
5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA AS PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

Ana Paula Weiss

Aluna do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA).

Caroline Cristiane Werle

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luís. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto.

E-mail: ccwerle@yahoo.com.br

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal verificar a constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens para as pessoas maiores de setenta anos. Frente a isso, a pesquisa pretende responder ao seguinte problema: a norma contida no artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002, que obriga as pessoas com idade igual ou superior à setenta anos de idade a contrair matrimônio apenas sob o regime de separação obrigatória de bens, é inconstitucional e, assim sendo, fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade contidos da Constituição Federal de 1988? Dessa forma, num primeiro ensejo o artigo fará breves apontamentos sobre o matrimônio no Brasil e sobre os regimes de bens existentes. Na sequência serão trabalhados os princípios no direito de família, especialmente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade. E por fim será analisada a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil brasileiro. Sem a pretensão de esgotar o assunto em pauta, acredita-se que o disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil brasileiro afronta os princípios constitucionais, uma vez que o mero atingimento da idade de setenta anos não retira da pessoa a sua capacidade para atuar na ordem civil. Com relação à metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo. No tocante ao método de procedimento, foi usado o monográfico e relativamente à técnica de pesquisa utilizou-se a pesquisa bibliográfica no sentido de desenvolver o tema de acordo com o referencial teórico apropriado.

Palavras-chave: Casamento. Família. Inconstitucionalidade. Regime de bens.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to verify the constitutionality of the imposition of the separation of property regime for people over seventy years old. In view of this, the research aims to answer the following problem: the rule contained in article 1,641, item II of the Civil Code of 2002, which obliges persons aged seventy and over to marry only under the compulsory separation regime is it unconstitutional and thus does it violate the principles of human dignity, equality and freedom contained in the 1988 Federal Constitution? Thus, in a first instance, the article will make brief notes on marriage in Brazil and on existing property regimes. Subsequently, principles on family law will be worked on, especially the dignity of the human person, equality and freedom. Finally, the unconstitutionality of article 1,641, item II, of the Brazilian Civil Code will be analyzed. Without pretending to exhaust the subject matter, it is generally believed that the provisions of article 1641, II, of the Brazilian Civil Code violate constitutional principles, since the mere attainment of the age of seventy does not derive from person's ability to act in the civil order. Regarding the methodology, the deductive approach method was used. Regarding the method of procedure, the monographic was used and the research technique used the bibliographic research in order to develop the theme according to the appropriate theoretical framework.

Keywords: Marriage. Family. Unconstitutionality. Property regime.

5.1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro a norma basilar é a Constituição Federal de 1988 e nela estão expostos os princípios que todas as leis que forem surgindo no país devem seguir. Assim, tudo o que vier em desconformidade, tem-se como inconstitucional por estar ferindo a lei máxima, que é a Constituição Federal do Brasil.

Desse modo, o presente trabalho tem o intuito de verificar se há inconstitucionalidade na regra contida no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002, que estabelece para as pessoas maiores de setenta anos a obrigatoriedade, quando contraírem matrimônio, em utilizar o regime da separação de bens. Diante disso, há um dilema sobre essa restrição, não sabendo exatamente qual o posicionamento do legislador quando editou essa norma – a ideia era proteger o patrimônio ou estaria ele entendendo que uma pessoa com setenta anos de idade ou mais não possui a devida capacidade para escolher o regime de bens?

Frente a essas questões, a pesquisa pretende responder ao seguinte problema: a norma contida no artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que obriga as pessoas com idade igual ou superior a setenta anos de idade a contrair matrimônio apenas sob o regime de separação obrigatória de bens, é (in)constitucional e, assim sendo, fere ou não os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade contidos da Constituição Federal de 1988?

Em vista disso, a pesquisa será dividida em três pontos principais. O primeiro item vai trazer considerações acerca do casamento e quais os regimes de bens que existem no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo ponto far-se-á uma apresentação sobre os princípios constitucionais inerentes aos direitos da pessoa humana, bem como os princípios relativos ao Direito de Família, mais especificamente ao casamento e à união estável. E, por fim, no último item do artigo será discutida a imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade igual ou superior a setenta anos, trazendo posicionamentos doutrinários para verificar se há a inconstitucionalidade ou não do inciso segundo do artigo 1.641 do Código Civil vigente.

Diante disso, o artigo tem como método de abordagem o método dedutivo, ou seja, partir-se-á de ideias gerais acerca do Direito de Família e Direito Constitucional para, posteriormente, adentrar em questões mais específicas, tais como regime de bens e princípios constitucionais acerca do direito de família. Relativamente ao método de procedimento, utilizou-se o método monográfico e com relação à técnica de pesquisa foi usada a pesquisa bibliográfica no sentido de desenvolver o trabalho a partir de referencial teórico adequado.

5.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O MATRIMÔNIO NO BRASIL E OS REGIMES DE BENS EXISTENTES

O casamento, com o passar do tempo, modificou-se e se apresenta distinto do casamento celebrado em décadas passadas. Até o advento da República, em 1889, a única forma de união entre duas pessoas era com o casamento religioso. Sendo assim, os não praticantes da religião católica não eram aptos a constituir o matrimônio. Somente em 1891 é que surgiu o casamento civil (DIAS, 2013, p. 153).

Com a chegada do Código Civil de 1916, a única maneira de constituir uma família também era pelo casamento, e este era indissolúvel, não sendo aceita outra modalidade de convívio entre duas pessoas. O protecionismo do Estado, à luz do Código de Civil de 1916 quanto à manutenção do casamento, era tão conservadora que a única possibilidade de dissolver o matrimônio era por meio do desquite, o que não anulava o casamento totalmente, restando ainda um vínculo matrimonial, que por consequência impedia os indivíduos de realizar um novo casamento (DIAS, 2013, p. 153).

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que foi ampliado o conceito de família. Dessa forma, os vínculos monoparentais, aqueles onde um dois pais e seus filhos formam uma união estável com um novo indivíduo, passaram a ter uma especial proteção. Nesse sentido, o matrimônio deixou de ser a única forma de se identificar a formação de uma família (DIAS, 2013, p. 154).

Feitos tais apontamentos, cumpre destacar que nos tempos atuais a família e o casamento são considerados instituições distintas, aonde o alicerce para a constituição de uma família não é mais o casamento, e sim os laços afetivos entre os indivíduos, independentemente de ser constituído entre um homem e uma mulher. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico atual, tendo em vista as mudanças sociais, tem admitido a constituição de família por indivíduos do mesmo sexo, e esse entendimento foi construído por meio da decisão, em 2011, do Supremo Tribunal Federal, quando julgou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, onde restou reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo.

A posição do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro do que disciplinam o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, pois os dois institutos, apesar de em seu texto trazerem que a união afetiva deve ser entre homem e mulher, não fazem a vedação de forma expressa de união entre pessoas do mesmo sexo (FIUZA, 2014, p. 1166-1167).

O casamento, num primeiro plano, visa a mútua cooperação entre os nubentes, principalmente a assistência espiritual e posteriormente a material. Nesse sentido, fica bem definido que a relação entre indivíduos que leva ao casamento não é meramente por finalidade econômica ou material, mas sim por relação de afinidade e afetividade (VENOSA, 2014).

No entanto, para a manutenção desse vínculo afetivo não pode ser esquecido que ambas as partes colaboram economicamente para a continuação do casamento. Assim, percebe-se que há uma grande relevância no regime de bens adotado pelo casal, pois é ele que irá organizar as relações patrimoniais, sendo que os nubentes podem escolher o regime de bens que melhor se adapte para a relação (VENOSA, 2014, p. 343).

O casamento é considerado para muitos doutrinadores um contrato, ou seja, um negócio jurídico bilateral, no sentido de que os cônjuges têm direitos e deveres recíprocos durante a união. É justamente nesse sentido que se manifesta Fiuza (2014, p. 1168):

Na realidade, o casamento se vê muito mais como contrato ao longo da vida comum, do que na celebração propriamente dita. É ao longo do cotidiano que o casal estabelece regras de vida comum, no exercício de sua autonomia privada. É neste plano que se pode ver com muito mais clareza a contratualidade do casamento. No momento da celebração, há contrato também, embora contrato *sui generis*, com muito pouco espaço para autonomia dos nubentes. Se o casamento é instituição, seguramente o é como a compra e venda, a locação e o mandato o são. A teoria institucionalista de Hauriou, a partir da qual se começa a classificar o casamento como instituição, considerada todos os institutos jurídicos instituições jurídico-social. Assim são instituições os contratos, dentre eles o casamento, o testamento, a propriedade e a família etc.

Neste sentido, com posicionamentos doutrinários diversos, o casamento tem o objetivo de proporcionar aos cônjuges um amparo recíproco e uma comunhão plena de vida, conforme estabelecido no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, onde está presente a igualdade de direitos e deveres. Insta mencionar que a constituição de uma família por meio do casamento vai ocorrer independentemente de o casal ter filhos ou não (GONÇALVES, 2010, p. 46)

Desse modo, a escolha do regime de bens entre os cônjuges é uma consequência do casamento. É por meio dele que serão estipuladas as formas de contribuição entre o casal para o lar, bem como será definida a forma de administração dos bens, sejam eles particulares ou não. De acordo com Venosa (2014, p. 344), a “existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestam, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento”.

A lei civil brasileira estipula, em regra, que os cônjuges possuem o livre arbítrio quanto à escolha do regime de bens a ser adotado frente ao casamento, conforme mostra o artigo 1.639

do Código Civil. Nesse sentido se manifesta Venosa (2014, p. 344), afirmando que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Encontra-se na legislação brasileira cinco modelos de regime de bens, sendo eles os seguintes: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final dos aquestos, a separação convencional de bens e a separação obrigatória de bens. A escolha quanto ao regime a ser adotado pelos nubentes, conforme exposto, ocorre livremente. No entanto, não existindo escolha por parte do casal será escolhido por força de lei o regime de comunhão parcial de bens. Mas caso o casal queira fazer a escolha de regime diverso da comunhão parcial de bens, deverá obrigatoriamente celebrar o pacto antinupcial (FIUZA, 2014, p. 1181).

O regime da comunhão parcial é aquele aonde os bens adquiridos após o casamento comunicam-se, mesmo estando registrados em nome de apenas um dos cônjuges, pelo fato de terem sido adquiridos na constância da sociedade conjugal. Dessa forma os bens que não se comunicam são aqueles trazidos pelos cônjuges antes da união, pelo fato de que estes não foram adquiridos por colaboração de ambos os cônjuges e sim por esforço individual (COELHO, 2012, p. 181).

O segundo regime a ser tratado é o regime da comunhão universal, onde todos os bens adquiridos, tanto anteriormente quanto posteriormente ao casamento, irão se comunicar entre os nubentes, excluindo somente as hipóteses do artigo 1.668 do Código Civil (FIUZA, 2014, p. 1183).

O terceiro regime que os nubentes podem optar é o da participação final nos aquestos. Conforme leciona a jurista Dias (2016, p. 540):

Trata-se de regime em que existem bens particulares: os que cada cônjuge já possuía ao casar, os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade (CC 1.674 I e II). Também há bens comuns: amealhados pelo casal na constância do casamento. Chama-se de patrimônio próprio os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em nome próprio na constância do casamento (CC 1.673). Fora disso há os aquestos: os bens de cada um dos cônjuges mais os comuns adquiridos durante a união. Esse é o acervo a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento. Cada um faz jus à metade dos bens comuns (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais à metade do valor do patrimônio próprio do outro cônjuge, adquirido pelo outro durante o casamento. Do montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, há uma compensação de valores.

Além de tais regimes, o ordenamento jurídico traz o regime da separação convencional de bens, aonde cada cônjuge terá o seu patrimônio separado. No entanto, ainda existem dúvidas na doutrina acerca dos bens adquiridos na constância do casamento com esforço comum, ou seja, se estes seriam ou não bens do casal (FIUZA, 2014, p. 1184).

De modo geral, no regime da separação convencional de bens os cônjuges livremente podem dispor de seu patrimônio, visto que os bens adquiridos antes da união – e na maioria dos casos durante a união - não se comunicam. Assim, os cônjuges não precisam autorização para as hipóteses elencadas no artigo 1.647 do Código Civil de 2002, tendo cada nubente a livre escolha acerca da administração dos bens (DIAS, 2016, p. 543).

Além do regime da separação convencional de bens, há o regime da separação obrigatória dos bens e, como o próprio nome já diz, nesse regime o casal não tem liberdade de escolha quanto ao regime que irá se aplicar ao matrimônio. Tal instituto encontra seu fundamento legal no artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

O regime de bens citado acima trata-se, obviamente, de uma imposição legal. Assim, se o casal, obrigado a contrair casamento por meio de tal regime, optar por um regime diverso do que o imposto terá por consequência jurídica decretada sua nulidade por infringir uma norma de ordem pública (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 145).

Conforme o Código Civil brasileiro vigente, especificamente no seu artigo 1.641 e incisos são três hipóteses em que o legislador adotou o regime de separação obrigatória de bens, *in verbis*:

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

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

O que motivou o legislador ao criar esta imposição foi a vontade de proteger os nubentes que, por alguma razão, poderiam ser enganados pelo outro cônjuge e vir a sofrer um dano patrimonial com grandes prejuízos ou até mesmo a vir prejudicar a terceiros em razão do regime adotado (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 145).

Acontece que o artigo 1641, incisos II e III tem causado grande discussão no meio jurídico. No entanto, este instituto se deve em razão da presunção de imaturidade e inexperiência, tanto para os tutelados e curatelados quanto aos maiores de 70 anos. Isso demonstra o intuito do legislador em proteger esse grupo de indivíduos de possíveis “golpes do baú”, evitando, assim, um enriquecimento fácil do cônjuge que se valeu da condição de vulnerabilidade do outro (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 145).

Já o inciso I do artigo 1641, visa a proteção patrimonial daqueles que por ventura não observaram as causas suspensivas da celebração do casamento constantes no artigo 1523 do Código Civil. Exemplo clássico colocado pela doutrina é a situação onde o cônjuge se divorcia,

deixa de efetuar a partilha de bens do casamento anterior e quer se casar novamente com outro parceiro. Com esse exemplo fica evidente a possível confusão patrimonial que se geraria por um novo casamento sem a partilha de bens do casamento anterior. Assim, o inciso I do artigo 1641 traz que o novo casamento até poderá ser realizado, mas somente por meio do regime de separação obrigatória de bens (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 145).

Com esta imposição trazida pelo legislador no atual Código Civil, o tema gerou grande repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, o que veio a gerar inúmeras discussões e divergências doutrinárias. Em virtude disso e também pelas inúmeras demandas judiciais relacionadas ao tema, o Superior Tribunal Federal, ao analisar reiteradamente o tema editou a Súmula 377, a qual preceitua o seguinte: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Assim, se demonstrado que em uma relação ocorreu esforço comum na aquisição de bens, nada mais justo do que ser aplicado a adoção do regime da comunhão parcial de bens, e para com isso, impedir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro, ou seja, os bens adquiridos na constância da união com esforço mutuo, deverão ser partilhados caso ocorra a dissolução do casamento (DIAS, 2013, p. 260).

Realizadas as considerações acerca do casamento e os regimes de bens que se encontram no ordenamento jurídico vigente, passa-se para o próximo tópico, que irá analisar alguns dos principais princípios que norteiam a família no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade.

5.3 OS PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A IGUALDADE E A LIBERDADE

Antes de mais nada, precisa-se compreender o significado da palavra princípio. Conforme aponta o dicionário, o mesmo significa o início ou a base de alguma coisa. Dessa forma, no âmbito jurídico, um princípio significa a base de criação de normas e leis bem como também serve para orientar a forma da conduta dos indivíduos dentro de uma sociedade (DIAS, 2015, p. 65).

Primeiramente será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo aquele que norteia a Constituição Federal de 1988, pois a partir do princípio da dignidade da pessoa humana é que se originaram os demais princípios. É justamente nesse sentido que leciona Dias (2015, p. 65):

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1.º III), o positivismo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

Na atualidade, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está exposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e está colocado como um dos pilares de sustentação do ordenamento jurídico contemporâneo. Apresenta-se, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um verdadeiro macroprincípio constitucional, o qual funciona como base de sustento para subprincípios ou princípios implícitos, conforme apresenta o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (PEREIRA, 2017, p. 83).

Por se delinear como direito fundamental, sob uma perspectiva subjetiva, este princípio faz com que sejam adotados determinados comportamentos, sejam eles positivos ou negativos. Isso ocorre para que, de forma objetiva, possa existir uma base do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2017, p. 83).

Ainda, resta observar que este princípio possui uma conceituação extensa e, assim sendo, deve se ter o cuidado para que não tenha sua atuação limitada, devendo observar que, como macroprincípio, não poderá sofrer relativização – somente os subprincípios que poderão ser relativizados. Alguns doutrinadores afirmam que, nos casos concretos, deverá existir uma ponderação entre os princípios para que realmente se possa alcançar a dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2017, p. 83).

Desse modo, é notório que o princípio da dignidade da pessoa humana conduz o Direito de Família. Um exemplo claro é a prestação de alimentos, pois traz uma manifestação de solidariedade entre os membros do mesmo grupo familiar. Além disso, pode ser apresentada como outro exemplo a situação do companheiro, pois este, após decisão do Supremo Tribunal Federal, foi equiparado, para fins sucessórios, ao cônjuge sobrevivente. Isso ocorre pois entende-se que o companheiro também é alguém solidário na relação e, assim sendo, tanto quem presta alimentos, quanto quem tenha sido companheiro de outro, presume-se que tenha contribuído para a dignidade humana do outro ente da família (PEREIRA, 2017, p. 91).

Outra maneira que pode ser vislumbrado o princípio da dignidade da pessoa humana é o caso da impenhorabilidade dos bens de família, onde se busca a proteção dos bens mínimos necessários para a manutenção da dignidade humana de um ente familiar ou até mesmo de um indivíduo (LISBOA, 2012, p. 52-54).

Por fim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o centro dos direitos da personalidade e, assim sendo, deve ser resguardado de qualquer ato que venha a violar e agredir tanto a pessoa, como os direitos relativos à sua dignidade.

Em segundo lugar e não menos importante há o princípio da igualdade, que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5.º, caput, o qual afirma que todos os cidadãos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza. Dessa forma, é vedada qualquer diferença de tratamento entre pessoas iguais, sobretudo, nos casos que se tenha alguma desigualdade poderá ser adotado um tratamento desigual, sendo assim denominado de princípio da isonomia. Moraes (2017, p. 48) sustenta no sentido de que:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

Nesse sentido é possível observar que o princípio da igualdade pode ser operado de duas formas: a primeira delas é aquela operada pelo legislador, onde busca-se proporcionar um equilíbrio, evitando que exista um tratamento absurdamente desigual entre pessoas na mesma situação. Por outro lado, o operador da lei, ou as autoridades públicas possuem a obrigatoriedade de aplicar a lei de forma igualitária, nunca podendo fazer distinção de raça, religião, classe social e outros fatores que poderiam gerar algum tipo de distinção (MORAES, 2017, p. 48).

A esse respeito Dias (2016, p. 76) explana:

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.

Nesse ínterim, pode se dizer que a desigualdade na lei será produzida quando a própria lei não observar uma razoabilidade para tratamentos específicos para pessoas diversas. No entanto, para que o legislador não crie diferenciações discriminatórias, este deverá adotar uma justificativa razoável e objetiva, sempre de acordo e com critérios que possam ser genericamente aceitos. Em outras palavras, deve estar presente uma proporcionalidade para que

a finalidade pretendida e os meios aplicados estejam de acordo com os direitos e garantias constitucionais (MORAES, 2017, p. 48).

E por fim, tem-se o princípio da liberdade, que foi um dos primeiros princípios, assim como o da dignidade da pessoa humana, a ter seu reconhecimento enquanto direito humano fundamental. Tal princípio está vinculado com a própria essência do Direito, o qual possui o intuito de organizar as normas e diretrizes de forma a garantir a liberdade individual a todos os indivíduos que a elas estão submetidos (DIAS, 2016, p. 75).

No ordenamento jurídico vigente, em especial na Constituição Federal de 1988, fica claro que, ao instaurar o regime democrático, houve uma grande preocupação em dirimir discriminações em qualquer ordem. Exemplo em que pode ser tomado como base é a liberdade de decidir quanto à escolha de um par para a formação de uma família, independentemente de sexo ou do tipo de entidade a ser formada (DIAS, 2016, p. 75).

Desta feita, é de se observar que o princípio da liberdade é o princípio que norteia a possibilidade de se ter uma relação conjugal ou uma união estável dentro dos padrões escolhidos por cada pessoa, seja esta relação heterossexual ou homossexual. Também cabe salientar que o princípio da liberdade assegura aos cônjuges e aos companheiros o direito de dissolver o casamento ou extinguir uma união estável, bem como também estabelece a liberdade para compor uma nova estrutura de convívio. Outra questão que tem como base o princípio da liberdade, e está expressa no Código Civil, é a possibilidade da troca do regime de bens durante a vigência do casamento¹ (DIAS, 2016, p. 75-76).

Feitas as ponderações acerca dos principais princípios que norteiam a família no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se para o próximo tópico, que irá estudar se a imposição presente no artigo 1641, II, do Código Civil de 2002 – que traz a obrigatoriedade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com setenta anos ou mais – é constitucional ou não. Para tanto, buscar-se-á os diferentes posicionamentos doutrinários a respeito do tema e as possíveis afrontas aos princípios que regem o direito de família, bem como irá averiguar até que ponto o Estado pode interferir nas decisões de seus indivíduos para não se caracterizar ato atentatório ao livre arbítrio.

¹ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

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

5.4 UMA ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Como visto anteriormente, a escolha do regime de bens diante do casamento é estipulada por livre arbítrio dos noivos, podendo estes adotar qualquer regime de bens que esteja previsto na lei. No entanto, caso os noivos se mantenham silenciosos quanto ao regime de bens, obrigatoriamente entrará em vigor o regime da comunhão parcial. Existem hipóteses onde a vontade dos nubentes não é respeitada, sendo imposta pela lei a separação obrigatória de bens daqueles que estão arrolados no artigo 1641 do Código Civil de 2002. É o caso do casamento quando realizado contra a recomendação dos legislados; das pessoas maiores de setenta anos; e daqueles que dependem de suprimento judicial para casar (DIAS, 2016, p. 545).

Diante das restrições impostas pelo legislador, em nenhuma delas não se vislumbra a proteção contra o enriquecimento sem causa. Entretanto, dentre as limitações impostas, a mais desarrazoada é a que impossibilita os maiores de setenta anos a escolher o regime de bens, o que parece afrontar, dentre inúmeros princípios constitucionais, o próprio Estatuto do Idoso (DIAS, 2016, p. 546).

Alguns doutrinadores acreditam que o legislador não se preocupou em proteger estes grupos, mas constituiu uma verdadeira sanção. Para tais restrições impostas existem justificativas de ordem patrimonial com o intuito de proteger o interesse e o patrimônio do indivíduo, exceto quanto aos maiores de setenta anos, pois estes foram considerados pelo legislador como totalmente incapazes de decidir qual será o regime de bens que irá regular o seu matrimônio. Isso se justifica porque a lei limitou, de forma aleatória e sem nenhum meio probatório, o poder de liberdade de escolha, tendo assim restringido a capacidade deste grupo de pessoas (DIAS, 2016, p. 546).

Para todas as limitações quanto ao regime de bens já elencadas em sua maioria, exceto aos maiores de setenta anos, poderá o juiz excluir esta restrição trazida pelo artigo fazendo com que o casal possa escolher o regime de bens que lhe convir. Esse mesmo instituto não é oportunizado aos maiores de setenta anos, mesmo que estes não possuam herdeiros para deixar seus bens ou nem mesmo que provem a sinceridade de seu amor e sua capacidade para a vida civil. Isso dá a ideia de que a lei foi pouco sensível com este grupo, tendo em vista que o legislador prevê o afastamento do instituto da separação obrigatória para os demais, mas não o prevê para as pessoas que já atingiram setenta anos. Assim, parece ficar clara a afronta ao princípio da liberdade (DIAS, 2016, p. 546).

Desse modo, vários doutrinadores se posicionam no sentido de que esta imposição trazida pelo artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 é inconstitucional pelo fato de ferir princípios elencados na Constituição de Federal de 1988. Diniz (2010, p. 193) em sua obra traz claramente sua oposição quanto ao regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de setenta anos pelo Código Civil:

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú”.

Dentro dessa perspectiva, Fiuza (2014, p. 1184) se posiciona: “hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importa se seja velho ou novo”.

Desta forma, pode-se entender que existe uma linha divisória entre o entendimento do legislador e o entendimento da maioria dos doutrinadores. Estes últimos defendem a inconstitucionalidade da norma por entenderem que os maiores de setenta anos possuem plena capacidade.

Frente a essa ideia, surge outra questão: a capacidade civil. Tal elemento está elencado no Código Civil de 2002, mais precisamente nos artigos 3º e 4º. Tais dispositivos consideram algumas pessoas como absolutamente incapazes e outras relativamente incapazes. E dentro desse cenário, é importante destacar que não há qualquer menção a uma pessoa com setenta anos ou mais ser relativamente ou absolutamente incapaz para a ordem civil (FIUZA, 2014, p. 1184).

O artigo 3º do Código Civil de 2002 elenca os absolutamente incapazes de praticar pessoalmente qualquer ato da vida civil, sendo necessário estarem representados, sob pena de o ato praticado ser considerado nulo. Hoje, existe apenas uma hipótese de pessoa absolutamente incapaz, qual seja: o menor de dezesseis anos (GONÇALES, 2011, p. 107).

Por outro lado, o artigo 4º arrola os relativamente incapazes. As pessoas elencadas nesse artigo são as seguintes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos. Esses indivíduos, diferentemente dos absolutamente incapazes, possuem, de acordo com o legislador, um certo discernimento e, por consequência,

são autorizados a realizar os atos jurídicos de seu interesse, mas devem estar assistidos por um terceiro e caso não tenha tal assistência o ato poderá ser anulado (GONÇALES, 2011, p. 107).

Nota-se que as pessoas maiores de setenta anos não constam nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002. Logo, não é possível aceitar qualquer interpretação que considere tais pessoas como incapazes – seja absolutamente ou relativamente – em virtude da sua idade. Frente a tais apontamentos, alguns doutrinadores têm adotado o entendimento de que o legislador considera pessoas maiores de setenta anos incapazes de discernir acerca dos atos da vida civil, ao passo que pessoas com apenas dezoito anos já possuam inteira maturidade para prática dos atos civis (GONÇALVES apud CHINELATO, 2010, p. 451).

Importante salientar que o texto original do inciso II do artigo 1641 do Código Civil 2002 foi alterado com o advento da lei 12.344/2010, que consolidou o limite etário de setenta anos - anteriormente se fixava em sessenta anos. Ainda convém trazer ao texto que o legislador uniformizou este limite etário para homens e mulheres, lembrando que o Código Civil de 1916 fixava idades distintas para ambos (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 577).

Entretanto, o disposto atualmente no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 é o que mais gera questionamentos e interpretações entre os doutrinadores, a exemplo da autora Maia Júnior (2015, p. 577), que em sua obra afirma que o legislador agiu com um viés preconceituoso, sob o pretexto de proteger os maiores de setenta anos dos famosos “golpes do baú”, ficando subentendido que estes não possuem maturidade, muito menos capacidade para defender-se.

O que se visualiza sobre o entendimento do autor acima citado é que o legislador se preocupou em tutelar o patrimônio da família, e não a pessoa nubente propriamente dita, pois mesmo com esta restrição, quanto ao regime de bens adotado, a união de corpos ainda é permitida. Em alguns casos o legislador tentou justificar a manutenção da regra, em virtude da suspeita de haver casamentos que envolvam interesses patrimoniais, somente com pessoas maiores de setenta anos e que tal norma continuava a vigorar para a proteção deste grupo de pessoas e suas famílias (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 577).

Apesar da boa intenção do legislador, pode-se perceber com clareza o cunho discriminatório da norma quando foi introduzido ao texto legal a expressão “maior de setenta anos”. Isso fez com que fosse reduzida a capacidade de agir deste grupo de indivíduos, assim como limitou suas escolhas exclusivamente no que tange ao regime patrimonial de bens, e tudo isso sem que o legislador apresentasse uma medida plausível para tal limitação (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 577).

A própria Constituição Federal em seu texto assegura ao maior de setenta anos o livre arbítrio de exercer profissão liberal ou atividade industrial ou comercial, de ocupar os cargos de Deputado Federal, Presidente da República, Vice-presidente da República, Senador da República e Ministro de Estado. Entretanto, a Lei não dá ao maior de setenta anos a livre escolha quanto ao regime de bens a ser adotado em seu matrimônio, ferindo, assim, o princípio da liberdade (MAIA JÚNIOR, 2015, p. 577).

Os doutrinadores brasileiros reconhecem que a imposição trazida no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 é uma regra atentatória à dignidade da pessoa humana e à liberdade individual. A este propósito o autor Coelho (2012, p. 197-198) explana:

É inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC.

Não existe razão científica para a restrição que traz o artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002, uma vez que os indivíduos maiores de setenta anos trazem consigo maturidade e conhecimento suficientes, tanto da vida pessoal como da familiar e profissional, para poder decidir por si mesmos. Concluir que a chegada dos setenta anos para uma pessoa faz com que a sua capacidade de raciocínio seja diminuída é uma forma de discriminação e não uma tutela, como entende o legislador (GONÇALVES apud CHINELATO, 2017, p. 642).

Conforme Gonçalves (2017, p. 642) expõe em sua obra, a citação de Chinelato, “a plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado”.

Neste passo, respondendo ao problema proposto tem-se o seguinte: a doutrina majoritária entende que é inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos. A fundamentação está respaldada na ideia de que o legislador acabou ferindo alguns princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Entende a doutrina que ao violar o direito à igualdade e à liberdade ocorreu uma discriminação em função da idade, como se os maiores de setenta anos possuíssem uma incapacidade civil presumida. Tal situação causa grande afronta à Constituição Federal de 1988 e a prova disso é a Súmula nº 377 editada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja redação ordenou

a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento envolvendo os maiores de setenta anos, mesmo havendo a restrição legal, pelo artigo 1641, inciso II, Código Civil, pois entende-se que havendo esforço em comum entre as partes para aquisição de bens, estes devem ser partilhados, preservando exclusivamente o patrimônio que o maior de setenta anos possuía antes do casamento.

5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo principal verificar sobre a constitucionalidade do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, o qual retira do maior de setenta anos a liberdade de escolha quanto ao regime de bens adotado no casamento, limitando-o ao regime de separação obrigatória de bens.

Inicialmente foi feita uma abordagem sobre o instituto do casamento, no qual se vislumbrou que antes do advento da república em 1885 somente existia o casamento religioso, limitando-o apenas aos praticantes do catolicismo. Somente em 1891 que surgiu o casamento civil e, com a chegada do Código Civil de 1916, o casamento passou a ser a forma de constituir uma família. Contudo, durante a vigência da referida lei não existia a possibilidade de dissolver o casamento. O que poderia ser feito era o chamado “desquite”, que ainda mantinha o vínculo entre o casal e impossibilitava um novo casamento.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 houveram mudanças em relação ao casamento, situação que veio por reconhecer novos modos de constituir uma família, inclusive com a concepção de famílias monoparentais, ou seja, a união de pessoas com filhos oriundos de outros casamentos. Com isso, fica claro que a intenção das pessoas ao celebrar o casamento é o amparo recíproco e a comunhão pela vida, trazendo a estes a igualdade de direitos e deveres.

A lei civil brasileira, em especial o Código Civil de 2002, trouxe cinco modalidades de regime de bens relativos ao casamento, onde os cônjuges, em tese, teriam liberdade de escolher entre eles a que melhor se adaptaria a situação de fato.

Contudo, o que se verificou é que o legislador impôs uma restrição a um grupo de pessoas, onde estas não possuem a liberdade de escolha quanto ao regime de bens. Isso pode ser observado no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002, onde o legislador veda estritamente aos maiores de setenta anos de idade a livre escolha quanto ao regime de bens, restringindo-os somente ao regime de separação obrigatória de bens.

Com a redação do artigo citado acima, uma considerável parte da doutrina brasileira tomou um posicionamento diverso ao entendimento do legislador. Dentro dessa perspectiva, pode-se vislumbrar três linhas de pensamentos.

A primeira que se pode elencar é a de que, no entendimento da doutrina, o legislador não teve preocupação quanto à proteção com os maiores de setenta anos, mas sim que o legislador criou uma mera sansão, pois ao legislar agiu de forma aleatória e não teve a preocupação de trazer justificativas para tal situação, criando a redação de um artigo sem nenhum estudo que comprovasse tal necessidade.

Numa segunda ideia pode-se afirmar que o legislador atuou de forma infundada e sem lastro legal ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, tendo em vista a ideia trazida pelo legislador de que este grupo de indivíduos possuem uma incapacidade, o que contraria totalmente a lei. Tal entendimento se dá porque o Código Civil de 2002 possui um rol taxativo quanto à incapacidade civil, que está redigida em seus artigos 3º e 4º, e que nesse rol não se encontra a incapacidade absoluta ou relativa das pessoas com mais de setenta anos.

O terceiro entendimento extraído da doutrina é a tese de que o legislador teria agido de forma preconceituosa ao redigir o inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002, justamente por ter utilizado o termo “maiores de setenta anos”, como se este grupo de indivíduos tivesse que ter suas escolhas limitadas em razão da idade, em especial no que tange o regime patrimonial de bens, sem que trouxesse à baila uma medida plausível para tal limitação.

Conclui-se, portanto, que o legislador agiu de forma preconceituosa ao impor aos maiores de setenta anos o casamento pelo regime da separação obrigatória de bens, especialmente porque traz a ideia de que tais pessoas não possuiriam capacidade ou discernimento para escolher o regime de bens a ser adotado em seu matrimônio. Apesar de o legislador alegar que tal restrição imposta seria uma forma de tutelar o patrimônio dos maiores de setenta anos, este não conseguiu apresentar nenhuma justificativa legal ou científica que justificasse tal medida, ratificando desta forma a inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 arguida pela maioria dos doutrinadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 10.105**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil família e sucessões**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. *E- book*.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *E- book*.

_____. **Manual de direitos das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010; Lei 12.398/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito da família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

_____. **Direito Civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E- book*.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIA JÚNIOR, Mairam Gonçalves. **A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E- book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINI CURRÍCULO E CONTRIBUIÇÕES AUTORES

TÍTULO DO ARTIGO	A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA AS PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS
RECEBIDO	30/11/19
AVALIADO	24/03/20
ACEITO	03/04/20

AUTOR 1	
PRONOME DE TRATAMENTO	Srta.
NOME COMPLETO	Ana Paula Weiss
INSTITUIÇÃO/AFILIAÇÃO	Faculdade Dom Alberto
CIDADE	Santa Cruz do Sul
ESTADO	Rio Grande do Sul
PAÍS	Brasil
RESUMO DA BIOGRAFIA	Graduada em Direito pela Faculdade Dom Alberto
AUTOR 2	
PRONOME DE TRATAMENTO	Srta.
NOME COMPLETO	Caroline Cristiane Werle
INSTITUIÇÃO	Faculdade Dom Alberto
CIDADE	Santa Cruz do Sul
ESTADO	Rio Grande do Sul
PAÍS	Brasil
LINK LATTES	http://lattes.cnpq.br/2542596307538742
RESUMO DA BIOGRAFIA	Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa promovida pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Educação São Luís. Pós-graduanda em Direito de Família pela Faculdade Dom Alberto. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Escrevente junto ao Primeiro Tabelionato de Notas de Santa Cruz do Sul – Cartório D. Martins. Professora do curso de Direito da Faculdade Dom Alberto (FDA).
CONTRIBUIÇÃO DOS AUTORES NO ARTIGO	Todos os autores contribuíram na mesma proporção.

Endereço de Correspondência dos autores	Rua Thomaz Flores, 1064, bloco A3 - Apto. 100 - Centro - Santa Cruz do Sul/RS - Brasil - CEP: 96810-078 Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.br
---	--