravo de Instrumento nº 70054750609. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 1º de agosto de 2013. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2372/Div%C3%B3rcio.%20Partilha.%20FGTS.%20N%C3%A3o%20inclus%C3%A3o%20no%20acervo%20comum>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ementa [...]. *Apelação Cível nº 70055840300*. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vascellos Chaves. Porto Alegre, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2410/Uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.%20Regime%20de%20bens.%20Liberdade%20de%20escolha>>

BRAGA, Pérola. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011

BOAS, Marco Antônio Vilas. *Estatuto do Idoso Comentado*, 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRAGANHOLE, Beatriz Helena e LINCK, Elisa. *O critério legal do regime da separação obrigatória de bens no casamento dos maiores de sessenta anos: desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia de vontade*. RBCEH – Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano, Passo Fundo, 85-97, jan/jun 2006. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rbceh/article/view/54/47>>. Acesso em: 5 set 2013

CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família*, 21. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DELGADO, Mário Luiz. *Um novo Direito de Família que se projeta*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/946/Um+novo+Direito+de+Fam%C3%ADlia+que+se+projeta%22>>

DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf>. Acesso em: 5 set 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil V. 6 - Direito de Família (As famílias em perspectiva constitucional)*, 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013, 11. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE. *Projeções da População: Brasil e Unidades da Federação*, volume 40. Rio de Janeiro. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Projecao_da_Populacao/Projecao_da_Populacao_2013/srm40_projecao_da_populacao.pdf>.

IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características da população e dos domicílios*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf>.

KANT, Immanuel. Tradução e notas: ALMEIDA, Guido Antônio de. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEVY, Laura Affonso Costa. (In) *Constitucionalidade da separação de bens obrigatória do art. 1641, II, CC, e o projeto de Lei 4.944/09*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/in-constitucionalidade-da-separacao-de-bens-obrigatoria-do-art-1641-ii-cc-e-o-projeto-de-lei-4-944-09/36051/>>. Acesso em: 25 out 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 5. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito Civil 2*, Direito de Família, 41. edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família*, 6. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SENISE, Roberto. *Manual de direito civil*, v. 5 : direito de família e sucessões, 8. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA PEREIRA, Tânia. *Cuidado E Sustentabilidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, (v. 6), 13. edição. São Paulo: Atlas, 2013.