

A PROBLEMÁTICA DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O SEXAGENÁRIO

João Gabriel Guimarães MOLINAⁱ
Fabiana Junqueira Tamaoki NEVESⁱⁱ

RESUMO: Neste trabalho foi examinado o regime jurídico de bens imposto pelo legislador no artigo 1641, em seu inciso II, do Código Civil para o sexagenário ou a pessoa que com ele deseje se casar. Houve a exposição e devida comprovação de que a previsão normativa apresentada é objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial, e, inclusive não tão recentemente provocou manifestação legislativa. Discutiu-se o regime jurídico da separação obrigatória de bens para a pessoa com mais de sessenta anos, enfocando de forma pormenorizada o seu regramento e na seqüência partiu-se ao debate acerca dos posicionamentos antagônicos a respeito da legitimidade desta previsão do legislador. Quanto as correntes que divergem, a pesquisa visou expor os seus representantes e os fundamentos por eles trazidos para sustentar suas conclusões, sempre em busca de palavras dignas de levantamento a debate, a fim de enriquecer a pesquisa e auxiliar no encontro de uma resposta correta e coerente com o ordenamento pátrio. Por fim, na conclusão segue a adoção da postura entendida como a melhor dentre as pesquisadas e existentes em debate, sendo a que patrocina o entendimento que a imposição legislativa vigente representa ato atentatório ao direito, acompanhada de seus seletos argumentos.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de bens. Sexagenário. Problemática.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se dedica ao estudo de uma discussão existente na doutrina e na jurisprudência acerca da previsão normativa para o regime jurídico de bens imposto ao sexagenário pelo Código Civil.

Neste trabalho a preocupação é atentar a comunidade científica para a relevância do tema trazido a debate, já que se trata de uma questão amplamente presente na sociedade atual, que cada vez mais vem ganhando importância em razão do aumento contínuo da perspectiva de vida da população brasileira, que por conseqüência tem ampliado o número de pessoas que compõem essa faixa etária no país.

Este assunto tem levantado fervorosos questionamentos doutrinários, além de provocar manifestações na jurisprudência em ambos os sentidos do debate, isto é, a favor e contrário a imposição legislativa do regime jurídico da separação total de bens para a pessoa com mais de sessenta anos ou com quem, ainda que de menor idade, com ela se case, o que evidencia a relevância da discussão apresentada.

O desenvolvimento desta pesquisa se funda em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sempre em busca de fontes confiáveis e respeitáveis, pois além da preocupação em trazer a tona esta questão polêmica é importante e indispensável primar pelo exame de respeitáveis exposições, a fim de que não se caminhe para a banalização do tema.

Assim sendo, neste estudo será feita uma explanação acerca do instituto jurídico trazido a debate, bem como a questão conflitante que dele decorre e que foi anteriormente mencionada, alguns de seus defensores, acrescidos dos argumentos apresentados para a defesa de cada uma das visões, almejando alcançar o melhor entendimento a ser atribuído para a previsão normativa.

2 REGIME JURÍDICO DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

Trata de regulamentar as relações de caráter patrimonial em que os cônjuges estão envolvidos, disciplinando o relacionamento de cunho patrimonial entre si, bem como com relação a terceiros no curso do matrimônio.

A doutrina de Sílvio Rodrigues em poucas palavras muito bem definiu o instituto jurídico em debate: “Regime de bens é o estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio.” (2008, p. 135).

É o instituto jurídico consistente no regramento que versa sobre o patrimônio que os cônjuges possuem quando da aquisição da condição de casado e aquilo que a este vier a ser agregado no transcurso do casamento a título oneroso ou gratuito, ou seja, são as normas que regulam o patrimônio entre as pessoas casadas entre si e o tratamento das relações econômicas dessas pessoas em relação a terceiros.

O ordenamento jurídico brasileiro admite quatro modalidades de regime de bens, que estão relacionadas no Código Civil, quais sejam: regime da comunhão parcial de bens, o regime da comunhão universal de bens, regime da participação final nos aquestos e também o regime da separação de bens.

Além desta previsão de norma, a fim de satisfazer o melhor tratamento dos bens entre os cônjuges, por meio do Código Civil ainda traz a possibilidade de elaboração de um regime de bens exclusivo para os cônjuges, fato este que se dá por meio da elaboração de um pacto antenupcial, devendo a liberdade de criação de regras para os bens do casal ser confeccionada em observância a algumas limitações trazidas pelo mesmo legislador.

O regime de bens passa a produzir efeitos a partir do momento da celebração do casamento, conforme determina o artigo 1639 em seu parágrafo primeiro do Código Civil.

Ressalta-se que o regime selecionado ou estipulado em decorrência de imposição legislativa para o matrimônio ocorrido ao tempo de vigência do Código Civil de 1916 é o que continua vigendo até a presente data, desde que o casamento tenha perdurado ou a sua dissolução acontecida após o advento do novo Código Civil, de acordo com o disposto no artigo 2039 do atual Código Civil.

Dentre outras informações é interessante levantar a debate o fato que os regimes jurídicos de bens são orientados por três princípios, que são: o princípio da variedade do regime de bens, o princípio da liberdade dos pactos antenupciais e também o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens.

O princípio da variedade do regime de bens é o que contempla a pluralidade de modalidades de regime de bens, por consequência assegurando aos nubentes o direito de escolher aquela modalidade que melhor entenderem cabível para regular a relação matrimonial que pretendem constituir.

Já o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, é aquele que garante para os contraentes de um casamento a possibilidade de em querendo poderem estipular via pacto antenupcial um regime exclusivo de bens, com regramento peculiar, ou seja, além das espécies de regime de bens trazidas no Código Civil, podem as partes elaborar um regime único, criando as regras que irão reger o seu casamento e tudo àquilo que compete para um regime se dedicar a tratar.

Por fim, o último princípio, o da mutabilidade justificada do regime de bens, é aquele que traz a possibilidade de se excepcionar uma regra, qual seja, a regra de que escolhido um regime de bens este em tese é o que regerá o casamento enquanto este perdurar, podendo ser alterado, entretanto, mediante a existência de justificativa para tanto e requerimento de alteração por ambas as partes em um processo judicial, cuja sentença que permitir a alteração servirá de instrumento para se levar a registro e consumir a alteração.

3 REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

O regime da separação total de bens é a espécie de regime de bens em que todos os bens de cada um dos cônjuges vêm a compor patrimônios distintos, ou seja, os bens adquiridos por cada um dos cônjuges antes de ocorrer a celebração do casamento ou na sua constância, de forma onerosa ou gratuita integram o patrimônio individual de cada um deles, possibilitando independentemente de outorga um do outro aliená-los ou gravá-los ônus real.

Esta incomunicabilidade patrimonial, expressão capaz de definir referido regime, recai também sobre as dívidas contraídas com relação a cada um dos cônjuges, sejam aquelas que tiveram origem antes ou na constância do casamento.

Por meio deste regime, em razão da existência da união de pessoas pela via matrimonial e a não formação de patrimônio único, a cada um competirá a administração, posse e propriedade dos seus bens, de acordo com o que muito bem esclarece a doutrina seguinte:

Característica desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens. [...] (VENOSA, 2010, p. 347)

Neste regime, por determinação expressa no artigo 1688 do Código Civil, para os cônjuges compete contribuir para as despesas que o casal tiver em proporção aos rendimentos individuais decorrentes dos seus trabalhos e de seus bens.

A separação total de bens indica uma espécie de regime de bens que se materializa no ordenamento jurídico de duas maneiras, que são por intermédio do regime da separação de bens convencional e pelo regime da separação de bens legal, que também pode ser chamado de regime da separação obrigatória.

Quando o regime incidente é o convencional, as regras anteriormente mencionadas são as aplicáveis ao caso concreto, mas para que este regime incida sobre um casamento se faz necessário que os nubentes o elejam por meio de um pacto antenupcial. Confirmando-se todo o discurso ora realizado através da lição doutrinária que segue:

Quando se convencionava o aludido regime, o casamento não repercutia na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolvia todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. (GONÇALVES, 2008, p. 442)

É importante lembrar que a separação convencional pode ser limitada ou absoluta, consistindo a primeira na possibilidade de no pacto ficar eleito o regime da separação de bens, mas com algumas particularidades, onde se acorda a comunicabilidade de determinados bens, frutos e ou rendimentos, bem como a proporção de contribuição para as despesas comuns, entre outras situações e particularidades.

Na segunda hipótese de separação convencional, a absoluta, também é indispensável a eleição do regime de bens por meio de pacto antenupcial, mas aqui se está de frente à separação obrigatória pura, onde existem dois patrimônios distintos e isolados, sendo eles o do marido e o da mulher e a incomunicabilidade entre eles é integral.

Na seqüência do estudo entra em discussão a separação total obrigatória, que também pode ser chamada de separação total legal, definida como a situação em que por vontade do legislador os nubentes não têm liberdade de escolha do regime de bens, de modo que, ao optarem pelo casamento, necessariamente este será regido pelo regime jurídico de bens da separação total, isto é, não há espaço para convenção entre os nubentes acerca do regime de bens que entender ser aquele que melhor tem aptidão para atender aos seus anseios.

Neste sentido a doutrina vem explicando e reforçando o que acaba de ser dito:

Trata-se de um regime imposto por lei, que reduz a autonomia privada dos nubentes. Desse modo, nos seus casos, se eleito por pacto antenupcial o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, tal pacto será nulo por infração à norma de ordem pública [...] (SIMÃO e TARTUCE, 2008, p. 154)

O artigo 1641 do Código Civil traz as situações em que o casamento será regido através deste regime, assim segue a transcrição desta imposição de vontade legislativa:

Artigo 1641 - 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;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

São muitas as justificativas apresentadas pela doutrina para fundamentar a existência da previsão normativa em estudo, mas todas elas se resumem basicamente na instituição desse regime a fim de tutelar um dos nubentes ou o interesse de terceiras pessoas que podem ser direta ou indiretamente afetados por conta da ocorrência do casamento que por outro regime se entende que poderia acontecer de maneira prejudicial.

A título de exemplo do que acaba de ser afirmado observa-se uma exposição doutrinária que vem dar ênfase a explanação anteriormente trazida no trabalho:

A razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime. (SIMÃO e TARTUCE, 2008, p. 154 - 155)

Em suma, este regime trata-se de uma exceção ao princípio da liberdade dos pactos antenupciais, pois, diferentemente do que assegura o princípio, que é a liberdade de escolha do regime de bens pelos próprios nubentes, este foi o regime escolhido e não cabe oportunidade de se esquivar da sua incidência, já que a vontade das partes sofreu supressão legal.

4 REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O SEXAGENÁRIO

O Código Civil prevê para qualquer pessoa com idade superior a sessenta anos o casamento sob o regime da separação total de bens, para qualquer casamento em que ao menos um dos nubentes seja sexagenário, e, diferentemente do que fazia o Código Civil de 1916, o atual estabelece o mesmo limite etário para homens e mulheres conservarem a liberdade de escolha do regime jurídico de bens, já que no Código revogado esse era o regime imposto quando o casamento envolvia homem com mais de sessenta anos ou mulher com mais de cinquenta anos.

A impossibilidade de exercer a escolha que o sexagenário encontra atualmente foi inserida no ordenamento infraconstitucional sob o argumento de se tratar de uma restrição protetiva, mas a previsão legislativa ao invés de favorecer o suposto protegido é capaz de atuar de modo a prejudicá-lo.

É comum que esta restrição seja fundamentada na intenção do legislador ter acobertado o indivíduo com idade acima de sessenta anos da ocorrência de um casamento fundado única e exclusivamente pelo interesse econômico, ao contrário do realmente esperado pela sociedade como fator estimulante para tal fato. Logo, concluiu-se que para a proteção se tornou indispensável usar como marco essa idade, pelo fato de ser o período da vida em que muito provavelmente uma pessoa de sessenta anos se encontra em situação econômica equilibrada, capaz de chamar a atenção de oportunistas e de ser visto por essas pessoas como alternativa atraente de conforto financeiro, e, um casamento desfeito a essa altura da vida sem a devida proteção patrimonial conduziria o idoso a uma grande desestabilização, que em muitas situações seria irreversível por conta da idade já avançada.

Em consonância com a justificativa amplamente difundida vem a doutrina ratificá-la:

[...] o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e, quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. (VENOSA, 2010, p. 326)

Ocorre que, desde a entrada em vigor do Código Civil em aplicação o discutido dispositivo normativo (artigo 1641, inciso II), bem como o dispositivo correspondente a este que constava do Código Civil de 1916, trouxeram para a doutrina e para a jurisprudência grandes discussões, pois há quem entenda e defenda que a restrição de vontade representa um ato atentatório ao direito, enquanto o posicionamento que ainda se mantém sustenta ser justa limitação de direito.

A defesa da restrição de liberdade de escolha do regime jurídico de bens para a pessoa sexagenária, ou para quem com ela se case, é vista como ato atentatório ao direito e é realizado pela maior parcela da doutrina e os fundamentos para apoiar o posicionamento são os mais variados.

Dentre a pluralidade de fundamentações apresentadas pela doutrina para sustentar essa posição seguem as que são mais comumente apontadas e merecedoras de apreciação, vejamos.

Essa previsão representa flagrante ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição Federal), pois, partindo da presunção de que aos dezoito anos completos uma pessoa física se torna agente capaz, e apenas mediante e tão somente por meio da observância de um processo de interdição que essa presunção pode ser afastada. Há de se ressaltar que é de grande importância no curso desse processo que seja incorporado aos autos robusto conjunto probatório, portanto o simples fato de esta mesma pessoa que é agente capaz ter completado sessenta anos não acarreta a incapacidade, mas o inciso II reduz o idoso à condição de incapaz sem o devido processo de interdição quando o impede de realizar a escolha do regime de bens que regerá o seu matrimônio.

Também ocasiona violação ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, I da Constituição Federal), pois sem razão para atribuir diferenciação entre sexagenário e as demais pessoas, determina que aquele se sujeite a um regime de bens, isto é, estabelece uma norma discriminatória para pessoas iguais, diferente do que o princípio possibilita quando ocorre a diferenciação a bem do alcance de igualdade material, o que inexistente nesta diferenciação.

Ainda gera ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e 5º, X, ambos da Constituição Federal), pelo fato de que esta interferência estatal na vida do particular representa uma invasão desnecessária, isto é, é uma intervenção além do limite do tolerável, já que o sexagenário é pessoa com condição de independentemente de terceiros realizar suas escolhas.

Por força do acima exposto é forçosa a conclusão pela inconstitucionalidade do dispositivo normativo em debate, já que este adentrou ao ordenamento violando diversos dispositivos constitucionais.

5 A DEFESA DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS PARA O SEXAGENÁRIO COMO ATO ATENTATÓRIO AO DIREITO

Em conformidade com o anteriormente dito, existe no meio jurídico uma discussão doutrina-jurisprudencial em torno da previsão do artigo 1641, inciso II, do Código Civil e na doutrina prevalece o posicionamento de que este dispositivo é de fato previsão legislativa que confronta o direito, especificamente falando, de forma flagrante a Constituição Federal.

Embora a maioria da doutrina se oponha a esta imposição da lei e a tenha como contrária ao direito ela ainda continua no ordenamento jurídico produzindo normalmente os seus efeitos, pelo fato de ainda não ter acontecido alteração legislativa.

A fim de demonstrar a veracidade da afirmação que a maior parcela da doutrina se posiciona nessa direção, segue a apresentação de alguns dos tantos doutrinadores que a apóiam, bem como as suas justificativas.

Salienta-se que a proteção a essa forma de entender dessa corrente encontra respaldo de grandes juristas, que trazem na companhia de suas opiniões apreciáveis justificativas, o que permite concluir pela respeitabilidade do posicionamento.

Inaugurando com classe a menção aos juristas vem a conclusão obtida na Primeira Jornada de Direito Civil, em que no enunciado número 125 firmou-se pela inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz 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. (2003, p. 72)

Na seqüência, vem a doutrina de Maria Helena Diniz também em defesa a contrariedade do dispositivo discutido:

[...] 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 na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade do nubente [...] (2008, p. 187)

E ainda, a exposição de Maria Berenice Dias, que não difere das demais posições e ainda enriquece com mais informações a discussão:

[...] das hipóteses em que a lei determina o regime da separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes **maiores de 60 anos** (CC 1.641, II), em flagrante afronta ao **Estatuto do Idoso**. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção. [...] aos idosos, há presunção *jure et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. (2009, p. 229 - 230)

E por fim, no mesmo sentido as palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para substituir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. (2009, p. 197)

Esta postura também vem sendo adotada pela jurisprudência em volume significativo, posicionamento este que teve origem no julgado em que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluzo emitiu seu voto que abaixo segue ainda quando ocupava o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de

Intertem@s. Presidente Prudente, SP, ano X, v.18, n.18, p. 1-15, ago./dez. 2009.

São Paulo, o qual atualmente tem sido freqüentemente replicado nos tribunais de todo o país, o que facilmente se constata em pesquisa jurisprudencial:

CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único (atual art. 1641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva ('substantive due process of law'), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC)".(TJ/SP, Ac. 2º Câmara. De Direito Privado, Ap, Cív. 007.512-4/2-00 – comarca de São José do Rio Preto, rel. Des. Cezar Peluso, j. 18.8.98, in RBDFam 1:98).

Tal postura ganhou espaço de discussão não tão recentemente inclusive no Congresso Nacional, já que existem projetos de lei tramitando em busca de alterar o presente tratamento. Há o projeto de lei número 209 de 2006, bem como o projeto de lei número 2.285 de 2007, respectivamente de autoria do Senador José Maranhão e do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, que objetivam a supressão do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil, por conta de os autores dos projetos terem concluído pela incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico nacional.

De maneira não tão ousada e coerente quanto os projetos acima mencionados, o projeto de lei número 276 de 2007, do Deputado Federal Ricardo Fiuza, também propõe alteração do dispositivo, mas ao invés de buscar a retirada da norma, este almeja postergar a previsão de incidência do dispositivo normativo, já que busca assegurar até os setenta anos a liberdade de escolha do regime jurídico de bens.

Desta forma, é de se pensar com apreço a respeito deste entendimento, já que não se trata de uma tola discussão, mas sim de algo que tem sido objeto de preocupação da respeitável maioria em vários seguimentos, conforme se pode verificar.

6 A DEFESA DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS PARA O SEXAGENÁRIO COMO ATO NÃO ATENTATÓRIO AO DIREITO

Em contrapartida, existem aqueles que lutam pela aplicação fiel do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil, por tê-lo como norma absolutamente compatível com o ordenamento jurídico, apresentando para a manutenção do dispositivo as suas razões a que se passa a expor.

É utilizado como suporte desta linha de pensamento o suposto argumento de que a pessoa maior de sessenta anos compõe um segmento frágil da sociedade, que em razão desta fragilidade o legislador agiu a bem de sua proteção, impedindo ou ao menos dificultando a ação de pessoas interessadas na higidez econômica do sexagenário, em conformidade com o que elucida a doutrina:

[...] o dispositivo evita que a pessoa com mais de 60 anos seja iludida por alguém mal intencionado. Sob a ótica do legislador, evita-se, assim, o enriquecimento fácil de pessoas inescrupulosas que se valem da carência alheia. (SIMÃO e TARTUCE, 2008, p. 155)

Em resposta aos que atacam essa visão, é apresentado que em nada esse dispositivo confronta o ordenamento, pois consiste em norma restritiva de direito que aconteceu com apoio na possibilidade de em confronto normativo ter prevalecido a que melhor atende a realidade fática, sendo, portanto, absolutamente admissível.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da narrativa é fácil concluir pela relevância do tema apresentado a debate, já que este envolve um assunto de interesse de grande parcela da população brasileira, tendo em vista o envelhecimento da atual população e por considerar que por conta da longevidade presente na vida moderna essas pessoas continuam fazendo planos e os colocando em prática, onde dentre eles há espaço cada vez mais para o casamento.

Desta forma, frente à proibição de escolha do regime jurídico de bens trazida no inciso II, do artigo 1641, do Código Civil, com mais vigor que ao tempo do código revogado surge discussão acerca da legalidade desta imposição legislativa.

É importante dar atenção a esta polêmica, pois conforme se extrai da pesquisa que deu origem a este trabalho, existem várias pessoas e de seguimentos distintos preocupadas com essa questão, e, isso tanto é verdade que doutrina majoritária se levanta, cada uma com seus argumentos, em oposição a previsão legislativa, fazendo com que a jurisprudência seja obrigada a se manifestar, o que tem acarretado postura em ambos os sentidos, gerando verdadeira insegurança jurídica.

Acredita-se que a bem de solucionar o problema e atender o anseio da justa maioria, até mesmo o Congresso Nacional já concluiu pela importância de levar a polêmica a debate na esfera legislativa, de onde surgiram lúcidas propostas legislativas que almejam a revogação do dispositivo que obsta a possibilidade de escolha do regime de bens para o sexagenário, pois os autores destes projetos de lei têm entendido pela incompatibilidade do dispositivo com o ordenamento jurídico nacional.

Pois bem, até agora indubitável se torna que a proposta de discussão representa questão a qual se deve atribuir a devida atenção, como se buscou neste trabalho.

Em resposta a polêmica que motivou a confecção desta pesquisa é forçosa a conclusão na direção de que o inciso II, do artigo 1641, do Código Civil, é fatalmente uma norma inserida no ordenamento jurídico que trouxe previsão em sentido contrário ao direito, mais precisamente, dispositivo infraconstitucional que fere a Constituição Federal.

Esta polêmica previsão do legislador civilista está em confronto com a Constituição Federal, pois colide com alguns princípios por ela assegurados, quais sejam: o princípio constitucional do devido processo legal, bem como com o princípio constitucional da isonomia e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, respectivamente no artigo 5º, LIV; I e para o último nos artigos 1º, II e 5º, X.

É de se convencer dessa maneira, por conta de a restrição de opção do regime de bens ser fruto de supressão do devido processo legal, ao reconhecer o

sexagenário como agente incapaz pelo simples fato de ter atingido idade maior que sessenta anos, o que se admite em nosso ordenamento jurídico apenas após a observância do curso de um devido processo de interdição.

Também justifica a conclusão de afronta ao segundo princípio o fato de a imposição ter acarretado uma distinção para pessoas iguais, ou seja, infundada é a distinção realizada entre o maior de sessenta anos e a pessoa que não atingiu essa idade, indo na contramão do que possibilita o violado princípio, que na verdade admite somente distinção a fim de proporcionar o alcance de igualdade material a pessoas diferentes.

O que motiva a última violação mencionada é a injustificada invasão a esfera de interesses do particular que o Estado faz quando o impede de escolher o regime de bens que melhor entende cabível para regular sua relação matrimonial sem que exista razão para tanto.

Por essas razões conclui-se pela inconstitucionalidade da vedação a liberdade de escolha do regime de bens para a pessoa maior de sessenta anos, o que não ocorreria caso ao invés de impor como regime obrigatório, o legislador então tivesse estipulado que o regime da separação total de bens seria o supletivo para aquele casamento que envolvesse alguém com idade acima de sessenta anos, assim em caso de não opção por qualquer outro vigoraria este entre os nubentes, o que seria admissível por não ofender em nada a esfera de direitos do particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Jornada de Direito Civil**. 1 ed.; Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum Compacto por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário. Relator: Cezar Peluzo. Brasília, DF.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º volume: Direito de família.** 23 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família.** 5 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume V – Direito de Família.** 17 ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, volume 6: direito de família.** 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: Direito de Família.** 3 ed.; São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 10 ed.; São Paulo: Atlas, 2010.

NOTAS

ⁱ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. jgabriel_gmolina@hotmail.com. Rua João Barrios, nº 82. Parque Castelo Branco. Presidente Prudente – SP.

ⁱⁱ Advogada e Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino de Bauru (SP). fatamaoki@unitoledo.br. Orientadora do trabalho. Rua Professor Marcolino Pereira Chagas, nº 161. Parque Furquim. Presidente Prudente – SP

Recebido em 24 de setembro de 2010

Aceito em 18 de outubro de 2010