



Uniceub
Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais

Jéssica Medeiros Lino

**Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Separação de Bens aos
maiores de setenta (70) anos**

**Brasília
2015**

JÉSSICA MEDEIROS LINO

**Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Separação de bens aos
maiores de 70 anos**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Júlio Cesar Lérias Ribeiro

BRASÍLIA

2015

JÉSSICA MEDEIROS LINO

Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Separação de bens aos maiores de 70 anos

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Júlio Cesar Lérias Ribeiro

Brasília, de ___ outubro de 2015.

Banca Examinadora

Professor Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de bens aos maiores de setenta anos. Análise temática baseou-se na demonstração de estatística da mudança da expectativa de vida pelos idosos estarem muito mais ativos na sociedade, por causa da melhor qualidade de vida. Além de existir súmula do Supremo Tribunal Federal ratificadora do tema a qual flexibiliza a rigidez do diploma normativo possibilitando a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente no convívio matrimonial. Destaca-se a aprovação de várias leis as quais em suas exposições de motivos enfatizam o aumento da expectativa de vida como, por exemplo, a emenda constitucional 88/2015 (PEC da Bengala). E, por fim, analisou-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu aspecto principiológico estudando os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e seu objetivo de construir uma sociedade sem preconceitos para fundamentar a hipótese proposto buscando o reconhecimento e aplicação da autonomia da vontade aos idosos ao constituírem seus matrimônios.

Palavras-Chave: Civil. Regime Obrigatório de Bens. Princípios. Autonomia da Vontade. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. A Doutrina Brasileira da Proteção do Idoso	
1.1.Princípios Constitucionais de Proteção ao Idoso	4
1.2. Casamento como instituto contratual	9
1.3. Regime de Bens e Autonomia do Vontade	13
2. A Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens no Casamento do Idoso no Código Civil Brasileiro	
2.1.Regime de Obrigatório de Separação de Bens por Idade e Súmula 377, STF	19
2.2.Regime de Bens no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002	24
2.3.Regime Obrigatório de Bens e a Constituição de 1988	30
3. Análise Jurisprudencial da Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de bens no Casamento do Idoso no Código Civil Brasileiro	
3.1 Julgado Favorável à Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de setenta anos	35
3.2 Julgado Desfavorável à Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de setenta anos	40
Conclusão	45
Referências	47
Anexos	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 impositiva da separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos de idade, tendo como base o aumento da expectativa de vida e a Constituição Federal de 1988 garantidor da dignidade humana, de uma sociedade sem preconceitos e da autonomia da vontade. O idoso será tratado no presente trabalho no sentido genérico ou nos termos do Código Civil, maiores de setenta anos.

Garantir aos idosos o direito de escolher o regime de bens que regerá o matrimônio é relevante no aspecto moral, por reconhecer neles pessoas capazes de fazer suas escolhas independente da idade, ou seja, critério etário deixará de ser sinônimo de presunção de incapacidade. Além de existir relevância no aspecto jurídico, pois dar continuidade na vigência no regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos é afrontar uma história de lutas e conquistas sociais do poder constituinte originário de 1988, quem garantiu vários direitos como o da dignidade humana, da isonomia, da liberdade de fazer escolhas, tendo como alvo uma sociedade sem preconceitos.

O Código Civil de 2002 nasceu com novos aspectos sociais querendo proteger não mais o patrimônio, mas o indivíduo tanto por causa das mudanças sociais no qual o mundo estava vivendo quanto por causa da Constituição da República de 1988 que trazia como objetivo garantir ao indivíduo a inviolabilidade de seus direitos, além de conceder-lhes direitos fundamentais.

Por isso, ao manter o artigo do regime legal de bens aos idosos existente desde o Código Civil de 1916 torna-se incongruente socialmente, pois naquela época buscava-se proteger o patrimônio, e juridicamente por não haver permissão da lei maior para invasão dessa magnitude no âmbito da autonomia da vontade. Tornando-se necessário o questionamento do problema se é possível no atual sistema normativo brasileiro a vigência do regime obrigatório de bens aos idosos.

A hipótese desta monografia é demonstrar a plausibilidade fática e jurídica da inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil através de argumentos doutrinários, legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nos seus capítulos.

No primeiro capítulo buscar-se-á argumentos doutrinários para fundamentar o tema proposto realçando os princípios constitucionais de proteção ao idoso como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção do idoso. O casamento como instituto contratual será analisado para demonstrar a necessidade de deixar para traz o olhar canônico do casamento de algo sagrado para analisá-lo sobre um aspecto mais pragmático de uma relação envolvida por patrimônio e, por conseguinte a importância de um contrato. O regime de bens e a autonomia da vontade será estudado para demonstra a importância de haver uma liberdade na escolha do regime de bens para reger a vida patrimonial no casamento.

No segundo capítulo investigar-se-á sob o prisma legal as várias tentativas jurídicas de retirar do ordenamento jurídico a imposição do regime de bens aos idosos. Inicialmente será visto a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que permiti a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o casamento. Em seguida será feito um paralelo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 para verificar o que mudou social e juridicamente de um Código para outro, analisando as exposições de motivos, sob quais Constituições cada uma tinha como diretriz e sob qual aspecto a sociedade da época estudava as questões jurídicos. E será analisado como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tutela o idoso e o regime a ser imposto a ele.

No terceiro capítulo observar-se-á questões jurisprudenciais com julgado favorável a temática e outro contraposto. Ambos buscará demonstrar a impossibilidade de se manter em vigor o artigo 1641, II, do Código Civil estando estruturados com doutrinas, leis e comentários pessoais acerca do problema suscitado.

O marco teórico da presente monografia encontra-se em Doutrinas do Direito Civil e do Direito Constitucional, leis, Estatuto do Idoso, estatísticas, súmulas e julgados.

A monografia será realizada através de metodologia a pesquisa documental e bibliográfica dos estudos em doutrina, ou seja, livros, artigos, revistas jurídicas; em

jurisprudência e súmulas, investigando a intensão do legislador ao instituir o artigo 1641, II, Código Civil.

1. A Doutrina Brasileira de Proteção

Neste capítulo buscar-se-á argumentos doutrinários para fundamentar o tema proposto realçando os princípios constitucionais de proteção ao idoso como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da proteção do idoso. O casamento como instituto contratual será analisado para demonstrar a necessidade de deixar para traz o olhar canônico do casamento de algo sagrado para analisá-lo sobre um aspecto mais pragmático de uma relação envolvida por patrimônio e, por conseguinte a importância de um contrato. O regime de bens e a autonomia da vontade será estudado para demonstra a importância de haver uma liberdade na escolha do regime de bens para reger a vida patrimonial no casamento.

1.1. Princípios Constitucionais de Proteção ao Idoso

Os princípios constitucionais nascem com a conquista dos direitos fundamentais sendo uma grande vitória para humanidade tanto pelo momento histórico no qual estava-se vivendo: com as revoluções, as quais buscavam um olhar do Estado voltado para o indivíduo quanto pelas várias aquisições de significados que foi obtendo em cada período social.

Nos ensinamentos de Gilmar Mendes, esses direitos instituem-se com um papel fundamental na sociedade por ter invertido a relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo a importância da existência de primeiro observar os direitos à sociedade e secundariamente deveres perante o Estado, perfazendo o direito do Estado frente ao indivíduo pelo cuidado das necessidades dos cidadãos.¹

A Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, buscou cuidar sobre as necessidades fundamentais do cidadão com a instituição de princípios de proteção aos direitos da criança, da família, do indivíduo, dos idosos, dentre outros.

Em relação ao idoso, o constituinte originário trouxe a necessidade de se reconhecer neles seres com dignidade sendo iguais a todos, no entanto, por serem indivíduos com peculiaridades, há necessidade de uma proteção maior conferindo-os direitos mais específicos.

¹Mendes, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 9.ed.rev. e anual, São Paulo: Saraiva,2014,p.136.

Dessa forma, aplicam-se a eles os princípios gerais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, além de uma proteção mais específica com o princípio da proteção ao idoso.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser visto sobre três aspectos: religioso, com o homem sendo a imagem e semelhança de Cristo, trazendo ao ser humano um valor sublime; filosófico, com a luz dos iluministas trouxe mais razão a conceituação do tema, trazendo o ser humano para uma plano mais real mostrando que existem direitos a serem respeitados; e político, a partir do século XX com as duas grandes guerras começa se esboçar um desenho mais jurídico, por iniciar a introdução da tutela da dignidade humana nas constituições democráticas.² No entanto, a conceituação política era aplicada apenas na esfera legislativa e executiva vindo a ser conceituada juridicamente apenas no final do século XX transformando-se em dever ser normativo momento que obteve status de princípio fundamental.

Nesse princípio observa-se a presença de três elementos: o valor intrínseco, a autonomia e o valor social da pessoa humana. Nesse aspecto, o referido doutrinador delineia que o **valor intrínseco** da pessoa humana é o elemento comum e inerente a qualquer ser humano, é o que o distingue um dos outros, nas palavras de Kant é aquilo que não tem preço, independendo até mesmo da própria razão.

Destaca-se ainda há aspectos jurídicos a serem analisados no plano do valor intrínseco são eles o direito à vida, direito à igualdade, direito à integridade física, o direito a integridade moral e psíquica. Em relação ao direito à igualdade expõe que todos têm o mesmo valor intrínseco, por isso devem ser respeitados igualmente independendo de raça, idade, sexo.

A **autonomia** possui dois elementos que se coadunam: a razão e o exercício da vontade, ou seja, o indivíduo tem o direito de decidir quais os caminhos a serem trilhados de acordo com sua própria vontade possuindo o direito de escolher de forma livre sua personalidade. Por fim, o **valor comunitário** é a delimitação desse valor que se estabelece no olhar do outro sobre o indivíduo, ou seja, as concepções externas limitam a dignidade individual. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade.³

² BARROSO, Luís Roberto, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p.4

³ V. Letícia de Campos Velho Martel, Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Mimeografado, 2010, p.V. tb. Oscar Vieira Vilhena, Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF, 2006, p. 365.

Dessa forma, ao analisar o idoso sobre o enfoque da dignidade humana observa-se o quão necessário se faz a aplicação desse princípio a esse nicho social, primeiramente, por estar institucionalizado na Constituição para todos, sem distinção. E, secundariamente, por estarem presentes os três elementos que constituem a dignidade. O valor intrínseco presente no fato dos idosos serem um grupo com particularidade seja pelo fato de terem contribuído muito para o crescimento do país tanto no aspecto financeiro e social quanto pelo fato da pirâmide social está se invertendo deixando-os de ser o passado para tornar-se o futuro, fazendo dessas características diferenciadores e intrínsecas a esse grupo social.

A autonomia tem-se no aspecto de possuírem total discernimento e capacidade para fazer suas escolhas, as quais são muitas vezes mais sensatas, consistentes por possuírem maior experiência de vida. Já o valor social baseia-se no olhar de discriminação e inferiorização dos idosos por serem taxados como incapazes tendo como critério justificador apenas a idade. Isso ocorrer por viver em uma cultura que cultua a juventude, a agilidade fazendo disso meio limitador da liberdade do idoso, quem muitas vezes é exposto a situações degradante simplesmente por não terem mais capacidade laborativa ou apenas por estarem “velhos” de idade.

O outro princípio fundamental e geral é o da isonomia o qual está previsto no artigo 5º, da Constituição Federal expondo que perante a lei todos são iguais sendo invioláveis os direitos indisponíveis como à vida, à liberdade, dentre outros. Esse direito foi conquistado na França com os gritos dos burgueses: de *Igualdade, Liberdade e Fraternidade*, momento que, com a Revolução Francesa em 1789, insurgisse a ideia jurídica de igualdade sendo positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Com isso, nasce para o mundo moderno a ideia da necessidade de se desfazer os privilégios pessoais e garantir uma vida digna com direitos sociais a todos que integram a sociedade. Por isso, vale destacar as palavras de Lobo Torres:

“O princípio da igualdade, consistindo na proibição de arbitrariedade, desproporção ou excesso, significará vedação da desigualdade consubstanciada na injustiça, na insegurança e na opressão da liberdade.”⁴

⁴ LOBO TORRES, Ricardo apud DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, Princípio Constitucional da Igualdade, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.p. 35.

No mundo jurídico cresce as discussões sobre a exegese e as delimitações do referido princípio extraíndo-se dois tipos de igualdade: a formal e a material. A igualdade formal, baseia-se no direito de ser igual diante a lei e a igualdade material, tem como foco a igualdade real e efetiva de todos.⁵ Nesse sentido, observando os conceitos narrados, percebe-se que o idoso não está tendo a igualdade formal, pelo o Código Civil 2002 em seu artigo 1641, II, vedar o direito de manifestar sua vontade na escolha do regime jurídico a ser adotado em seu matrimônio, tendo como critério apenas a idade.

Muito menos há uma igualdade material, por não haver uma correspondência da lei com a realidade, a qual demonstra os maiores de setenta anos são pessoas ativas, com discernimento para praticar suas atividades rotineiras e administrar seu patrimônio.

Além dessa diferenciação, passa a verificar-se uma igualdade perante a lei e uma igualdade na lei. **A igualdade perante lei** destina-se aos juízes no momento que irão aplicar a lei, o que vem sendo observado pelos magistrados na temática exposta, pois por causa dos intensos debates sobre o assunto na época da vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377⁶, que flexibiliza aplicação do artigo expondo que os bens comunicam-se na constância do casamento.⁷

Já a **igualdade na lei** possui outro destinatário: o legislador impondo-o o dever de preservar, no processo de formação das leis, a igualdade e, se não respeitado, terá como consequência a inconstitucionalidade.⁸

O constituinte brasileiro procurando uma maior consolidação da proteção dos direitos dos indivíduos impõe no artigo 3º, IV, da Constituição como objetivo fundamental: a necessidade de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, observa-se a intenção constitucional

⁵ LOBO TORRES, Ricardo apud DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, Princípio Constitucional da Igualdade, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 36.

⁶Súmula 377 : No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

⁷ BORGES, José Souto Maior apud DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, Princípio Constitucional da Igualdade, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001 p. 42

⁸ DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, op.cit, p.43

de proteção mais específica aos idosos no momento em que o referido artigo é delineado com maior especificidade no art.230, da Carta Magna.⁹

Nesse artigo sistematiza-se o princípio da proteção aos idosos sendo a família, a sociedade e o Estado os responsáveis por garantir aos idosos uma vida digna. Esse princípio vai muito além de mera proteção, ele surgiu para garantir e efetivar o princípio geral da dignidade e da solidariedade social. Tendo como sujeitos não apenas aqueles idosos frágeis, doentes e incapazes, mas idosos que estão em plena capacidade laborativa e possuem discernimento de seus atos. Deve-se atentar para o fato de que muitas vezes os mais experientes são colocados todos na mesma esfera: a incapacidade.

Por isso, que em 1º de outubro de 2003 institui-se a lei 10.741-Estatuto do Idoso- que nasce para demonstrar que em alguns aspectos vale um olhar diferenciado para esse grupo, por possuírem certas necessidades específicas, mas em outros há de demonstrar que são seres humanos e como tais devem ser vistos com igualdade, conforme os artigos 8º e 9º, do referido Estatuto.¹⁰

Em vista disso, identifica-se que os princípios fundamentais ganharam novos elementos desde o momento em que foram instituídos tornando-se fundamento de proteção daqueles discriminados e deixados à margem da sociedade. Por isso, torna-se importante observar os referidos princípios em todos os aspectos da vida social do idoso demonstrando, que a proteção a eles vai muito além do aspecto previdenciário ou da saúde, atinge futuros matrimônios que venha constituir.

⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 230. **A família, a sociedade e o Estado** têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo **sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.**

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (grifo nosso)

¹⁰BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Art. 8º O envelhecimento é **um direito personalíssimo** e a sua proteção **um direito social**, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam **um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.**(grifo nosso)

1.2 Casamento como Instituto Contratual

O matrimônio como vínculo contratual decorre da ideia do Estado como produtor e autorizador de regras de conduta. Nesse sentido, Roma torna-se a melhor exemplificação, pois eram necessárias testemunhas e era considerado um ato privado que possuía finalidades materiais, por causa dos dotes, e a necessidade do nascimento de filhos livres e cidadãos legitimados.¹¹ O casamento como união de afeto nasce com Direito Canônico, o qual traz a lume a ideia da família como base da sociedade por ser uma instituição divina.

Pode-se destacar o significado do negócio jurídico, segundo Orlando Gomes, seria uma declaração de vontade com o objetivo a produção de efeitos jurídicos.¹² Por isso, para algo ser titularizado negócio jurídico deve ser feita análise sobre três aspectos: existência; validade; e eficácia. Portanto, é importante um agente emissor capaz e legitimado o qual expressa uma manifestação de vontade livre e de boa-fé tendo, o objeto a ser discutido na relação, legalidade sendo todos esses elementos constituídos por uma forma adequada.

Ao existir “um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades”¹³ estará diante de uma espécie do negócio jurídico denominado contrato, que visa a modificação, extinção ou aquisição de direitos. Essa espécie é regida por vários princípios os mais relevantes são: *pacta sunt servanda*, preza pela intangibilidade do conteúdo; autonomia da vontade, baseia-se na liberdade de contratar; relatividade das convenções, pela não afetação de seus efeitos a terceiros; função social, o conteúdo jurídico interessa a sociedade; e boa-fé, necessidade de se observar um padrão de conduta pautado na honestidade, lealdade e transparência.

No Brasil, a regulamentação do casamento pelo Estado veio com o Decreto n.181, de janeiro de 1890, momento que há a ruptura entre igreja e Estado, quem passa a trazer uma concepção jurídica a esse instituto. Dessa forma, o doutrinador Paulo Lôbo delinea o enlace matrimonial como um “ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e outro, Novo curso de direito civil, vol.6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional, 4 ed. rev.e atual, São Paulo: Saraiva, 2014,p.112.

¹² Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.280.

¹³ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais,9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.22.

reconhecimento do Estado.”¹⁴ Nesse sentido, observa-se a necessidade da presença dos planos da existência, validade e eficácia- elementos do negócio jurídico- configurado no instituto do matrimônio.

A existência configura-se na presença dos elementos do agente emissor; da manifestação de vontade; do objeto; e da forma. Nos termos artigo 1514¹⁵ do Código Civil é necessário um homem e mulher como agentes emissores expressando uma vontade de estabelecer um vínculo conjugal com o objeto não apenas afetivo de constituir família, mas também o patrimonial. Conforme art. 71, § 7º, da lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973¹⁶, é imprescindível o registro no cartório sobre o regime de bens a ser adotado no casamento.

No plano da validade destaca-se para ser emissor é importante ser capaz e legítimo, por isso no Código Civil coloca-se alguns impedimentos¹⁷ e causas suspensivas¹⁸ dessa legitimidade. No aspecto do objeto analisa-se a comunhão patrimonial regulamentando os

¹⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo, Direito Civil- Família, São Paulo: Saraiva,2008, p.76

¹⁵BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Art. 1.514. O casamento se realiza no momento **em que o homem e a mulher manifestam**, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.(grifo nosso)

¹⁶BRASIL, Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 Art. 71. Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados: § 7º o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura ante-nupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que sendo conhecido, será declarado expressamente;

¹⁷BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 . Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹⁸ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 .Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

vários regimes de bens a serem escolhidos sendo eles: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; separação convencional de bens; e participação final nos aquestos.

No plano da eficácia prevalece o princípio da isonomia impondo deveres a ambos os cônjuges, conforme artigo 1565, do Código Civil¹⁹ são mutuamente responsáveis pelos encargos familiares.

Dessa forma, prevalece a natureza de negócio jurídico na constituição matrimonial, por coexistir os três elementos. Ressalta-se o casamento é instituto complexo sendo qualificado dentro de uma das espécies do negócio jurídico: o contrato.

É possível perceber a finalidade do contrato no casamento, pois esse visa a constituição e modificação de direitos preexistentes respeitando os princípios contratuais acima expostos. Nas palavras de Silvio Rodrigues:

“Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência.” (grifo nosso)

Assim, vale identificar os princípios contratuais no instituto matrimonial. O princípio do *pacta sun servanda* delinea-se pelas regras que disciplinam o casamento serem normas cogentes, portanto, obrigatórias. O princípio da autonomia da vontade estabelece no momento da liberdade da escolha dos cônjuges em constituírem um vínculo conjugal.

O princípio da relatividade das convenções institui-se no artigo 1513, do Código Civil²⁰, o qual proibi terceiros interferir na comunhão de vida do casal. A função social desenvolve-se com a própria constituição do casamento, por ser ela uma das instituições familiares tendo em

¹⁹ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

²⁰BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 .Art. 1.513,CC. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

vista o artigo 226, da Constituição Federal²¹. E a boa-fé objetiva é configurado no capítulo VIII do Código Civil que impõe os casos de invalidade do casamento caso não haja com lealdade e de acordo com padrão de conduta esperado.

Percebe-se o casamento inserido no instituto contratual tanto por possuírem os elementos do negócio jurídico quanto por respeitarem os princípios contratuais. Com isso, pode-se deduzir que se a constituição matrimonial não prezar no momento de sua habilitação pelos requisitos contratuais de existência, validade, eficácia e seus princípios o vínculo conjugal não poderá vir a ser concebido, pois estará eivado de vício.

Ao voltar o olhar para o idoso, o casamento como instituto contratual não é aplicado a eles, pois ao se habilitarem ao matrimônio como pessoas capazes não podem no momento que irão estabelecer por qual forma será o regime de bens, fixar o conteúdo do contrato matrimonial. Dessa forma, são restringidos legalmente, por causa do artigo 1641, II, do Código Civil²² que pré-estabelece o regime de separação total de bens aos maiores de setenta anos.

Em vista disso, se inexistir em um contrato qualquer dos seus requisitos: existência, validade e eficácia, este poderá ser anulado pelo fato da concepção ter sido precária. Se os idosos não poderem manifestar o desejo por qual conteúdo seu contrato matrimonial irá ser regido, esse deve ser invalidado, fazendo disso uma restrição ao casamento ao se atingir mais de setenta anos de idade.

O Código Civil demonstra-se contraditório, pois apesar de validar os negócios jurídicos celebrados pelos idosos, os impedem de constituir um matrimônio segundo a suas vontades. Vale ressaltar as palavras do doutrinador Pablo Stolze e Pamplona Filho “contrato sem vontade não é contrato. Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato.”²³

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²²BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 Art. 1.641. **É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:**

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

~~II - da pessoa maior de sessenta anos;~~

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

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (grifo nosso)

²³ GAGLIANO, PABLO STOLZE, novo curso de direito civil, v4 : contratos teoria geral, 10 ed. rev . e atual, São Paulo: Saraiva, 2014. P. 72

1.3 Regime de Bens e Autonomia da vontade

O regime de bens é o conteúdo do pacto antenupcial, contrato estabelecido entre os cônjuges, norteado pela livre manifestação de vontade entre as partes. O instituto jurídico do regime de bens constitui-se, segundo Pablo Stolze Gagliano, em um “conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, *o estatuto patrimonial do casamento*”²⁴ visa tutelar a relação patrimonial surgido com o matrimônio com o objetivo de regularizar a administração e a propriedade dos bens adquiridos antes, durante ou depois do casamento.²⁵

Essas são as questões primárias decorrentes dos regimes de bens, porém também existem as secundárias sendo o dever de prestar alimentos aos filhos; o usufruto dos bens; e reflexos nos direitos sucessórios. O casamento não poderá subsistir sem esta regulamentação patrimonial ocorrendo até mesmo quando as partes não estabelecerem, pois no silêncio dos cônjuges a lei impõe o regime de bens.²⁶

Vale ressaltar que os regimes de bens são peculiares de cada Estado, pois esse depende dos costumes e das necessidades sociais locais. Como exemplo, destaca-se o direito romano momento predominante do princípio da absorção, ocorrendo quando a mulher se casava e seu patrimônio era destinado totalmente para o marido, quem se tornava o único proprietário e administrador dos bens. Esse princípio também foi instituído nos Estados Unidos vindo a ser substituído, no séc. XIX, pelo regime de separação de bens com a conquista das mulheres pela igualdade dos sexos.²⁷

No Brasil, o Código Civil adotou dois tipos de separação: a convencional e a obrigatória. A separação convencional ou absoluta preza pela liberdade de escolha e pela variabilidade concedendo aos nubentes a possibilidade de optarem entre as quatro espécies de regime de bens: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; separação convencional de bens; e

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e outro, Novo curso de direito civil, vol.6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional, 4 ed. rev.e atual, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 312

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: direito de família, 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.p.344

²⁶ VENOSA, op. cit., p. 344.

²⁷ VENOSA, op. cit., p. 345

participação final nos aquestos. A outra característica é a da mutabilidade configurado na possibilidade dos cônjuges mudarem no curso do casamento a espécie de regime de bens adotado.²⁸

No Código Civil de 1916, a escolha do regime acontecia em um momento anterior ao casamento, justificado para fornecer uma maior segurança jurídica a terceiros e aos próprios cônjuges, não sendo permitido a mudança do regime na constância do casamento, por imperar a imutabilidade do regime.²⁹

O Código Civil de 2002 trouxe mudanças permitindo a mutação do regime durante a constância conjugal, no entanto esse direito não é meramente potestativo necessita de uma autorização judicial através de uma decisão que analisará o fato concreto para não gerar uma insegurança jurídica para terceiros. No Código, preponderam os princípios da mutabilidade e da autonomia da vontade dos cônjuges³⁰.

O princípio da autonomia da vontade nasce com a Revolução Francesa período de luta pela individualidade e liberdade em todos os meios, principalmente, no campo contratual. O princípio configura-se na liberdade de manifestar o desejo por qual forma, objeto e pessoa a ser estabelecido o contrato.³¹

No período seguinte a essa Revolução a liberdade passa a ser limitada, com o crescimento das indústrias o liberalismo exacerbado prejudica toda uma sociedade, por isso essa autonomia volta a ser limitada, mas pela legislação e pela função social para garantir o bem maior: os direitos da sociedade. Portanto, não ferindo os dispositivos legais e respeitando os direitos de toda uma sociedade a liberdade de estabelecer as cláusulas contratuais é plena.

A separação obrigatória ou legal tem como característica principal ser uma imposição legislativa limitativa da livre escolha entre as diversas espécies de regimes impondo a separação de bens como regime obrigatório do casamento. Concedendo a união estável uma maior

²⁸ Tartuce, Flávio Direito civil, v. 5 : direito de família ed.9 rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: direito de família, 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 345.

³⁰ VENOSA, op.cit. p.345.

³¹ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais,9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.41

liberdade de autodeterminação, por haver a possibilidade dos maiores de sessenta anos constituírem uma união sem nenhuma restrição, sendo limitado pelo Código Civil ao casamento.

Por ser limitativa da expressão da vontade, se no pacto antinupcial for escolhido o regime diverso da separação de bens será considerada nula a escolha por infringir um mandamento legal. Há ainda a imposição da imutabilidade, porque mesmo após o casamento entenderem os cônjuges pela mudança do regime serão impossibilitados, por não haver uma abertura legal.³²

É necessário observar que o direito de família se pauta por diversos princípios como o da dignidade da pessoa humana, a igualdade, proteção ao idoso, intervenção mínima do Estado, dentre outros, e não apenas patrimonial devendo essa rigidez legal ser flexibilizada.

Deve-se observar que separação legal é verificada em rol taxativo no artigo 1641, do Código Civil:

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.³³

O objetivo do legislador foi proteger as pessoas envolvidas na relação conjugal de um futuro problema patrimonial. No primeiro inciso verificasse uma necessidade protege-lo de uma futura confusão patrimonial, pois o artigo 1.523 do Código Civil³⁴ impossibilita o casamento

³² Tartuce, Flávio Direito civil, v. 5 : direito de família. ed.9 rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p

³³ 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 29 de março de 2015

³⁴BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 .Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
 II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
 III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

antes de haver a partilha dos bens ou da constituição do inventário com o objetivo de preservar a herança dos filhos herdeiros. Ao se constituir um novo enlace conjugal haverá uma nova comunhão de bens o que poderia trazer uma confusão com o patrimônio existente do casamento anterior.

O terceiro inciso protege os incapazes, por necessitarem de um suprimento judicial para casar demonstra-se o quão frágil torna-se essa relação, por apenas a manifestação de vontade não ser suficiente para o casamento constituir-se. Isso ocorre, porque os menores de 18 anos ainda estão em plena formação tanto física quanto psíquica.

O segundo inciso, foco do presente trabalho, delimita capacidade da escolha do regime de bens pela idade, não importando se na data da concepção matrimonial apenas um deles tenha alguns anos a menos. Como justificativa o legislador afirma tutelar o idoso da existência de um casamento pautado apenas no objetivo financeiro, ou seja, de uma pessoa casar com outra de mais idade apenas com objetivo de ter o patrimônio dela para si. Além disso, preza-se pelo patrimônio a ser deixado aos futuros herdeiros tendo vista o fato da existência de um cônjuge dar direito a ele de meação e a herança.³⁵

As referidas justificativas, segundo Silvio Rodrigues, demonstram-se uma afronta a liberdade individual, porque a proteção exacerbada do Estado as pessoas capazes tornam-se injustificável e descabida, porquanto um dos intuitos de se ter um patrimônio vultoso é para aumentar os atrativos de um matrimônio.³⁶

Necessário se faça destacar o fato do patrimônio só se tornar espólio com a morte da pessoa, portanto, não é possível justificar uma tutela ao patrimônio de futuros herdeiros sendo que inexistente herança se não há morto. Nessa esteira, torna-se infundada a razão legislativa para

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

³⁵ Tartuce, Flávio Direito civil, v. 5 : direito de família. ed.9 rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p

³⁶ RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil - Direito de Família - Volume 6 - 28ª Edição - Coleção Direito Civil. Saraiva, 2004.p.168

a vigência do referido inciso, porque mesmo se o idoso não tiver herdeiros o referido dispositivo continua a ser aplicado tornando-se incongruente a referida justificativa.

Ao analisar a justificativa legislativa para continuar vigente o referido inciso percebe-se a proteção concedida é muito menor em vista da maior lesão a outros direitos. Inicialmente é perceptível a lesão aos princípios da dignidade da pessoa humana, a isonomia, a proteção ao idoso e a intervenção mínima do Estado pelo fato do critério delimitador ser a idade e não a capacidade.

A liberdade está sendo tolhida aos idosos de uma forma “medieval” e “brutal”, por ser limitado o direito de amar por causa da faixa etária, o que traz uma ação punitiva para quem desobedecer o referido mandamento legal. Ou seja, “quanto maior a idade maior será a pena”, pois no referido artigo concede a todas as pessoas afetadas a possibilidade de mudar o regime. Por exemplo no inciso primeiro, quando for ausente a partilha do casamento anterior e no inciso terceiros, quando os nubentes menores de 16 anos suprir a justificativa dos pais, não se aplicará o artigo. No entanto, aos maiores de setenta anos inexistente a possibilidade de reversão.³⁷

Há uma intervenção estatal na esfera pessoal pelo fato das pessoas que possuem capacidade civil plena não serem questionadas sobre sua possibilidade de discernimento para gerir seu patrimônio ocorrendo apenas quando existe um processo de interdição.³⁸

Importante se faz destacar o quão capaz é o idoso, primeiramente tem direito ao voto garantido até quando possuírem vida e capacidade de discernimento. O outro é o trabalho garantia instituída pelo Estatuto do Idoso sendo vedada sua discriminação, além do mais muitas famílias dependem de suas ajudas financeira. Destaca-se ainda a possibilidade de se fazer doações e de redigir seu próprio testamento.³⁹

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. Juristas.com.br, João Pessoa, a. 1, n. 31, 18/07/2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idColuna=274>>. Consultado em 02.11.14. p.10-11

³⁸SILVA, Sandra Reis da. A restrição quanto ao regime de bens para o casamento dos sexagenários . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/12097>>.Acesso em: 4 nov. 2014.p.4

³⁹ SILVA, Sandra Reis da. A restrição quanto ao regime de bens para o casamento dos sexagenários . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/12097>>.Acesso em: 4 nov. 2014.p.4

Abordado especialmente a doutrina, o caráter contratual do casamento e da autonomia de vontade na escolha do regime de bens, merece em seguida ser analisada a ordem jurídica brasileira para se verificar a incompatibilidade de se impor ao idoso regime matrimonial.

2. A Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens no casamento do Idoso no Código Civil Brasileiro

Neste capítulo investigar-se-á sob o prisma legal as várias tentativas jurídicas de retirar do ordenamento jurídico a imposição do regime de bens aos idosos. Inicialmente será visto a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Em seguida será feito um paralelo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 para verificar o que mudou social e juridicamente de um Código para outro, analisando as exposições de motivos, sob quais Constituições cada uma tinha como diretriz e sob qual aspecto a sociedade da época estudava as questões jurídicas. E será analisado como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tutela o idoso e o regime a ser imposto a ele.

2.1. Regime Obrigatório de Separação de Bens por Idade e Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

O regime obrigatório de bens quando foi instituído no Código Civil de 1916 foi amplamente discutido entre os doutrinadores e os tribunais levando o Supremo Tribunal Federal a instituir a Súmula 377. O enunciado diz “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

O referido dispositivo foi instituído pelo Supremo Tribunal Federal no dia 3 de abril de 1964 momento vigente da Constituição Federal de 1946, que foi um período de grandes transformações democráticas trazendo várias garantias no âmbito dos direitos fundamentais.

A imposição legislativa foi alvo de intensos debates concedendo ao referido enunciado sumular vários precedentes⁴⁰ os quais questionavam a existência de esforço comum dos cônjuges na constituição do patrimônio e o fato de quando o contrato antinupcial fosse nulo o Código Civil de 1916 considerava como estabelecido o da comunhão universal de bens.

⁴⁰ RE 7243 embargos, DJ 12.6.1945; RE 9128, DJ 17.12.1948; RE 10951, DJ 9.4.1948; RE 8984 embargos, DJ 11.1.1951

Em relação ao esforço comum dos cônjuges identificava-se que a simples convivência conjugal ensejaria sua presunção na aquisição dos bens, mostrando desnecessária sua comprovação. O casamento em si necessita de uma contribuição em todas as suas vertentes tanto moral, espiritual quanto econômico- financeiro, pois a aquisição de bens é fruto de vários fatores não limitando-se apenas ao aspecto financeiro.⁴¹

Em relação ao contrato antenupcial ao olhar para o Código revogado percebe-se não apenas no silêncio do pacto seria imposto a comunhão universal de bens, mas também no caso de ser nulo. Portanto, observa-se os nubentes mesmo impedidos de constituírem regime diverso do imposto legalmente celebrassem um contrato nupcial esse seria declarado nulo, por infringir uma obrigação legal e por isso deveria ser automaticamente instituído o regime de comunhão universal de bens⁴². Com a revogação do artigo 258, do Código Civil de 1916⁴³ pela Lei 6.515 de 1977⁴⁴ o regime a ser instituído passou a ser o da comunhão parcial.

A aplicabilidade do regime obrigatório de bens era questionado pelo fato do legislador ter instituído com o intuito de não somente os bens particulares, aqueles bens existentes antes do casamento, não se comunicarem. Mas também os aquestos, os bens que porventura tenham sido amealhados durante o matrimônio, não haver a comunicabilidade.⁴⁵

Percebe-se a razão impulsionadora do legislador a instituir o dispositivo demonstrava-se contraditório com o próprio Código. Com isso, levado o embate a Suprema Corte instituiu-se a referida súmula.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2005. p.178

⁴² Comunicam-se os bens adquiridos antes e durante o matrimônio.

⁴³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. [\(Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977\).](#)

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. [\(Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919\).](#)

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453). [\(Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919\).](#)

⁴⁵DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed.rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.250

A súmula trouxe consigo questionamentos o primeiro se deveriam comunicar-se todos os bens adquiridos de forma onerosa antes ou durante o matrimônio, ou apenas os adquiridos durante o vínculo conjugal. A doutrina entende que somente comunicariam os aquestos pela súmula basear-se no artigo 259, do anterior Código Civil⁴⁶. O segundo se seria necessária a comprovação do esforço comum, o entendimento é de não haver a necessidade por haver uma presunção ao se constituir um vínculo conjugal.⁴⁷

A Constituição Federal de 1988 cria uma Corte para julgar causas envolvendo conflitos de lei federal denominando de Superior Tribunal de Justiça, portanto essa competência que era privativa do Supremo Tribunal Federal foi transferida. Nesse momento nasce a indagação se a Súmula 377 do STF continuaria a ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça. O entendimento dos Ministros dessa Corte é pela aplicabilidade do dispositivo, mas a doutrina diverge no sentido de saber se o fundamento legal que instituiu a súmula ainda existe.

A primeira corrente é favorável pelo fato do Código Civil de 2002, manter em seu artigo 1641⁴⁸, praticamente a mesma disposição legislativa do artigo 258, parágrafo único, do Código revogado demonstrando o fundamento que levou o Supremo Tribunal Federal a instituir o referido dispositivo ser ainda existente. Portanto, se ainda vigora o mandamento legal abusivo também deve-se manter o dispositivo jurisprudencial no qual o flexibiliza.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL.Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

⁴⁷ SIMÃO, José Fernando. O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória. Disponível em

<http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em abril de 2015

⁴⁸ BRASIL.Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

~~II - da pessoa maior de sessenta anos;~~

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; ([Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010](#))

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

⁴⁹ Mangualde, Henrique Ananias. A súmula 377 e sua aplicabilidade do Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929> Acessado em abril de 2015.

Destaca-se ainda o artigo 1642⁵⁰, do Código Civil dispõe a possibilidade dos cônjuges administrar seus próprios bens, no entanto, percebe-se essa livre administração somente é cabível para a separação convencional de bens. Pelo fato de na separação legal não haver uma livre manifestação de vontade.

Os defensores da manutenção dessa corrente dispõem o fato da súmula conferir uma proteção maior as pessoas que são submetidas a esse regime por haver uma comunicação apenas dos aquestos, não sendo afetado os adquiridos antes do enlace conjugal.

Em sentido contrário caminha a outra corrente entendendo que o artigo 259, do antigo Código Civil foi revogado pelo presente demonstrado inexistente o dispositivo legal deve-se ser inaplicável a Súmula. Nessa esteira, Francisco José Cahali defende a existência de apenas uma separação de bens, pois as legais e convencionais possuem os mesmos efeitos e as mesmas restrições, a diferença estaria na demonstração do esforço comum.

Ao olhar para o enriquecimento sem causa essa corrente acredita que o dispositivo jurisprudencial torna-o mais efetivo por não pautar na existência de provas demonstrativas do esforço comum. Na explicação de José Fernando Simão se uma pessoa idosa ao casar com uma jovem adulta e na constância do enlace conjugal e o idoso adquirir com seu próprio patrimônio bens, esses serão divididos com a jovem mesmo ela não tendo contribuindo para aquisição desses bens. Dessa forma, ele demonstra o quão injusto é a Súmula.⁵¹

Com a exposição das diversas posições demonstra-se necessária a aplicação da referida súmula. Tendo em vista que a separação obrigatória de bens é uma imposição da lei e não um ato de vontade, de livre escolha e decisão. Como destacado nos tópicos anteriores o casamento é regido por um contrato e por isso deve-se prezar pela liberdade de manifestação de vontade.

Para exemplificar tal prejuízo do dano patrimonial aos nubentes está na existência do inciso II, do artigo 1641, do Código Civil de 2002, expõe a imposição do regime obrigatório as pessoas com mais de 70 anos. O artigo supracitado demonstra ser incongruente nos dias atuais,

⁵⁰ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: II - administrar os bens próprios;

⁵¹ SIMÃO, José Fernando. O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em abril de 2015

pelo fato das pessoas com essa idade estarem com seu pleno discernimento, podendo exercer sua capacidade de escolha livremente. Dessa forma, a súmula serviria como um contrapeso à obrigatoriedade imposta pelo Código Civil.

Nas palavras de Maria Berenice Dias é possível extrair do Código Civil a absorção da súmula pelo fato do casamento ser uma comunhão de vidas deduzindo dele uma mútua assistência fazendo disso dever de ambos os encargos familiares. Com isso, gera um vínculo de solidariedade,⁵² e conseqüentemente uma presunção de esforço comum.

Como destacado no início o Superior Tribunal Federal vem entendendo pela aplicabilidade da súmula e de ser desnecessário a comprovação de que ambos contribuíram para a constituição do patrimônio conjugal. Como pode-se observar no Recurso Especial 736627/06 tendo como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o **que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal**, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.”⁵³ (grifo nosso)

Necessário faz destacar que o regime obrigatório de bens é uma imposição legal ao casamento, portanto, os nubentes ao optarem por constituírem uma união estável estarão conseqüentemente aderindo ao regime de comunhão parcial de bens mesmo que esse vínculo conjugal seja constituído por pessoas do artigo 1641, do Código Civil.

A união estável é vista pela legislação como um enlace mais fraco do que o matrimônio, por isso a Constituição no artigo 226, § 3º⁵⁴ facilita a sua conversão em casamento. Dessa

⁵² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed.rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.251

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 736627/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 1º. 8.2006.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a

forma, restringir o direito a escolha do regime de bens no matrimônio faz da união estável vínculo conjugal mais abrangente e menos discriminatório. Nesse sentido, a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal demonstra ser uma forma de tentar amenizar o absurdo legislativo.

2.2 Regimes de Bens no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

A tutela sobre o patrimônio na constância da sociedade conjugal ocorreu tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código atual sendo possível identificar em ambos a existência de artigo disciplinando o regime de bens obrigatório em relação ao idoso. Por isso, necessário faz analisar quais foram os motivos determinantes para a concepção de cada Código tendo como base o momento histórico vivido por cada codificador.

O Código Civil de 1916 teve como autor principal Clóvis Beviláqua, que era um burguês contrário ao socialismo como *ideologia*.⁵⁵ No momento que se começava a sentir o bom ar da República com a Constituição de 1891 fundou-se o referido Código. Nesse período adquiriam-se algumas garantias em relação ao indivíduo, mas as conquistas mais intensas dos direitos individuais ocorreram com as grandes guerras.

Como destacado acima, Beviláqua era burguês e como tal preza pela proteção ao patrimônio e ao individualismo, baseado nesses aspectos influenciou o Código que ajudou redigir. Segundo Orlando Gomes, essa codificação teve como base as Ordenações Filipinas⁵⁶ o que impediu o engajamento do Código Civil em *renovações legislativas* ocorridas no século XIX.⁵⁷

união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.** (grifo nosso)

⁵⁵ Gomes, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.VIII

⁵⁶ As Ordenações Filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), ao Código Manuelino, durante o período da União Ibérica. Continuou vigindo em Portugal ao final da União, por confirmação de D. João IV. Até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, estiveram também vigentes no Brasil. Blake informa que esta é a primeira edição brasileira deste código. “Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I” Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em 13 de abril de 2015.

⁵⁷ Gomes, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.3.

A “fonte inspiradora” do Código de 1916 foi o individualismo, o formalismo e o patrimonialismo. O individualismo se desenvolve por causa do momento histórico vivido com o liberalismo econômico que distanciava o Estado da economia concedendo a população total liberdade para geri-la. Trazendo, com isso, uma liberdade mercantil baseada no cada um por si.

O formalismo e o patrimonialismo destacam-se pelo poder dominante daquele período ser a burguesia mercantil e a burguesia agrária. Por isso, ao tentar introduzir ideias mais sociais: como a proteção aos trabalhadores, esbarrava-se no conservadorismo da burguesia agrária.⁵⁸

De um lado tinha-se um “cunho liberal e progressistas” e do outro um cunho conservador “preso aos interesses dos fazendeiros” fazendo do Código um ajuste de interesses jurídicos baseado em um sistema essencialmente normativo. Por isso, concedia-se uma liberdade interpretativa exacerbada aos aplicadores do direito.⁵⁹

No aspecto familiar, o Código Civil de 1916 era baseado no pátrio poder, ou seja, o poder familiar estava nas mãos dos maridos exercendo a mulher apenas a função auxiliar, secundária. Pelo fato da mulher casada nesse período ser considerada relativamente incapaz⁶⁰.

Além do mais, baseava-se na impossibilidade de haver divórcio, pois o matrimônio era indissolúvel, fato esse influenciado pela igreja católica. O regime de bens predominante era o da comunhão universal de bens.

Ao voltar olhar para o Código atual percebe-se a existência de novas ideologias por estar vigendo em momento histórico diferente, com novas conquistas no aspecto social. Conforme Gustavo Tepedino, saísse de monossistema centrado no direito privado para um polissistema

⁵⁸ Gomes, op.cit., p.31

⁵⁹ Ibidem,p.31

⁶⁰BRASIL. Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.). Rio de Janeiro, 1916. Art. 6. **São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:**

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. ([Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919](#)).(grifo nosso)

com um conjunto de leis baseada na realidade cotidiana, por ter ocorrido mudanças tanto econômicas quanto sociais.⁶¹

O Código Civil de 2002 começou a ser esboçado em 1975 momento histórico em que o mundo não mais enfrentava as grandes guerras⁶² e estava-se passando pelos impactos de “conflitos tecnológicos”⁶³. A codificação teve como autor principal e supervisor Miguel Reale quem era ideológico das ações integralistas brasileiras⁶⁴ e do liberalismo social.

A Exposição de Motivos do Código Civil atual deixa claro que por ter se passado por muitas mudanças históricas constituiu-se uma “democracia social” a qual não era abarcada plenamente pelo Código Civil então vigente, por isso a necessidade de uma codificação que olhasse mais para o ser humano.⁶⁵

Miguel Reale expõe que o direito social está presente tanto na “origem” da concepção do novo Código quanto ao “destino” o qual almeja atingir. Por trazer como foco não mais o individualismo exacerbado e tampouco o patrimonialismo, mas o indivíduo.⁶⁶

Nas palavras de Reale, o indivíduo passa a ser visto como um todo, ou seja, a pessoa humana em sua “ordem global” tendo como base a realidade nacional que é viva estando em constante mutação, evolução. Afirma, que o novo Código tem como diretriz os problemas vividos cotidianamente na sociedade exercendo um “verdadeiro diálogo com as forças vivas da nacionalidade”.⁶⁷

⁶¹ TEPEDINO, GUSTAVO e outros. Problemas do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.4

⁶² Primeira Guerra Mundial(1914-1918) e Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

⁶³ Guerra Fria (1945-1991).

⁶⁴ Entre as principais idéias defendidas pelos integralistas, podemos destacar o corporativismo político, a abolição do pluripartidarismo, a perseguição aos comunistas, o fim do capitalismo especulativo e a ascensão de um forte líder político. Disponível em < <http://www.brasilecola.com/historiab/a-acao-integralista-brasileira.htm> >. Acessado em 13 de abril de 2015.

⁶⁵ Novo Código Civil exposição de motivos e Texto sancionado. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2> >. Acessado em 13 de abril de 2015.p.23.

⁶⁶Novo Código Civil exposição de motivos e Texto sancionado Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2> >. Acessado em 13 de abril de 2015.p.23.

⁶⁷Novo Código Civil exposição de motivos e Texto sancionado Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2> >. Acessado em 13 de abril de 2015.p.27-28.

O autor ainda destaca o fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil ter sido concebida durante a elaboração do Código atual não fez desse desatualizado por ter sofrido processos de emendas para se adequar a Carta Magna.⁶⁸

No entanto, há entendimento no sentido de mesmo com as emendas e as atualizações o vigente Código não seria um “novo Código, mas uma atualização da legislação civil, porque com ele não se consolidam as alterações introduzidas por leis esparsas.”⁶⁹ Tepedino expõe o fato do Código Civil vigente desconhecer as alterações sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988 como os princípios sendo “normas que não criam deveres, mas descrevem valores”.⁷⁰ Afirma ainda o Código se adequa as transformações “pregressas das sociedade” esquecendo-se o direito como um “fenômeno social não se preocupando com a realidade econômica, política e cultural”.⁷¹

Em relação ao direito de família, o Código Civil de 2002 inova colocando fim ao poder marital o substituindo pelo poder familiar que tem como base a conjugação de esforços do homem e da mulher para o sustento e para gerir a sociedade familiar. Com isso, passa visualizar a mulher como uma “colaboradora” no matrimonial e não mais como uma incapaz.

Outro aspecto relevante é o regime de bens passando a ser considerado o regime de partição final dos aquestos. Como justificativa tem-se o fato de ambos os cônjuges contribuírem para acumulo patrimonial conjugal. Destaca-se que o Código atual abrange a possibilidade de desconstituição do vínculo conjugal.

Em relação ao regime obrigatório de bens, o texto do Código Civil de 1916 em seu artigo 258, II, estabelecia separação de bens aos homens maiores de sessenta anos e as mulheres maiores de cinquenta anos. Com essa divisão de gêneros e idade tentava-se, supostamente, preservar o idoso de um casamento que visasse o enriquecimento ilícito.

⁶⁸ Reale, Miguel. Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p.41.

⁶⁹ Gomes,Orlando. Raizes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.XX.

⁷⁰ TEPEDINO, GUSTAVO e outros. Problemas do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.7.

⁷¹TEPEDINO, GUSTAVO. op.cit.p.12.

A referida justificativa tem certa plausibilidade para o momento histórico que se vivia, pois como observado os motivos instituidores do referido Código foi principalmente o patrimônio deixando o indivíduo de lado. Por isso, a intenção de proteger não somente o patrimônio do idoso, mas também a possível herança que poderia vir a ser deixado.

A outra questão a ser analisada é o fato daquele período existir poucos recursos na área de saúde fazendo com a expectativa de vida fosse considerada baixa vindo poucas pessoas atingirem a idade de 60 anos. As que conseguiam tinham uma vida mais debilitadas muitas vezes não conseguindo ter discernimento pleno dos seus atos.

Corroborando o pensamento de alguns autores de que o Código Civil de 2002 é apenas uma cópia atualizada do antigo⁷², o artigo supracitado manteve-se vigente com o Código atual no artigo 1641, II. Muda-se apenas a idade passando a ser obrigatório o regime para os maiores de 60 anos, independente do gênero, sendo substituído por 70 anos com a lei 12.344/2010.

As justificativas para se manter vigente continuaram sendo as mesmas demonstrando-se contraditório com o próprio Código Civil. Os motivos que levaram o codificador a instituir esse Código foi a necessidade de voltar o olhar para o ser humano.

Por isso, necessário faz questionar como que um artigo fundamentado essencialmente no patrimônio continua vigente sendo a razão fundamentadora do referido Código ser o indivíduo.

Além desse aspecto justificador da instituição do Código atual necessário faz observar que o a sociedade brasileira está envelhecendo. Segundo dados do IBGE, no censo de 2010, está havendo um estreitamento da base da pirâmide em face do alargamento no ápice.

Portanto, a participação dos maiores de 65 anos na sociedade vem crescendo sendo em 1991 era de 4,8%, em 2000 de 5,9% e no ano de 2010 de 7,4%⁷³. Percebe-se, dessa forma, o

⁷² Gomes, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.XX.

⁷³ Disponível em : <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv49230.pdf>> acessado em 28 de setembro de 2014.

país dependerá cada vez mais da população idosa seja da capacidade laboral ou da contribuição financeira, por isso torna-se necessário mudar a concepção de que o indivíduo com mais idade transforma-se em coitados e incapazes. Vale ressaltar os comentários nas notas técnicas do IBGE:

“Além dessa queda observada na participação relativa, **os grupos etários de menores de 20 anos já apresentaram uma diminuição absoluta no seu contingente.**

Dessa forma, tem-se que o crescimento absoluto da população do Brasil nesses últimos dez anos se deu principalmente em função do crescimento da população adulta, **com destaque também para o aumento da participação da população idosa.**

A evolução da estrutura etária observa na pirâmide nos sugere também que, confirmadas as tendências de mortalidade e fecundidade, **a população do Brasil tende a dar continuidade a esse processo de envelhecimento.**” (IBGE, p. 53-54, grifo nosso)

Com a inversão da pirâmide social - existência de uma baixa natalidade com um aumento da longevidade- os maiores de sessenta anos vêm possuindo uma ampla capacidade de raciocínio e laboral, exemplo disso é a possibilidade de poder presidir um país, de integrar a Câmara do Deputados e o Senado Federal⁷⁴. E no âmbito privado, muitas famílias sobrevivem do patrimônio do idoso. Com isso, é possível perceber as pessoas com mais idade podem sustentar uma cidade, governar um país, fazer leis, administrar um Estado e ser chefe de família, mas não podem ter a liberdade de escolher o regime de bens na concepção do seu matrimônio.

⁷⁴ GAGLIANO, PABLO STOLZE, novo curso de direito civil, v.6 : direito de família: as famílias em perspectiva constitucional , 4. ed. rev. e atual, São Paulo : Saraiva, 2014, p. 327.

2.3 Regime Obrigatório de Bens e a Constituição de 1988

A Constituição é um conjunto de normas organizadoras de um país fazendo desse sistema normativo mais importante por fornecer ao Estado a soberania e por ser fundamento de validade para as outras normas. Com isso, destaca-se a existência de uma hierarquia no ordenamento jurídico que se não respeitado gerará a invalidade da norma.⁷⁵

Hans Kelsen, conforme Norberto Bobbio, explica através da teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico que “as normas não estão todas em um mesmo plano” existindo normas supremas, superiores e inferiores. As normas inferiores necessitam para sua existência das normas superiores as quais buscam seu fundamento de existência e validade nas normas supremas que são normas fundamentais fornecedores de unidade ao ordenamento jurídico.⁷⁶

Para Kelsen o direito como conhecimento deve ser um “todo com sentido e sem contradições”, por isso há necessidade de interpretar quando houver um conflito de normas para dirimir a contradição. O escalonamento das normas soluciona essa problemática dispondo a existência do conflito em “escalões” diversos e no mesmo escalão. A do escalão diverso é solucionado pela prevalência da norma criadora- norma superior- por ser fundamento de validade da norma inferior.⁷⁷

Com essa estruturação de normas identifica-se a existência de um sistema hierárquico em que uma norma tem mais poder de validação do que outra. Simbolicamente representado por Kelsen em uma pirâmide estando no “ápice a norma fundamental e na base os atos executivos.”

A Teoria Pura do Direito de Kelsen postula a construção normativa escalonada. Na ordem jurídica, as normas são colocadas em nível diversos, muitas vezes. A norma do Código

⁷⁵ LENZA, PEDRO. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012

⁷⁶ BOBBIO, NORBERTO, Teoria do ordenamento jurídico, Trad. Maria Celeste C.J. Santos. rev. téc. Claudio De Cicco. apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: ed. Universidade de Brasília. 10ª ed. 1997. p. 49

⁷⁷ KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martis Fontes, 2009. p. 229-232

Civil tem por fundamento de validade a norma constitucional. A norma constitucional constitui fundamento de validade da norma civil.

Só se poderia falar em validade da norma impositiva do Regime Matrimonial da separação legal ao idoso, caso tal norma encontrasse fundamento de validade na norma constitucional. Isso, todavia, não acontece. Pelo contrário, a norma inferior civil do artigo 1641, II, do Código Civil afronta as normas superiores e fundamentais do artigo 1º, III (dignidade humana) e artigo 3º, IV (proibição de preconceito à idade), previstas na Constituição Brasileira.

Na exemplificação de Bobbio “as leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos a eles conformes.”⁷⁸ Como existe uma distribuição de poderes de uma norma superior a uma inferior há a necessidade de se estabelecer limites podendo ser materiais ou formais.

Os limites materiais se estabelecem em relação ao conteúdo abordado na norma deve respeitar as proteções e garantias concedidas pela Constituição, que é norma suprema. Os limites formais por sua vez estendem-se ao aspecto procedimental analisando-se, por exemplo, o quórum de votação da norma, a iniciativa da proposta deve corresponder ao mandamento constitucional. O desrespeito a esses limites gera sanção de ser declarado “ilegítima e ser expulso do sistema”.⁷⁹

Para a norma ser expulsa do sistema é necessário que haja um controle de constitucionalidade o qual tem como requisitos a existência de uma Constituição rígida, que possui forma mais difícil de mudança de seu texto, e deve ser atribuída a competência a um órgão, no Brasil essa competência é atribuída ao Poder Judiciário.⁸⁰

O vício de inconstitucionalidade poderá surgir por uma ação, ocorrendo quando há uma “incompatibilidade vertical dos atos inferiores com a Constituição”, ou por uma omissão do

⁷⁸ BOBBIO, NORBERTO, Teoria do ordenamento jurídico, Trad. Maria Celeste C.J. Santos. rev. téc. Claudio De Cicco. apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: ed. Universidade de Brasília. 10º ed. 1997. p.51

⁷⁹ BOBBIO, op.cit. p.53-55.

⁸⁰ LENZA, PEDRO. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.239

legislador “havendo uma inércia na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada”⁸¹ ⁸².

O controle judicial de constitucionalidade poderá também ocorrer por um sistema difuso, existindo quando qualquer juiz poder atuar para declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, e por sistema concentrado, o controle é exercido por um único órgão.

O controle difuso surgiu em 1803 nos Estados Unidos da América no julgamento do caso de Marbury e Madison que em sentença demonstrou a possibilidade da existência de um controle judicial. O referido controle tem como base o caso concreto posto em análise sendo a declaração de inconstitucionalidade uma demanda prejudicial, ou seja, não pode ser o pedido principal, mas deve ser a causa de pedir.⁸³

No controle difuso, a lei não será declarada inconstitucional de modo geral, mas somente no caso em discussão. Portanto, sua eficácia é restrita, não gerando efeito *erga omnes*, mas apenas entre as partes do processo. A lei continuará produzindo todos os seus efeitos, menos no caso em concreto.⁸⁴

O Supremo Tribunal Federal nesse tipo de controle emitirá seu posicionamento apenas em sede de recurso, e se considerar a existência da inconstitucionalidade deverá encaminhar ao Senado Federal para, por meio de resolução, suspender a execução da lei.⁸⁵

O controle concentrado, por sua vez, surgiu na Áustria inspirado nas ideias de Hans Kelsen foi o primeiro país a instituir uma Corte Suprema que tinha a função exclusiva o controle judicial da constitucionalidade. No Brasil, esse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, de forma originária sendo sua competência “processar e

⁸¹ Necessidade de uma lei integrativa infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos.

⁸² LENZA, PEDRO, op.cit, p.250

⁸³ VELOSO, ZENO. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3º edição. rev. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2003.p.37

⁸⁴ VELOSO, ZENO. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3º edição. rev. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2003.p.41

⁸⁵ LENZA, PEDRO. Direito Constitucional esquematizado. 16 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.p.275.

julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”^{86,87}.

A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual provoca-se a Suprema Corte para exercer o controle concentrado esse é feito em relação a própria norma, e não em um caso em concreto, trazendo para análise a “validade da norma, in abstracto”. Nesse controle observa-se há uma violação a norma fundamental- a Constituição Federal- o que poderia gerar uma “insegurança na ordem jurídica desestabilizando o poder normativo e ferindo o interesse público”⁸⁸.

Declarada a inconstitucionalidade da norma os efeitos serão invalidar a lei nascida eivada de vício e agir retroativamente para atingir casos anteriormente regidos por essa norma, denomina-se esse efeito como *ex tunc*. Essas consequências devem ocorrer para respeitar o escalonamento de normas, pois se uma norma inferior não respeita sua norma fundamental ela nunca foi válida para o ordenamento jurídico.⁸⁹

A imposição do regime de bens aos maiores de 70 (setenta) anos afronta os limites materiais da Constituição Brasileira como o princípio da dignidade da pessoa humana do artigo 1º, III, da Constituição Federal nos três aspectos que o constituem: valor intrínseco (aspecto presente em todos os seres humanos: como a vida, a igualdade e a integridade física); autonomia (liberdade de fazer suas próprias escolhas); valor social (demonstra-se no olhar do outro sobre o indivíduo).

A compulsoriedade de limite de idade à imposição de determinado regime de bens fere ainda o princípio da isonomia do artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal nele destaca-se a necessidade de tratar todos iguais sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da proteção ao idoso do artigo 230, da referida Constituição prolata ser dever de todos garantir sua participação na sociedade. Além do mais, no artigo 3º, IV, destaca como

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 102, I, “a”.

⁸⁷ VELOSO, ZENO. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3º edição. rev. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2003.p.61

⁸⁸ VELOSO, ZENO. op. cit. p.62

⁸⁹ VELOSO, ZENO. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3º edição. rev. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2003.p.184

objetivo fundamental da República Federativa Brasileira não haver preconceito em relação a idade. A submissão do idoso a regime obrigatório de bens por idade afronta tal proteção constitucional

Corroborando com os argumentos acima suscitados, o Senador Pedro Simon propôs um projeto de emenda à Constituição para alterar o limite da aposentadoria compulsória no serviço público de 70 (setenta) anos para 75 (setenta e cinco) anos com a justificativa na expectativa de vida que vem aumentando no Brasil, e no “alto preparo intelectual” das pessoas com essa idade que continuam exercendo suas vidas profissionais com extrema qualidade quando saem do serviço público passando a laborar no ramo da atividade privada, nos termos do anexo I.

O referido Projeto de Emenda à Constituição foi votado e aprovado no dia 07 de maio de 2015 alterando o artigo 40, da Constituição Federal transformando-se na Emenda Constitucional 88/2015. Com isso, observa-se o artigo 1641, II, do Código Civil é eivado de vício desde a sua origem e desatualizada, pois a idade considerada pela Constituição para tornar-se uma pessoa impossibilitada etariamente para exercer um cargo no serviço público é de 75(setenta e cinco) anos e não mais 70(setenta) anos como está disposto no referido artigo.

A norma civil incapacitante do idoso à liberdade de contrato de casamento pelo regime matrimonial de bens que melhor lhe aprouver, afigura-se claramente inconstitucional por afrontar as normas constitucionais, especialmente, a da dignidade da pessoa humana.

3. Análise Jurisprudencial da Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de bens no casamento do Idoso no Código Civil Brasileiro

Neste capítulo observar-se-á questões jurisprudenciais com julgado favorável a temática e outro contraposto. Ambos buscará demonstrar a impossibilidade de se manter em vigor o artigo 1641, II, do Código Civil estando estruturados com doutrinas, leis e comentários pessoais acerca do problema suscitado

3.1. Julgado Favorável à Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de setenta anos

Dados do julgado: BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2011.057535-0/SC. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Dr. Luiz Fernando Boller. Julgamento 01 de dezembro de 2011.

“APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, *PER SE*, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES

SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - *DECISUM* CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Grifei)

Os apelantes interpuseram recurso de apelação em face da decisão do Tribunal *a quo* que declara extinta a ação de alteração de regime de bens com base no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil⁹⁰.

O objetivo da ação era obter a alteração do regime de bens de parcial para universal, pois ao contraírem matrimônio em 2006 e possuírem mais de setenta anos de idade os incluíam automaticamente no regime obrigatório de bens do artigo 1641, II, Código Civil, porém o casal vivia em união estável desde 1964.

Em sede de apelação argumentaram possuírem todas as condições da ação e ser inconstitucional a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos por afrontar o princípio da dignidade humana.

O Relator destaca a necessidade de se olhar o artigo 1641, II, Código Civil a luz da Constituição de 1988 e seus princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da isonomia. Além do mais, demonstrou o fato do artigo 3º da Constituição impor como objetivo a proteção do bem de todos, sem preconceitos. Lembra ainda caber ao juiz a aplicação da lei com objetivo de atingir os fins sociais e ao bem comum.

⁹⁰ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

O voto do desembargador é concluído no sentido de ser totalmente inconcebível, nos dias atuais, a vigência do artigo 1641, II, CC por afrontar diretamente a Constituição e seus princípios, cabendo ao juiz fazer valer as finalidades sociais e o bem comum permitindo a mudança do regime de bens, por ter sido comprovado que os nubentes possuíam discernimento dos seus atos no momento da concepção do matrimônio não havendo nenhum empecilho para que a autonomia da vontade prevalecesse.

O Código Civil impõe a idade como um limitador do poder de escolha e exercício da autonomia da vontade para definir o regime de bens a ser estipulado na constituição do matrimônio, percebe-se que há uma idade para se atingir a incapacidade demonstrando-se um paradoxo conforme Mario de Carvalho:

“Os mais altos cargos da república, nos quais são tomadas decisões que afetam todo o povo brasileiro, **são ocupados por pessoas com mais de 60anos.**

O presidente Lula tem 65 anos de idade; a presidente eleita Dilma Rouseff, 63 anos; o candidato à presidência José Serra, 68 anos; o presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, 68 anos; o presidente do Senado José Sarney, 80 anos; o presidente da Câmara de Deputados, Michel Temer, 70 anos; e Henrique Meirelles, presidente do Banco Central, 65 anos. **Chega a ser irônico o fato de que mesmo podendo decidir o futuro do país, estes cidadãos não poderiam decidir qual seria o regime de bens de seu casamento.**”⁹¹

Afronta-se, com isso, a Carta Magna no artigo 3º, IV, o qual impõe como alvo a ser atingido uma sociedade livre de preconceitos em todas as suas espécies, porém o primeiro passo para se atingir esse objetivo seria começar pelas próprias leis.

Após a Constituição de 1988 o Código Civil deveria ter expurgado do seu ordenamento a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos, pois além de ter dado um passo para trás na conquista de uma sociedade sem preconceitos feriu os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (preza para que todos os seres humanos tenham uma vida digna sendo respeitados os seus direitos em todos os aspectos), e o da isonomia (tratar todos de forma igualitária).

⁹¹ NETO, Mario de Carvalho Camargo. Liberdade para escolher o Regime de bens na melhor idade. Disponível em: [http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?pagina_id=626]. Acesso em 12 de agosto de 2015.

O doutrinador Alexandre de Moraes, nesse sentido, expõe a necessidade de se preservar a dignidade humana “por ser um valor espiritual e moral inerente à pessoa” devendo, por isso o Estado e Nação afastar-se de suas questões “em detrimento da liberdade individual”.⁹²

O Senador José Maranhão percebendo o conflito constitucional editou o Projeto de Lei 209/2006 com o objetivo de ver revogado a tirania normativa do Código Civil, tendo como ponto justificador a maturidade existente nas pessoas com mais de sessenta anos, por terem um conhecimento de vida tanto familiar quanto profissional maior as fazendo pessoas capazes de discernimento dos seus atos.⁹³

A sociedade brasileira caminha para torna-se cada vez mais envelhecida porque a taxa de natalidade e de mortalidade estão diminuindo fazendo dos idosos pessoas cada vez mais ativas na sociedade por muitas vezes os salários delas sustentarem as famílias.

Por isso, o Poder Executivo propôs a Medida Provisória nº 676/2015 a qual busca alterar o fator previdenciário de forma progressiva para aposentadoria com a justificativa da população estar envelhecendo e aumento a expectativa de vida o que poderá acarretar futuramente um grande problema financeiro para o Estado.⁹⁴

Mudando-se o fator previdenciário para o progressivo as pessoas terão que permanecer mais tempo trabalhando para conseguirem aposentar com o teto previdenciário, portanto, percebe-se um olhar do Estado para idoso com pessoas atuantes na sociedade capazes de continuar contribuindo para o país de forma ativa com seu labor.

Conforme já exposto em tópicos acima em 1964 o Supremo Tribunal Federal tentou amenizar abuso legal da imposição do regime obrigatório de bens com a súmula 377, em 2006

⁹² MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.16

⁹³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº209, de 2006. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=45786&tp=1]. Acessado em 12 de agosto de 2015.

⁹⁴Exposição de Motivos Proposta Medida Provisória 676/2015: “Assim sendo, a presente proposta de Medida Provisória acrescenta o art. 29-C à Lei nº 8.213, de 1991, com a finalidade de manter a regra 85/95 aprovada pelo Congresso Nacional, com vigência imediata, mas com a inclusão da progressividade deste parâmetro de cálculo, **incorporando o impacto do envelhecimento da população e o aumento da expectativa de sobrevida. Esta é uma exigência para assegurar a sustentabilidade financeiro-orçamentária futura da Previdência Social.**”

houve uma tentativa de revogação do artigo com a Proposta de Lei nº209/2006 a qual não prosperou.

Em maio de 2015, aprovou-se a Emenda Constitucional 88/2015 aumentando idade dos servidores públicos para aposentadoria compulsória passando de 70 anos para 75 anos de idade e em junho de 2015, a Presidente da República propõe a Medida provisória 676/2015 para aumentar progressivamente o fator previdenciário tendo todas essas leis e súmula justificativa pautada no aumento da perspectiva de vida e capacidade dos idosos de trabalharem e gerirem financeiramente suas vidas.

O Estado em cada lei aprovada vem atestando a capacidade dos idosos o tornando um igual para contribuir com sua força e capacidade laboral seja no serviço público, com a Emenda Constitucional 88/2015 ou no campo privado, para não falir o Estado. Comprova-se, dessa forma, que o Estado reconhece no idoso capacidade, tornando-se necessária ser declarada a inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil o expurgando do nosso ordenamento jurídico.

Tutelado tanto por súmulas, jurisprudências e leis, o regime obrigatório de bens transmite para o ordenamento jurídico vigente uma afronta aos princípios constitucionais indo em desacordo as conquistas sociais contra a discriminação. Em busca da preservação da liberdade, da dignidade humana, da isonomia e da autonomia da vontade deve ser declarada a inconstitucionalidade do artigo impositivo do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos.

3.2. Julgado Desfavorável à Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório de Bens aos maiores de setenta anos

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 609.485.4/7-00. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Natan Zelinschi, de Arruda. Julgamento em 01 de abril de 2009.

“Modificação de regime de bens no casamento. Matrimônio realizado na vigência do Código Civil de 1916. Mulher, na ocasião, tinha cinquenta e oito anos de idade. Regime da separação de bens observou o disposto no artigo 258, parágrafo único, inciso 11, do estatuto referido. **Pretensão de alteração do regime, em decorrência do Código Civil de 2002, não tem amparo legal, haja vista o caráter protetivo da legislação**, não obstante os apelantes a adjetivarem de caprichosa e anacrônica. Prudência do legislador deve sobressair. Apelo desprovido.” (Grifei)

Os cônjuges propuseram recurso de apelação com o intuito de modificar o regime de bens por terem contraído núpcias na vigência do Código Civil de 1916 o qual estabelecia regime obrigatório de bens as mulheres com mais de cinquenta anos idade. No entanto, com o nascimento do Código Civil de 2002, colocava 60 anos de idade para a imposição do regime legal, entenderam por buscar a tutela do Estado para que fosse modificado o regime.

Argumentaram no sentido de merecer reforma a decisão impugnada, pois a imposição do regime de bens reduz a autonomia da vontade, tendo como critério justificador apenas idade trazendo, com isso, uma presunção da incapacidade ao se atingir mais de sessenta anos. Destacam que a obrigação do Estado é garantir ao idoso sua liberdade, conforme o Estatuto do Idoso, mas o artigo limita o exercício dessa liberdade e o “livre exercício da personalidade”.

Alegaram ainda a proteção concedida pela súmula 377, do Supremo Tribunal Federal para demonstra não caber ao Estado presumir a incapacidade patrimonial, o artigo deixa de ser precaução de uma possível perda do patrimônio para torna-se uma sanção limitativa da vontade dos nubentes.

Em parecer desfavorável, a Procuradoria alegou a necessidade de se preservar a lei vigente no momento da concepção do matrimônio, pois tinha-se como alvo proteger a mulher de dilapidação do patrimônio caso o casamento “arruinasse”.

No voto o relator defende a impossibilidade de alteração do regime de bens, pois mesmo com a vigência de um novo Código Civil manteve-se intacto o artigo do regime legal de bens, alterando-se apenas a idade e igualando os gêneros. Segundo o Desembargador isso ocorreu por causa da “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias”.

O relator entende na necessidade de se preservar a literalidade da lei respeitando a vontade do legislador no momento no qual foi constituído o matrimônio. Citando Ricardo Fiuza respalda seu argumento dizendo não haver uma preocupação do legislador para com patrimônio, mas com a família e com próprio nubente.

Na mesma linha de entendimento do Desembargador segue o doutrinador Washington de Barros destacando o regime obrigatório de bens como relevante na sociedade não devendo ter os mesmos efeitos do regime de comunhão parcial de bens.⁹⁵ Realça a prudência do legislador resguardando o idoso de “propósitos subalternos ou menos dignos”.

Contesta o argumento do dever do Estado de prezar pela liberdade do indivíduo de fazer suas escolhas expondo que essa liberdade está limitada pelo ordenamento jurídico, conforme suas palavras:

“Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de setenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5o, **é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família**, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I).”⁹⁶(grifo)

As pessoas nessa idade, segundo o doutrinador, ficam mais vulneráveis “com carências afetivas” e mais predispostas a serem enganadas expondo o patrimônio amealhado por anos pelo esforço conjunto do idoso e da família. Além do mais, não se pode aceitar ser constituído

⁹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 2. direito de família**. 42.ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2012, p.226.

⁹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Op.cit.p.295

um matrimônio apenas no interesse financeiro levando, não somente o idoso a situações humilhantes e degradantes, mas toda uma família que também depreendeu esforços para a constituição do patrimônio.⁹⁷

No entendimento de Washington de Barros, há a possibilidade de mutação do regime de bens até mesmo no regime obrigatório de bens, desde que a causa impeditiva deixe de existir, portanto, para os maiores de setenta anos seria negado esse direito. Impossibilitado estará os nubentes de efetuarem doações um a outro, pois seria uma tentativa de se burlar o ordenamento jurídico.⁹⁸

Em relação a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal destaca seu nascimento ocorreu por causa dos intensos debates existentes sobre se haveria aplicabilidade do artigo 259, do Código Civil de 1916 que dispunha “ embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento ”, pois questionava-se o que ocorreria no regime legal.⁹⁹

No entendimento do autor, não poderia haver aplicação do artigo pelo fato dele ser expresso ao dizer no “silêncio do contrato”, portanto, se no regime obrigatório de bens não há possibilidade de existir um contrato, conseqüentemente, o artigo tornaria inaplicável. Com a edição da súmula para sanar esses questionamentos, atesta o doutrinador, ser aplicável apenas quando se comprovar esforço comum para aquisição dos bens na constância do matrimônio. No Código Civil de 2002 o artigo 259 deixou de existir, tornando-se necessário “repensar sua aplicabilidade”.¹⁰⁰

O doutrinador Ênio Santarelli Zuliani segue o mesmo entendimento dos supracitados autores esclarecendo o fato das pessoas idosas se tornarem mais suscetíveis a serem enganadas pelas falsas promessas de amor, colocando a perder todo um patrimônio advindo de um esforço de muitos anos. Segundo o autor:

“Nenhum juiz ou juíza, por melhor intérprete das leis, escapa, como qualquer apaixonado, das armadilhas que são preparadas com as falsas reações sentimentais. O fogo que se reacende com brasa encoberta, não se debela

⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 2. direito de família**. 42.ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2012, p.295

⁹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. op.cit. p.297

⁹⁹ Ibidem. p.298

¹⁰⁰ Ibidem. p.301

facilmente em não encontrando focos de resistência. **A intervenção do Estado neste assunto é de ordem preventiva, uma garantia para a paz familiar, porque, afinal, o patrimônio de uma história de lutas, dificuldades, sacrifícios de um núcleo familiar, poderá ser dissolvido com a mesma rapidez com que se encerra a carícia dissimulada.** Para que isto ocorra, basta que se libere a opção do regime de comunhão total para todas as idades. ”¹⁰¹ (grifo)

O Código Civil de 2002 traz uma nova perspectiva, enquanto o Código Civil de 1916 era voltado para proteção do patrimônio, o vigente tutela o indivíduo, por causa das grandes revoluções sociais e, principalmente, por causa da Constituição Federal de 1988.

A justificativa da imposição do regime obrigatório de bens com base na proteção do patrimônio familiar torna-se inaceitável no Código vigente, pois a tutela não é mais ao patrimônio, mas ao indivíduo. Por isso, o Código traz como princípio basilar a autonomia da vontade prezando pela liberdade de escolha.

Em relação ao argumento de que a pessoa com mais idade se torna mais vulnerável e propensa a ser enganada é presumir uma incapacidade apenas levando em consideração a idade, insurgindo uma discriminação ao idoso, algo proibido pela lei maior, a qual prescreve uma isonomia entre as pessoas e uma sociedade sem preconceitos no aspecto etário.¹⁰²

Na arguição de ser uma proteção do legislador aos idosos e suas famílias demonstra-se uma “intervenção desnecessária do Estado”, pois existe o princípio da não intervenção familiar, conforme o artigo 1513, do Código Civil¹⁰³, o qual proíbi expressamente qualquer intervenção na comunhão familiar.¹⁰⁴

¹⁰¹ ZULIANI. Ênio Santarelli. Reflexões sobre o Novo Código Civil. Disponível em:<http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Enio_Santarell_%20Zuliani/Reflexoes.pdf>. Acessado em 14 de agosto de 2015.

¹⁰² Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 5 : direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p.

¹⁰³ BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

¹⁰⁴ Tartuce, Flávio. Direito civil, v. 5 : direito de família. 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.p.

Segundo o doutrinador Flávio Tartuce essa imposição demonstra-se uma proteção excessiva aos herdeiros, pois “se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão.”¹⁰⁵

Ademais, a discussão já foi feita na I Jornada de Direito Civil no Enunciado n. 125 CJF/STJ a qual defende a revogação do dispositivo legal com a justificativa de não ter sido levado em consideração a mudança da expectativa de vida, além de manter o preconceito contra as pessoas idosas.¹⁰⁶

Os argumentos a favor da vigência do artigo 1641,II, do Código Civil demonstram-se superados tanto pela existência de uma maior expectativa de vida quanto pela Constituição Federal de 1988, lei maior que traça as diretrizes a serem seguidas pelas outras normas inferiores. Dessa forma, percebe-se a necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos.

¹⁰⁵ Tartuce, Flávio.op.cit. p.

¹⁰⁶ BRASIL. I Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 125 CJF/STJ. **Proposta:** Revogar o dispositivo. **Justificativa:** A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

CONCLUSÃO

Com base nos estudos analisados no presente trabalho pode-se concluir pela plausibilidade e necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos de idade por haver relevância jurídica e social.

A relevância social foi observada no estudo no que tange a inserção do idoso na sociedade com uma qualidade de vida maior, conquistando uma longevidade e uma voz cada vez mais ativa, deixando para trás o estereótipo de idosos dependes e incapazes. Isso foi observado pela Constituição Federal de 1988, a qual concedeu a eles uma proteção maior, e em 2003 nasce o Estatuto do Idoso para ratificar a ideia do idoso capaz e com direitos a serem exercidos e respeitados.

Com a necessidade de se detectar nos maiores de setenta anos pessoas possuidoras de discernimento dos seus atos identificou-se a relevância jurídica, pois o artigo 1641, II, do Código Civil deveria respeitar as diretrizes impostas pela Lei Maior sob pena de ser declarada inconstitucional e inaplicável.

O Código Civil de 2002 deixou a tutela do patrimônio em segundo plano para priorizar o indivíduo fazendo da herança do regime obrigatório de bens do Código Civil de 1916 ter perdido sua justificativa de existência, a qual era pautada na preservação do patrimônio do idoso e da família.

Os Tribunais brasileiros observando esse paradoxo entre Constituição e o próprio Código Civil vigente vem julgando no sentido da hipótese proposta trazendo em suas fundamentações todos os princípios e argumentos apresentados no presente trabalho ratificando a importância de conceder aos idosos a liberdade de escolher o regime de bens desejado.

A proposta de ser declarada inconstitucional o dispositivo estudado fundamenta-se no fato de já ter sido alvo do Projeto de Lei 209/2006 com objetivo de revogar a norma, no entanto, a proposta ter sido arquivada. Portanto, se o Poder Legislativo não age frente a um desrespeito à Constituição Federal, o Poder Judiciário deve agir repressivamente declarando incabível

existir uma restrição à liberdade de escolher o regime de bens com base apenas na proteção do patrimônio.

Com base em toda análise doutrinário, legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos desse trabalho pode-se identificar como válida a declaração da inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, NORBERTO, Teoria do ordenamento jurídico, Trad. Maria Celeste C.J. Santos. rev. téc. Claudio De Cicco. apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: ed. Universidade de Brasília. 10ª ed. 1997.

BRASIL, Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015original.htm>. Acessado em 27 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de agosto 2015.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 02 de maio de 2015.

BRASIL. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acessado em 10 de junho de 2015.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº209, de 2006. Disponível em: [<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=45786&tp=1>]. Acessado em 12 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Dispõe sobre Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> . Acessado em 10 de março de 2015.

DIAS, Maria Berenice. Amor não tem idade. Juristas.com.br, João Pessoa, a. 1, n. 31, 18/07/2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idColuna=274>>. Consultado em 02.11.14.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

GAGLIANO, PABLO STOLZE, novo curso de direito civil, v4 : contratos teoria geral, 10 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva 2014.

GOMES, Orlando, Introdução ao Direito Civil, 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais,9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN,HANS. Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado.8º ed.São Paulo: Editora WMF Martis Fontes, 2009

LOBO TORRES, Ricardo apud DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, Princípio Constitucional da Igualdade, BORGES, José Souto Maior apud DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, Princípio Constitucional da Igualdade, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

MANGUALDE, Henrique Ananias. A súmula 377 e sua aplicabilidade do Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4929>. Acessado em abril de 2015.

MARTEL ,Letícia de Campos Velho.Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Mimeografado, 2010, p.V. tb. Oscar Vieira Vilhena, Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 9.ed.rev. e anual, São Paulo: Saraiva,2014

MONTEIRO, Washington de Barros.**Curso de direito civil, v. 2. direito de família.**42.ed. ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2012.

MORAES,Alexandre.Direito Constitucional.18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Mario de Carvalho Camargo. Liberdade para escolher o Regime de bens na melhor idade. Disponível em: [http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?pagina_id=626]. Acesso em 12 de agosto de 2015

Novo Código Civil exposição de motivos e Texto sancionado. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acessado em 13 de abril de 2015.

LÔBO,Paulo Luiz Netto, Direito Civil- Família, São Paulo: Saraiva,2008.

REALE, Miguel. Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil - Direito de Família - Volume 6 - 28ª Edição - Coleção Direito Civil. Saraiva, 2004.

SILVA, Sandra Reis da. A restrição quanto ao regime de bens para o casamento dos sexagenários . **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12097>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

SIMÃO, José Fernando. O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória. Disponível em <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em abril de 2015

TARTUCE, Flávio Direito civil, v. 5 : direito de família ed.9 rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEPEDINO, GUSTAVO e outros. Problemas do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VELOSO, ZENO. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 3º edição. rev. atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito civil: direito de família, 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
ZULIANI. Ênio Santarelli. Reflexões sobre o Novo Código Civil. Disponível em: <http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Enio_Santarell_%20Zuliani/Reflexoes.pdf>. Acessado em 14 de agosto de 2015.