

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO
CÓDIGO CIVIL**

Mateus Vicente Dassi Noronha

Presidente Prudente/SP
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO
CÓDIGO CIVIL**

Mateus Vicente Dassist Noronha

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior.

Presidente Prudente/SP
2011

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO
CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JÚNIOR
Orientador

VINÍCIUS VILELA DOS SANTOS
Examinador

ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI
Examinadora

Presidente Prudente/SP, 28 de Novembro de 2011.

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por me conferir a vida. Pois somente nele encontro, força, coragem, vontade, e sabedoria, para enfrentar às dificuldades da vida.

A toda minha família, que para mim demonstram o grande valor desta na vida do ser humano. E, em especial, aos meus pais Agenor e Elizabeth, por toda educação, honradez, incentivo, dedicação, paciência, compreensão, afeto, carinho, amor, dedicados a mim ao longo da minha vida; e, igualmente, aos meus queridos irmãos Marcelo e Marcos, pela constante demonstração de apoio e carinho.

A todos os meus amigos, desde aqueles mais antigos, de longa jornada, aos mais atuais, que tive o prazer de conhecer e conviver. Reporto-me a todos desta maneira, sem citar nomes, para evitar injustiça com aqueles em que, certamente, acabaria por esquecer de mencionar.

Ao nobre professor Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, por ter aceitado ser meu orientador, por sua paciência e dedicação.

E, finalmente, aos ilustres professores Vinícius Vilela dos Santos e Ana Laura Teixeira Martelli, por terem aceitado meu convite para compor a banca examinadora, neste momento tão marcante e importante na vida de um acadêmico.

Confia no Deus eterno de todo o seu coração, e não se apóie na sua própria inteligência. Lembre-se de Deus em tudo o que fizer, e ele lhe mostrará o caminho certo.

Provérbios 3:5-6

Transforme as pedras que você tropeça nas pedras de sua escada.

Sócrates

RESUMO

O presente trabalho analisa o tema: “A (In) Constitucionalidade do Artigo 1641, Inciso II, do Código Civil”, através da apreciação dos argumentos favoráveis e contrários a constitucionalidade da supracitada norma. Analisa, ainda, aspectos históricos, de modo conciso, sobre o Direito de Família, sua formação e a da própria família, de maneira geral, e mais especificamente no Brasil. Examina, ainda, os regimes de bens aplicáveis atualmente, com algumas comparações entre esses e as legislações pretéritas. Aborda, ainda, um conjunto de elementos preliminares, basilares e essenciais, inerentes ao tema, sendo assim a pesquisa direcionou-se no sentido de que a restrição ao idoso contida no inciso II do artigo 1641 do Código Civil é inconstitucional, muito embora os argumentos favoráveis a esta norma possuam sua relevância.

Palavras-chave: Histórico. Direito de Família. Código Civil. Regimes de Bens. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the theme: "The (Un) Constitutionality of Article 1641, Section II of the Civil Code," by examining the arguments for and against the constitutionality of the abovementioned standard. Also looks at historical aspects concisely on family law, her training and her family, in general, and specifically in Brazil. Examines also the property regimes applicable today, with some comparisons between these laws and preterit. The authors also approach a set of preliminary elements, basic and essential, inherent to the subject, so the research is directed towards the elderly that the restriction contained in section II of Article 1641 of the Civil Code is unconstitutional, even though the arguments favorable to this standard have their relevance.

Keywords: History. Family Law. Civil Code. Property regimes. Constitutionality. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 BREVE HISTÓRICO SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA	12
2.1 Breve Histórico Geral e do Brasil	12
2.1.1 Histórico geral	12
2.1.2 Histórico do Brasil	16
2.1.2.1 Legislação brasileira.....	17
2.1.2.1.1 Constituições.....	17
2.1.2.1.2 Códigos civis	19
3 REGIMES DE BENS.....	23
3.1 Principais Apontamentos.....	23
3.2 Pacto Antenupcial	27
3.3 Comunhão Parcial de Bens	29
3.3.1 Bens excluídos da comunhão	30
3.3.2 Bens que fazem parte da comunhão	35
3.3.3 Presunção do artigo 1662 do código civil quanto aos bens móveis	39
3.3.4 Administração dos bens e dissolução da sociedade conjugal na comunhão parcial.....	39
3.4 Comunhão Universal de Bens.....	42
3.4.1 Bens afastados da comunhão	44
3.4.2 Administração dos bens e dissolução da sociedade conjugal na comunhão universal.....	47
3.5 Participação Final nos Aquestos	48
3.6 Separação de Bens.....	52
3.7 Regime Dotal e Bens Reservados	55
4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL	57
4.1 Argumentos Favoráveis e Contrários a Constitucionalidade do Artigo 1641, Inciso II, do Código Civil	58
4.1.1 Argumentos favoráveis.....	59
4.1.2 Argumentos contrários	63

4.1.3 Aplicação da súmula 377, e possibilidade da alteração do regime de bens, no caso de casamento da pessoa septuagenária	68
5 CONCLUSÃO	71
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1 INTRODUÇÃO

O legislador ao estabelecer tal disciplina prevista no artigo 1641, inciso II, no Código Civil, visou à proteção integral dos bens do septuagenário, do idoso.

Tendo em vista pessoas má intencionadas, aquelas que somente estão interessadas nos bens, não no ser humano, bem como, daquelas que pouco se importam com o afeto, a constituição de uma família. Tentou se evitar o tão afamado “golpe do baú”.

Esta imposição legal, já se estabelece ao longo dos tempos, por obvio, não se trata de regramento novo, pois tinha previsão nos Códigos Civis anteriores, como exemplo, o artigo 258, parágrafo único, inciso II do Código Civil de 1916.

Na atual Lei Civil, tal sanção a liberdade de escolha dos cônjuges esta prevista no artigo 1641, inciso II, que, com posterior modificação fornecida pela Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, hoje, preceitua ser obrigatório o regime da separação de bens, no casamento da pessoa maior de 70 anos.

Desse modo, sua única diferença em relação ao diploma pretérito (CC/1916, art. 258, parágrafo único, II) situa-se apenas no aumento da faixa etária (70 anos) e, na não distinção entre o homem e a mulher, em atenção ao princípio da isonomia, logo, prevê um critério etário único.

Assim, demonstra-se que o aludido legislador utilizou-se do critério da expectativa de vida do brasileiro, ao criar esta limitação à liberdade de escolha dos nubentes devido à idade avançada.

No entanto, seja qual for o motivo dessa proteção, sua idéia principal abrange a noção de que, alcançada a faixa etária maior, o nubente pode estar em estado de vulnerabilidade, de tal modo que se torne mais facilmente suscetível à sagacidade de quem mire na relação um interesse unicamente patrimonial.

Porém percebe-se que ao manter tal impedimento ao idoso, o legislador pátrio, permaneceu com as mesmas concepções da legislação passada, ou seja, levou-se em consideração a pessoa idosa do passado.

Dessarte, nos dias atuais, a captação de informações são infinitamente maiores que no passado, todos nós somos bombardeados pelos veículos de comunicação constantemente.

Portanto, o idoso de hoje, pode-se dizer que, não é mais aquele desatualizado, totalmente vulnerável, como o do passado.

E, mesmo porque, com a Constituição Federal de 1988, advieram novos preceitos, como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, dentre outros, que devem ser respeitados.

E, ainda, pela edição da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que traz a seguinte disciplina quanto aos bens adquiridos na separação obrigatória de bens: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O que aumenta mais a discussão.

Mediante essas colocações, surgiu então, na doutrina e jurisprudência discussão a respeito da Constitucionalidade do regramento em epígrafe. Dessa maneira, existem argumentos favoráveis e contrários a constitucionalidade de tal norma.

Os contrários afirmam, dentre outros fundamentos, que esta imposição legal fere princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Já os favoráveis, dentre outros embasamentos, defendem que a norma deve continuar sendo aplicável, pois, apesar da evolução dos meios de comunicação, a realidade brasileira, ainda é de pessoas que não possuem grande aprendizado.

Contudo, até o desfecho da presente discussão, o presente trabalho passa por uma abordagem sucinta acerca do histórico do Direito de Família, tratando neste assunto, sobre sua evolução em nível geral e nacional.

E, ainda, dentro do histórico do direito de família brasileiro, analisa-se o desenvolvimento das Constituições e dos Códigos Civis pátrios.

Aborda, outrossim, todos os regimes de bens aplicáveis na atualidade pelo Direito Civil pátrio, com algumas comparações entre os regramentos atuais e os pretéritos.

Assim como, se refere aos regimes que existiam na Lei anterior e permaneceram na Lei Nova; e aqueles que não existiam antes, e foram criados com a Legislação Atual; bem como, os que foram excluídos pelo Diploma Civil Atual.

Na discussão do tema do presente trabalho, apresentam-se os argumentos favoráveis, e os contrários, à constitucionalidade do aludido regramento; inclusive com discussão correlata a estes, ou seja, a aplicação da súmula 377 do STF, e a possibilidade da alteração do regime de bens, no caso de casamento da pessoa septuagenária.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em 5 (cinco) capítulos, estabelecidos de forma coerente de modo a proporcionar uma melhor compreensão acerca do tema.

Por fim, na conclusão do trabalho, demonstrou-se o entendimento pelo julgamento da inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, por este afrontar os princípios constitucionais, acolhendo-se os fundamentos da corrente contrária.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Breve Histórico Geral e do Brasil

2.1.1 Histórico geral

O surgimento da Família é anterior ao do Estado, da Igreja, e ao próprio Direito; é um elemento tão antigo quanto o homem, por se tratar de um fenômeno biológico e social. Essa relação familiar é natural aos seres humanos, e os acompanha em toda sua história a partir de dois institutos fundamentais à sua natureza: o de conservação e o de reprodução.

O termo utilizado para sua designação foi, originariamente, criado na Roma Antiga e servia para designar grupos que eram submetidos à escravidão agrícola. O termo “família” do latim, “famulus”, que significa “servo”. Conforme leciona Áurea Pimentel Pereira (1990, p.22):

O radical *fam* corresponde àquele outro *dhā*, da língua ariana, que dá a idéia de fixação, ou de coisa estável, tendo da mudança do “dh” em “f” surgindo, no dialeto do Lácio, a palavra *faama*, depois *famulus* (servo) e finalmente *familia*, esta última a definir, inicialmente, o conjunto formado pelo *pater familias*, esposa, filhos, e servos, todos considerados, primitivamente, como integrantes do grupo familiar[...].

No que se relaciona ao conceito, a compreensão e a extensão de família, dentre os diversos mecanismos sociais e jurídicos, são os que mais sofreram modificações no decorrer da história. A sociedade atual em que vivemos, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada, define um conceito de família muito distante das civilizações do passado.

Na época das primeiras civilizações, o conceito de família era de uma entidade extensa e hierarquizada. Diminuiu-se, hoje, a uma esfera quase exclusiva para pais e filhos, que vivem juntos.

Pelo longo decorrer de sua história, nas relações familiares, foi predominante a poligamia, ou seja, a regra natural dentre os grupos humanos era possuir mais de um cônjuge ao mesmo tempo, muito embora o homem sempre caminhasse para relações individuais, com caráter de exclusividade (monogamia). E, segundo Friedrich Engels (1997) apud Venosa (2010, p. 3), em sua obra que trata da origem da família, “no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia) [...]”.

Na vida primitiva, as batalhas, guerras, a insuficiência de mulheres e talvez uma afeição natural levaram os homens a buscar relacionamentos com mulheres de outras tribos, antes do que em seu grupo; seria assim, segundo historiadores, a primeira manifestação contra o incesto no círculo social. Atinge-se, nesse decorrer, a família, a organização atual de inspiração monogâmica, que, conseqüentemente, desenvolveu papel estrutural para o impulso social em benefício dos filhos, por ensejar o exercício do poder paterno. Todavia, ainda possuímos, no presente, algumas sociedades que mantêm concomitantemente situações poligâmicas.

No meio social, outrossim, a família, sempre recebeu proteção estatal por sua grande importância, como podemos observar, por exemplo, na Babilônia, no reinado de seu sétimo rei, Hamurábi, entre 1728 a 1686 a.C.. Nesta sociedade, a família já era trazida, em seu Código de Leis (Código de Hamurábi), como base da sociedade, e somente originava-se com o casamento entre homem e mulher, sendo este monogâmico. Porém, seu direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias.

Destacamos alguns artigos do acima aludido Código (Código de Hamurábi. Série Biblioteca Clássica, 2006, p. 35, 37, 38 e 43):

128. Se um homem tomar uma esposa sem redigir seu contrato, a mulher não será esposa dele.

145. Se um homem tomar uma sacerdotisa por esposa e esta não lhe der filhos, e ele decidiu tomar como esposa outra mulher, poderá tomá-la e trazê-la para sua casa, mas a segunda esposa não será igualada à primeira.

152. Se, após a mulher ter entrado na casa deste homem, ambos contraírem um débito, devem ambos pagar ao mercador.

177. Se uma viúva com filhos pequenos decidiu entrar na casa de um outro [casar-se novamente], ela não poderá fazer isso sem o consentimento dos juízes. Quando for entrar na casa de um outro, os juízes devem examinar o estado da casa de seu primeiro marido e farão com que redijam uma tábua para registrar o ocorrido. Eles manterão a casa, criarão os filhos pequenos e não venderão o que estiver dentro da casa. Aquele que comprar os utensílios dos filhos de uma viúva perderá a sua prata; os bens serão restituídos ao dono.

No período romano, o poder paterno era exercido sobre a mulher, os filhos, os escravos; o domínio do “pater familia” (do latim, literalmente, “pai da família”) era quase absoluto. A família era essencial para a continuação de seu culto.

Assim como no Direito Grego, no Direito Romano, a afeição natural, embora existisse, não era o componente de ligação entre os membros da família. Tal instituição estruturava-se no poder paterno (poder marital), seus membros uniam-se por vínculos tão, ou mais, poderosos que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos ancestrais.

Em relação às mulheres, quando estas se casavam, deixava de lado o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e os ancestrais de seu homem. Às uniões livres não eram consideradas casamento, no entanto atribuía-se a elas certo reconhecimento jurídico.

Dessa maneira, a evolução histórica abriu espaço ao concubinato. Em Roma, consistiu o concubinato na convivência entre um homem e uma mulher, com o intuito de constituir família, não incestuosa nem adúltera, não unidos pelo vínculo do matrimônio. A figura do concubinato para os romanos era legalmente reconhecida, desde que as partes não fossem casadas e não tivessem outros concubinos.

Posteriormente, com a forte influência da Igreja Católica sobre o Estado, o Direito Canônico passou a regulamentar a família. A pedra fundamental, segundo os cânones, era o casamento comandado e ordenado pelo marido, logo, qualquer referência à família tomava como base o casamento.

Constituído por regras de convívio impostas aos seus membros e sancionadas com penalidades rigorosas (os cânones) este direito se caracterizava por normas inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do Rei, sendo imperativas. Essa inspiração canônica regulou o direito de família até o século XVIII, conseqüentemente, influenciou as leis civis que se seguiram.

No século XIX, a sociedade era eminentemente rural, patriarcal e monogâmica, com traços profundos da família da antiguidade, era uma situação muito próxima do Direito Romano. O marido era considerado chefe, o administrador, e o representante da sociedade conjugal. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. Os filhos eram submetidos ao comando paternal, como futuros continuadores da linhagem.

Nesse diapasão, passaram a existir dois tipos de família, patriarcal e maternal, e os casamentos feitos por descendência. Com a Revolução Francesa, os matrimônios passaram a ser laicos. A família monogâmica converte-se em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existiam pequenas oficinas, situação que se reverteu posteriormente com a Revolução Industrial.

Com a chegada de um conjunto de mudanças tecnológicas que impactaram profundamente o procedimento produtivo em nível econômico e social (Revolução Industrial) a migração para cidades maiores tornaram-se frequentes, o que tornou os laços na família estreitos e menores; a mulher começa a participar do mercado de trabalho e a educação dos filhos passa a ser uma obrigação das escolas, enquanto os idosos passam aos cuidados de instituições de assistência, num panorama similar ao existente nos dias atuais.

No pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ficou estabelecido, em seu artigo 16, item 3º, que: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. E, somando isso ao declínio do patriarcalismo, globalização e a redivisão sexual do trabalho, adicionados à evolução do conhecimento científico, provocaram uma grande transformação da família, a partir da metade do século XX. Logo, ao mesmo tempo em que houve o distanciamento do Estado em relação à Igreja (laicização), novos fenômenos surgiram.

Nesse contexto possuímos como fatores redimensionais do conceito de família: a liberação dos costumes, a revolução feminina, o aparecimento dos métodos contraceptivos, e a evolução da genética. Dessarte, à medida que a medicina avançou, avança, o sexo acaba por não ser mais necessário para procriação. O casamento não é mais a única maneira para se legitimar as relações sexuais, sob a ótica de instituição, a família envolveu as uniões sem matrimônio.

Contudo, na travessia para o novo milênio a entidade familiar se reinventa com concepções e valores morais totalmente diferentes dos anteriores; e deixa de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do companheirismo, do amor e da livre expressão de afeto.

2.1.2 Histórico do Brasil

A Igreja Católica sempre influenciou a família brasileira. A colonização pelos povos lusos, e sua cultura religiosa fundada no catolicismo, carregou todas as informações étnicas que aqui aportaram, de modo que é notória a grande influência canônica em nossa legislação e cultura.

No Brasil colônia, no ano de 1564, as Normas do Concílio de Trento relativas ao casamento foram inseridas em nosso meio através das Ordenações Filipinas, e vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1916. Tais normas regiam o direito de família brasileiro, em razão da obrigatoriedade imposta por seu colonizador português. Dessa maneira dava-se início à família com o casamento.

Entretanto, as uniões matrimoniais quase sempre aconteciam por acordos de negócios. O senhor de engenho decidia com quem os filhos deviam se casar, dando maior importância aos lucros para si advindos dessas uniões, do que a felicidade dos filhos. A família colonial brasileira foi marcada pela exacerbação dos valores morais. As mulheres eram instruídas a serem absolutamente submissas aos seus maridos. Era dever da mulher, enquanto mãe, cuidar dos filhos, principalmente das filhas, para que essas se mantivessem puras enquanto não sobreviesse o matrimônio. Não raro às vezes em que os noivos apenas se conheciam na Igreja.

Por um longo período de sua história social e jurídica permaneceu, em nosso ordenamento pátrio, a idéia de que somente o casamento poderia ser considerado como entidade familiar legítima, e, conseqüentemente, surtir os efeitos esperados de uma verdadeira família. O que permaneceu até as mudanças trazidas pela evolução da sociedade e com as novas legislações.

2.1.2.1 Legislação brasileira

2.1.2.1.1 Constituições

No Brasil República, a Carta Magna de 1824 nada trazia sobre as relações familiares. Tempos depois, em 1890, com o Decreto 181, cria-se o casamento civil no Brasil, e se retira do casamento religioso todo valor jurídico, inclusive com prisão e multa a quem realizasse o ato religioso antes do legal. Um ano após, em 1891, em um único artigo, com a pretensão de separar o Estado do controle da Igreja, a Lei Maior, reconhecia tão somente o casamento civil como entidade familiar.

Desse modo, a despeito do formalismo da legislação nacional, tentou-se impor o casamento civil a toda a população, o que levou a considerar até mesmo o casamento religioso como forma de concubinato. Todavia, o costume superou a imposição legal, uma vez que, por tradição, as uniões continuaram a ocorrer somente no religioso, em virtude da rejeição ao casamento legal como padrão necessário e único.

A Constituição de 1934 dedicou um capítulo inteiro a família, onde há a referencia à proteção especial do Estado, que seria mantida nas Constituições seguintes. A Constituição de 1937 estabeleceu que os pais tinham o dever de educar os filhos, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado passa a tutelar as crianças abandonadas pelos pais; trouxe, também, o casamento religioso com efeitos civis, norma que se manteve na de 1946.

Na Carta Maior de 1967 o casamento é tratado como tema principal, é tido como indissolúvel e, se celebrado no religioso, poderia vir a ter efeitos civis. Em 1973, a Lei n. 6.015/73, em seu art. 57 e parágrafos, pela redação dada pela Lei n. 6.216/75, permitiu a concubina usar o nome do companheiro, se vivessem em comum por, no mínimo, cinco anos, ou em caso de haver filhos dessa união.

Até a atual Carta Constitucional, todas as anteriores, com exceção á de 1967, declaravam que a família constituída pelo casamento civil, era indissolúvel e recebia proteção estatal, o que originou duas espécies de família na sociedade: a legítima, prevista na lei e baseada no casamento civil, como total amparo legal e estatal; e a ilegítima, criada à margem da lei e sem nenhuma prerrogativa ou proteção.

A Constituição da República de 1988 traz consigo um novo modelo familiar, e, como consequencia, derruba o antigo molde fundado único e exclusivamente no casamento, que tinha como fim primordial a preservação do patrimônio do casal que, conforme Cristiano Chaves de Farias (2006, p. 9) ocorria “[...] a custa da felicidade pessoal dos membros da família – a proteção da estrutura familiar se confundia com a tutela do próprio patrimônio”.

A nova visão do Direito de Família, sustentada nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988, ocasionou grandes modificações sociológicas, culturais e econômicas a instituição familiar, bem como nos princípios deles decorrentes: da multiplicidade de núcleos familiares; da igualdade entre homem e mulher, conferindo a ambos direitos e obrigações; da igualdade entre filhos; da simplificação para dissolução do casamento; da paternidade responsável e planejamento familiar, sendo todos provenientes do preceito máximo da dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, afasta-se qualquer discriminação das pessoas em função do sexo e no tratamento jurídico do marido e da mulher, não se admitem funções diferenciadas no interior da família, como aqueles valores que atribuíam ao homem a chefia da sociedade conjugal e à mulher o comando do governo doméstico. A família agora é enxergada em seu sentido amplo, abrangendo tanto aquela união pelo casamento como as demais espécies, ou, como bem menciona o jurista Paulo Luiz Netto Lôbo (1989, p. 71):

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais, características do direito de família de corte liberal, não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada na nova Constituição [...].

Enfim, as legislações constitucionais anteriores á contemporânea regulavam, sobretudo as questões referentes à organização política do Estado, o que ensejava uma dicotomia entre direito público e privado, e este ultimo tinha cõo alicerce o Código Civil de 1916, abarrotado de princípios liberais patrimonialistas. O Código de 1916 era o centro normatizador do ordenamento jurídico da vida privada nacional, contudo, neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 alterou essa realidade e passou a ser o centro delineador de todo esse mencionado sistema.

Analizada a evolução da regulamentação do direito de família no âmbito constitucional, igualmente, se faz conveniente, uma abordagem sob a ótica da Lei Civil.

2.1.2.1.2 Códigos Civis

Consoante ao que acima foi abordado, durante um extenso período, em nosso país, as uniões de fato eram predominantes. Esta forma de relação apresentava-se de maneira mais acentuada e com mais liberdade. Havia uma supremacia da força cultural e do costume local sobre a pressão do clero.

O Estado não combatia esta situação porque era ausente e omissivo. A Igreja, em contrapartida, formalmente combatia, mas não podia controlar a desordem social reinante. Naquela época, Estado e Igreja eram quase uma entidade só, unos; posteriormente, com a divisão, o ente estatal começou produzir legislações para tratar do assunto.

Na vigência da Constituição de 1891, o Código Civil de 1916 fora publicado, e regulava a família, que era constituída unicamente pelo matrimônio. Considerava-se como entidade familiar aquela formada no direito napoleônico, hierarquizada e matrimonializada.

Nestes termos, ela deveria ser alicerçada na procriação, na formação de mão-de-obra, na obtenção e na transmissão de patrimônio, além de fonte de aprendizado individual, demonstrando a preferência pelos valores tradicionais. Não houve a definição do instituto da família, mas se condicionou a sua legitimidade ao casamento civil, sem qualquer alusão ao casamento religioso, como podemos observar no artigo 229, do aludido código: “Criado a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes deles nascidos ou concebidos”.

Assim, sob a ótica do Código Civil revogado, o primeiro grande efeito jurídico do casamento era o de legitimar a família, nos seus moldes trazia-se uma precária e discriminatória visão do núcleo familiar, limitando a sua formação através da união matrimonial. Não havia dissolução deste, ou seja, não existia separação, e muito menos o divórcio. Qualquer relação duradoura entre homem e mulher que não fosse adquirida através do vínculo formal recebia total discriminação. Havia distinções entre homem e mulher, entre filhos.

Existia a figura do varão, que era o marido, o chefe da sociedade conjugal, a esposa era apenas a sua colaboradora e a ele era atribuída a obrigação de sustento da família. Quanto às hipóteses de anulação do matrimônio, o seu artigo 219, dentre os outros incisos, trazia no de número IV, a permissão para a anulação deste vínculo se constatasse que a mulher não era virgem como se imaginava, o que mais uma vez demonstrava a forte influência canonista sobre este.

Com o Estatuto da Mulher Casada, pela Lei 4121 de 27 de agosto de 1962, adveio uma das mais expressivas alterações legislativas, haja vista que se estabeleceu à mulher casada a plena capacidade, dando-lhe o direito aos bens reservados, que asseguravam-na a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. Naquele instante inaugurou-se uma tendência legislativa de tratamento entre os cônjuges, porém, ainda eram mantidas muitas prerrogativas em favor do cônjuge varão, em decorrência da organização patriarcal familiar.

No entanto, embora esse diploma legal assegurasse alguns direitos às mulheres, tais direitos eram apenas reservados às mulheres casadas (formalmente), as demais (não casadas) não gozavam de tais privilégios.

Assim, podemos considerar que, a começar por seu nome de batismo, o acima mencionado estatuto já era discriminatório.

Em junho de 1977 sobreveio a Emenda Constitucional nº 9, a qual instituiu o divórcio, o que resultou na queda do caráter indissolúvel do casamento, ou seja, acabou com a idéia da sacralização da instituição familiar no ordenamento jurídico pátrio. Mais tarde, obteve sua regulamentação com a Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977. Nessa sequência evolucionária legislativa pelo desmembramento dos novos parâmetros constitucionais consagrados pela Carta Magna de 1988, foram editadas leis especiais garantidoras de vários direitos.

Dentre os quais, merecem menção o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990; a Lei 8560 de 29 de dezembro de 1992, que trouxe regulamentação da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, possibilitando a legalização do reconhecimento desses. E, igualmente, as Leis 8971 de 29 de dezembro de 1994 e a Lei 9278 de 10 de maio de 1996, que regulamentaram, respectivamente, o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão hereditária, bem como a união estável, fornecendo privilégios aos companheiros como: alimentos, meação e herança.

Esses diplomas inovadores trouxeram enormes mudanças ao texto arcaico do Código Civil pretérito, inutilizaram-se muitos de seus dispositivos, alguns revogados expressamente, como o desquite; enquanto outros subsistiam como simples referência histórica, haja vista que não foram recepcionados pela Carta Constitucional de 88, tornaram-se incompatíveis com os novos ordenamentos legais.

Desse modo, era preciso que se atualizasse o texto do Código, para que regulamentasse o Direito de Família eficazmente com concepções atuais, com respeito aos seus componentes humanos, e deixasse de ser um simples conjunto de regras relativas ao casamento e outros institutos paralelos. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 17), “[...] o Código Civil de 1916 de há muito já não retratava o panorama atual da família, derogado em grande parte por inúmeras leis complementares, que dificultavam sobremaneira o estudo sistemático da matéria”.

Não obstante, em 1969, presidido pelo advogado Miguel Reale, foi criada uma comissão de juristas para reformular o Código Civil, mas, seu projeto só começou a tramitar no Congresso Nacional em 1975. Infelizmente, várias questões políticas e entraves burocráticos inerentes ao cotidiano legislativo brasileiro delongaram a aprovação da atual Lei Civil.

Duas décadas, ou mais, se passaram. Nesse ínterim a sociedade brasileira compensou o atraso com os diplomas esparsos acima aduzidos, a contar com o bom senso e a prática jurídica dos tribunais. No ano de 2001 foi aprovado o moderno texto da Lei Civilista hodierna, atualizou aspectos essenciais do direito de família. O novo Código Civil, Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002, entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Incorporando inúmeras contribuições originadas pela Constituição e pelas leis esparsas, inovou.

Assim sendo, o casamento agora é conceituado como comunhão plena de vida, com base na igualdade e deveres entre os consortes, de acordo com o artigo 1511; há disposição sobre o casamento religioso, em alteração as normas da Lei dos Registros Públicos, 6015 de 1973, facilita-se o registro desta espécie de união legal, com a possibilidade de efetuar-se o registro a qualquer tempo, mesmo depois de vencido o prazo de 90 dias de sua realização; a ausência decretada, conforme seu artigo 1571, §1º, passou a ser também causa de dissolução vínculo conjugal.

Dessarte, esse novo ordenamento civil confirma o que já havia sido instituído pela mencionada Lei do Divórcio e a atual Constituição, e o casamento deixa de ser indissolúvel. Além do que, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da secularização, da solidariedade, do afeto e da privacidade, deram maior autonomia e liberdade para os cônjuges romperem à sociedade conjugal. No entanto, apesar das relações conjugais penderem cada vez mais para informalidade, o vínculo matrimonial, ainda é o predominante.

Contudo, mediante todas essas transformações obtidas, nosso ordenamento civilista passa a possuir o “Direito de Família Civil- Constitucional”, que guarda consigo valores sociais maiores, de modo a alcançar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da C.F.), a solidariedade social (artigo 3º, inciso I, da C.F.), a isonomia (artigo 5º, inciso I e artigo 226, §5º, ambos da C.F.), e o afeto.

3 REGIMES DE BENS

3.1 Principais Apontamentos

Com a realização do casamento surgem para os cônjuges, mútua cooperação, bem como direitos e deveres de ordem patrimonial e pessoal.

O casamento não é somente conteúdo econômico direto, prevalecem os efeitos pessoais entre os consortes e destes em relação aos filhos.

E, além disso, a ele se estabelecem as formas de contribuição do marido e da mulher para a casa, se os bens adquiridos na constância dessa sociedade irão ou não compor o patrimônio do casal ou se, ao contrário, irão compor apenas os bens individuais de cada um.

No mais, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz reflexos em seus patrimônios, principalmente, sem sombra de dúvida, após o término dos laços conjugais.

Por isso também é preciso estabelecer normas para organizar, dentre outras situações que envolvem o patrimônio do casal, a eventual partilha de bens decorrente da dissolução dessa relação.

Ainda que não seja levado em conta o interesse econômico do matrimônio, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida.

Nesse diapasão, para essas e outras ocasiões obterem solução, é que o legislador criou o regime de bens.

Desta maneira, o regime de bens é, de acordo com a doutrinadora Maria Berenice Dias (2007) apud Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 107):

É uma das consequências jurídicas do casamento, que não existe sem o regime patrimonial de bens. O matrimônio estabelece plena comunhão de

vida não só em afeto, mas também em solidariedade econômica e entrelaça patrimônios, tornando indispensável que fiquem definidas as questões atinentes aos bens, rendas e responsabilidade de cada um dos cônjuges. No casamento, migram-se aspectos econômicos em razão da existência de bens anteriores e a aquisição de bens na sua constância, estabelecendo a lei regras para delimitar as questões patrimoniais durante a vigência e na dissolução do patrimônio, ditando as diretrizes dos diversos regimes. [...]

Nesse contexto, leciona Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 320 e 321):

Tecnicamente, a denominação *regime de bens* não é a melhor, porque mais exato seria referir-se a regimes patrimoniais do casamento. No entanto, a expressão é consagrada, sintética e com significado perfeitamente conhecido. Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento [...].

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo do marido, que se tornava único proprietário e administrador.

Este antigo direito estabelecia também uma unidade patrimonial entre homem e mulher, a qual o Estados Unidos da América aplicou igualmente até meados do século XIX, substituindo-o pelo regime da separação, como consequência da emancipação da mulher.

O regime de bens matrimoniais apresenta características próprias dependendo do seu país de origem, pois esta sujeito aos costumes e as necessidades sociais do seu local.

É o que percebemos em nossa legislação com o passar dos anos. No Código anterior, uma vez escolhido o regime de bens, este nunca mais se modificaria, portanto, era imutável (artigo 230 do Código Civil Brasileiro de 1916).

Hoje, nossa legislação toma como regra geral, a liberdade na escolha do regime patrimonial aqueles que querem se casar: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 1639).

Entretanto, se faz necessário, quando da escolha de outro regime, que não seja o da Comunhão Parcial de Bens ou no caso da Separação Obrigatória de Bens, a escritura pública de pacto antenupcial.

Verifica-se, dessa forma, que a escolha deve ocorrer antes do casamento; muito embora, seja garantido aos nubentes essa alteração pós casamento.

conforme o § 2º do artigo 1639 do Código Civil, que permite a essa alteração, desde que seja mediante autorização judicial, com pedido fundamentado, verificado a procedência das razões invocadas e sem esquecer-se dos direitos de terceiros.

Nesse contexto, até a chegada da Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77), a Lei Civil de 1916 disciplinava em sua redação original, que no silêncio dos nubentes o casamento seria regido pela Comunhão Universal de Bens.

Diferentemente, agora, com a ausência de pacto antenupcial, ou sendo este nulo ou ineficaz, vigorará o regime da Comunhão Parcial de Bens a eles.

Leva-se em consideração que, a maior ocorrência das relações matrimoniais se dá entre pessoas jovens, com pouco ou nenhum patrimônio, o qual será adquirido por esforços comuns na constância conjugal.

Na Lei revogada, existiam quatro regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal.

A atual legislação trouxe: comunhão parcial, comunhão universal, a separação de bens, excluiu-se o regime dotal, pois não tinha praticamente utilização alguma em nossa pátria, e em seu lugar inseriu o de participação final nos aquestos.

Este último, de um modo geral, é uma mescla entre os regimes da comunhão parcial e separação de bens, ou seja, na constância do matrimônio utilizam-se as regras da separação, com a dissolução, as regras do regime parcial.

Em relação à união estável, hoje se tem regulamentação, e, segundo essa norma, na ausência de contrato de convivência, via de regra, o legislador determinou que a relação entre os companheiros, no que diz respeito ao patrimônio, seja disciplinada pelo regime da comunhão parcial de bens do Código.

Conforme se verifica no artigo 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

É cediço, quando o casamento ou essa união evoluem sem maiores problemas, em nada complicará a vida financeira dos cônjuges/conviventes, e o regime de bens ficará esquecido na vida de ambos.

Porem, em caso de eventuais desavenças na relação, ou até mesmo de dissolução desta, surgirão os problemas advindos do regime, quer sejam esses levantados pelo marido ou pela mulher, ou ainda, pelos herdeiros, em caso de falecimento.

Contudo, como já visto os regimes de bens anteriormente eram regidos pelos princípios da autonomia da vontade e da imutabilidade.

O primeiro se refere há possibilidade dos nubentes serem livres para escolher os regimes de bens que lhe seja melhor.

O segundo trata da impossibilidade da mudança deste pelos contraentes, uma vez escolhido, assim permanecerá.

Hodiernamente, permanece a autonomia da vontade, mas, a imutabilidade é substituída pela mutabilidade.

E, no mais, a autonomia sofre modificações, no sentido dos nubentes terem ao seu dispor a aplicação supletiva do regime da comunhão parcial de bens, não sendo obrigado a formar o pacto antenupcial, até a opção por combinar os regimes entre si, porem, neste caso necessário se faz o mencionado pacto.

Além disso, em determinadas situações, taxativamente descritas, excepcionando a regra da livre escolha dos nubentes, e da mutabilidade, a Lei impõe a aplicação, para aquelas pessoas que desejarem se casar, e se enquadrem em uma das hipóteses previstas, o regime obrigatório da separação de bens.

Desse modo:

Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II- da pessoa maior de setenta anos;

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

Por ser imperativo, esse regime não se confunde com o regime legal da separação parcial, que é subsidiário.

E, como visto, tal imposição cessa a liberdade de escolha daqueles que contraírem matrimônio sem observar as causas suspensivas da celebração; da pessoa maior de setenta anos; e de todos os que dependerem de suprimento judicial para casar (princípio geral de que todo casamento que necessite de suprimento judicial seja o regime em questão).

Por fim, conveniente se faz mencionar, outrossim, que quanto a mutabilidade, há divergência doutrinária em relação a possibilidade, ou não, de exceção a esse preceito, em decorrência do disposto no §2º do artigo 1639 do Código Civil.

3.2 Pacto Antenupcial

O pacto antenupcial, como sua nomenclatura já nos leva a entender, é um contrato realizado antes da realização do casamento, pelos nubentes. Também denominado “[...] *convenção antenupcial* ou *pacto dotal* [...]” (RODRIGUES, 2002, p. 173).

E, o mesmo retro citado jurista conceitua-o como “[...] um contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entres elas, durante o matrimônio” (RODRIGUES, 2002, p. 173).

Seu regramento esta nos artigos 1653 a 1657 do Diploma Civil atual. E, os regimes de bens que, para obterem validade depende desse pacto, são: Comunhão universal de bens, separação convencional, e participação final nos aquestos.

Muito embora, via de regra, existam estas opções, excepcionalmente, há a possibilidade dos cônjuges, da mesma forma (mediante escritura pública), “combiná-los entre si, desde que não contrariem normas de ordem pública” (VENOSA, 2010, p. 349).

Pois, a comunhão parcial de bens, bem como a separação obrigatória (ou legal), obtém sua validade na própria lei.

Ora, a primeira é regime legal, supletivo, regra geral; e a segunda, é uma penalidade, uma imposição do próprio regramento jurídico civil.

Dessarte, “[...] trata-se de negócio solene porque o Código Civil exige que seja feito por escritura pública, acarretando nulidade a inobservância deste requisito (art. 108 e 166, IV, do CC)” (MESSIAS DE CARVALHO, 2009, p. 116). Neste diapasão, Velloso dos Santos (2006, p. 99):

É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento, ficando condicionada a eficácia do pacto antenupcial realizado por menor à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens (artigos 1.653 e 1.654).

Portanto, a mencionada escritura pública é assinada pelos pretendentes quando queiram se casar sobre regime no qual é obrigatória a realização do mencionado pacto.

Todavia, através de documento público, esta escritura pode ser firmada por procurador com poderes especiais para tanto, tal permissão é dada pelos mesmos fundamentos da realização do casamento por procuração.

Ainda, de acordo com ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 331), no contrato antenupcial:

[...] não admite, por exemplo, pactos sucessórios entre os cônjuges, que devem ser objeto de testamento individual de cada cônjuge. Admite-se, porém, o reconhecimento de filho, cujo conteúdo da declaração basta como regra geral, de per si, independentemente do documento em que se encontre. Cuida-se, em última análise, de prova escrita de filiação. O art. 1.655 expressa que será nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. A anulação para as nulidades relativas, seguindo a regra geral, dependerá da iniciativa dos interessados. Escritura anulável pode ser ratificada, como os negócios jurídicos em geral. Se for nula, no entanto, não admitirá ratificação, sujeitando se o casamento ao regime legal da comunhão parcial. Por outro lado, pode ser válido o pacto e inválido alguma de suas disposições que afetam normas de ordem pública ou prejudicam direitos conjugais ou do pátrio poder.

Contudo, na convenção antenupcial, esta deverá ser lavrada por Tabelião de Notas, o qual possui fé pública.

E, outrossim, deve-se obedecer todos os requisitos legais, sob pena de nulidade.

E, os nubentes podem estipular quanto aos seus bens, o que lhes for melhor, desde que não contrariem disposição expressa de lei, conforme artigo 1655 do Código Hodierno.

Por fim, a qualquer tempo, “[...] as convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo Oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges” (VELLOSO DOS SANTOS, 2006, p. 100).

3.3 Comunhão Parcial de Bens

A idéia principal desse regime é que só fazem parte da comunhão, os bens adquiridos na constância do casamento, ou seja, os aquestos. É regime legal, supletivo.

Na falta, ou nulidade, do pacto antenupcial, se aplicará este, efeito gerado pela Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977, que substituiu a comunhão universal pelo regime de comunhão parcial.

Por meio desse, distribui-se o patrimônio de conformidade com a finalidade própria do casamento.

Assim, os bens poupados na constância da união consideram-se comuns por serem o fruto da estreita cooperação que se forma entre marido e mulher.

Segundo Rizzardo (2009, p. 647): “[...] é o que melhor atende aos princípios de justiça, por assegurar a autonomia recíproca dos cônjuges, conservando, cada um deles, a propriedade, a administração e o gozo excluídos dos respectivos bens”.

Por esse regime, a propriedade exclusiva dos bens que possuíam anteriores ao casamento, dos que venham receber por doação e herança durante a relação, e os que serão adquiridos com dinheiro próprio são mantidas. Também é denominado pela doutrina de “regime de comunhão dos aquestos”, ou “adquiridos”, e, “regime oficial”.

A sua regra basilar, é esta, portanto, assim dispõe o artigo 1658 do Código hodierno: “No regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Com a adoção desta regra, formam-se três patrimônios: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes da união oficial (bens particulares), e os adquiridos após essa (bens comuns). Em caso de dissolução da comunhão, cada um retira os bens que possuía antes de se casar, e dividem-se os bens comuns.

Desde seu surgimento com a Lei do Divórcio, é a forma de regime patrimonial mais escolhida pelos nubentes, o mais comum. No processo de habilitação para casamento, os nubentes já requerem, na petição, o regime que desejarem.

Se a alternativa escolhida for o regime em epigrafe, basta anotá-lo no processo de preparação nupcial; caso contrário, como dito, é necessário o pacto antenupcial, por meio de escritura pública, que será lavrada em tabelionato.

Talvez seja a forma mais procurada na escolha dos nubentes, também, pois, financeiramente, o casamento realizado sob este regime, não importa em despesa com outras taxas a não ser a do próprio casamento; sendo que, para a escolha de outro regime, terá que arcar com o valor da taxa para realização da escritura pública de pacto antenupcial, além do valor do casamento, é claro.

3.3.1 Bens excluídos da comunhão

Aqui, são excluídos, evidentemente, um maior numero de bens do que na comunhão universal.

A comunhão resulta apenas dos bens adquiridos a título oneroso na constância da sociedade conjugal. Excluem-se aqueles trazidos por qualquer dos consortes para a relação e os adquiridos gratuitamente, além de algumas obrigações.

A herança e doação, não se incluem nessa união, salvo se, a pessoa que doou o bem ou deixou o testamento, expressamente, mencionar que deixou para o casal; se silenciou só a um deles pertencerá (o herdeiro ou o donatário).

Os artigos 1659 e 1661 do vigente Código trazem os casos que não ocorrerão à comunhão dos bens.

Desse modo, disciplina o artigo 1659, que se excluem da comunhão:

“1 - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão, e os subrogados em seu lugar.”

Isto acontece em razão do preceito que são comuns os bens conquistados, durante a comunhão parcial, a título oneroso.

Existe uma limitação no que tange ao regime dos adquiridos durante o casamento, o que demonstra ter ocorrido uma verdadeira ajuda recíproca entre os cônjuges.

As dívidas anteriores, não se compartilham, porque os patrimônios dos dois são mantidos separadamente e os débitos fazem parte deles.

Na doação e sucessão testamentária, não há comunicação, salvo se, houver manifestação expressa de vontade no sentido de que para os dois se reverta a doação ou a sucessão.

Dessa maneira, não se incluem nessa união, a herança e a doação recebida por um deles, salvo se, a pessoa que doou o bem ou deixou o testamento, expressamente mencionar que deixou para o casal; se silenciou só a um deles pertencerá.

Nestas hipóteses, via de regra, quaisquer bens recebidos não se comunicam com o outro cônjuge, portanto são particulares. Limite esse que o diferencia fortemente da comunhão universal.

E, por fim, acrescenta-se a não comunicabilidade dos bens sub-rogados no lugar dos possuídos antes da união formal e dos advindos de doação ou sucessão.

“II – Os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares.”

Aqui, trata dos bens que são adquiridos na constância da sociedade conjugal, que são produtos da venda de bens adquiridos ou possuídos anteriores ao enlace matrimonial.

Nessa hipótese, os bens serão excluídos da comunhão, pois aplica-se o princípio da sub-rogação.

Assim, “A” vende um bem que possuía quando casou, e compra outro em negócio feito na constância da sociedade conjugal. Sobrevive a manutenção do bem próprio, embora esse seja trocado.

Observa-se uma ligação entre o patrimônio novo e o bem anterior, a relação entre o bem adquirido e causa previamente existente.

Nestes moldes, não se comunicam os pagamentos de seguros, as indenizações por danos, desde que visem satisfazer prejuízos que eram do cônjuge antes da celebração.

E, ainda, para a aplicação do dispositivo em questão, é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e demonstre que de fato um bem substituiu o outro.

O assunto tem maior relevância no caso de bens imóveis, pois sua prova é mais fácil; já quanto aos bens móveis, vige a presunção de que foram adquiridos na constância do matrimônio, sendo essa apresentada no artigo 1662, dessa forma, primeiramente, não está se excluindo a sub-rogação desses bens, mas, se mostra uma maior dificuldade para sua comprovação.

“III – Obrigações anteriores ao casamento.”

Se “A” e “B” se casam, e “B” possui uma dívida anterior ao casamento, somente aos bens deste recairá o valor do débito, os bens do cônjuge inocente não responderão. Agora, se a dívida foi feita em razão do casamento, ou os dois aproveitaram os frutos desta dívida, os bens de ambos responderão.

Assim, para caracterização é preciso que se analise a época em que foi concebida a dívida, e a finalidade da obrigação; a primeira tem que ser anterior ao casamento, e a segunda também não deve ter relação com esse.

Nesse diapasão, só adentra a responsabilidade comum, se o débito for proveniente de despesas para a realização do matrimônio ou se reverteu em proveito de ambos.

“IV – Obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal.”

Se for proveniente de ato ilícito, a obrigação de reparar o dano causado pelo ato somente será do cônjuge que lhe deu causa, não importando o momento que ocorreu o ato, se antes ou depois das núpcias.

Somente se obriga o cônjuge causador porque a responsabilidade pelo ilícito é pessoal e, segundo Carvalho Santos (1963, p. 92), “[...] a responsabilidade pelo ato ilícito é pessoal e, por isso mesmo, como consequência, pessoal e a dívida resultante dessa responsabilidade.”

No próprio regime da comunhão universal as obrigações de atos ilícitos não se comunicam. Entretanto, se aconteceu o dano no exercício da atividade ou profissão da qual depende o sustento da família, ou houve proveito ao patrimônio do casal, todos os bens sofrerão com o peso da indenização.

De maneira explícita este inciso excepciona as obrigações que beneficiaram o casal, passando para a responsabilidade comum.

“V – Os bens de uso pessoal os livros e instrumentos de profissão.”

Todos os objetos, jóias, adornos, roupas, e até móveis que o indivíduo necessita e usa são abrangidos pelos bens de uso pessoal.

“São utilizados no cotidiano da vida, para a vivência do indivíduo, não se estendendo ao proveito de outras pessoas, mesmo que familiares” (RIZZARDO, 2009, p. 650).

Também são incomunicáveis, desde que deles dependa o exercício da profissão dos consortes, os instrumentos de profissão, por exemplo, bisturi, fita métrica, máquina de costura, régua, dentre outros; e, os livros, como: coleções raras, obras literárias, dentre outros.

“VI – Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.”

Como o próprio inciso menciona, os proventos adquiridos do trabalho pessoal de cada cônjuge não se compartilham. Isto engloba os vencimentos, salários, proventos, rendimentos, adquiridos das atividades pessoais de cada um deles; porem exclui-se, aqui, os bens adquiridos com estes, pois são abrangidos pela comunhão.

Existe critica á este inciso, trazida pela doutrina, assim, segundo Guedes Alcoforado Assunção (2004) apud Tartuce e Simão (2010, p. 148):

A previsão da exclusão dos proventos do trabalho de cada cônjuge, indicada no inciso VI, produz situação que se antagoniza com a própria essência do regime. Ora, se os rendimentos do trabalho não se comunicam, os bens sub-rogados desses rendimentos também não se comunicam, conforme o inciso II, e, por conseguinte, praticamente nada se comunica nesse regime, no entendimento de que a grande maioria dos cônjuges vive dos rendimentos do seu trabalho. A comunhão parcial de bens tem em vista comunicar todos os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso, sendo que aqueles adquiridos com frutos do trabalho contêm essa onerosidade aquisitiva.

E, nesse sentido, Cahali (2004) apud Tartuce e Simão (2010, p. 148 e 149):

No exato momento em que as referidas rendas se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra dos bens, opera-se em relação a estes a comunhão, pela incidência da regra contida nos arts. 1658 e 1660, I, até porque não acrescenta o inciso em exame a hipótese e os bens sub-rogados em seu lugar. Entendimento diverso contraria a essência do regime da comunhão parcial e levaria ao absurdo de só se comunicarem os aquestos adquiridos com o produto de bens particulares e comuns ou por fato eventual, além dos destinados por doação ou herança do casal.

“Concluindo, em situações de dúvida, deve-se entender pela comunicação dos bens.” (TARTUCE e SIMÃO, 2010, p. 148).

“VII – As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.”

São bens personalíssimos, que também não integram essa comunhão.

A nobre professora Maria Helena Diniz (1987, p. 116) nos esclarece de ótima maneira o significado dessas expressões:

A pensão é a quantia que se paga, periodicamente, em virtude de lei, decisão judicial, ato *inter vivos* [...], ou *causa mortis*, a alguém, visando sua subsistência; o meio-soldo é metade do soldo que o Estado paga a militar reformado; o montepio é a pensão que o Estado paga aos herdeiros de funcionário falecido, em atividade ou não; [...]. Assim, se uma pessoa, que é beneficiária de montepio, casar-se, essa vantagem pecuniária não se comunica ao seu consorte, por ser uma renda pessoal.

Por fim, estas são as hipóteses contempladas pelo Código atual, que excluem da comunhão parcial aqueles bens que aqui se enquadrarem, muito embora, a Lei anterior contemplasse mais situações. Veremos agora, as situações que fazem parte dessa comunhão.

3.3.2 Bens que fazem parte da comunhão

Aqui trataremos dos bens comuns, pois, como já foi dito acima, neste regime existem os bens próprios do marido e da mulher, e aqueles que pertencem a ambos (comuns).

Portanto, aqui são os chamados pela doutrina e jurisprudência de “bens comunicáveis”.

Estão elencados no artigo 1660 do Código Civil:

“I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges.”

Como o próprio inciso deixa claro, o patrimônio adquirido pelo casal na constância do matrimônio, adquirido pelo fruto de seu esforço (seja ele do marido ou da mulher, ou de ambos), mesmo que esteja somente em nome de um apenas, será de ambos.

Ou seja, ao adquirir algum bem, durante o casamento, não importa no nome de quem esteja este, será automaticamente do casal.

Entretanto, conforme leciona a melhor doutrina, Tartuce e Simão (2010, p.149):

Essa previsão (inciso I) já entra em conflito com inciso VI do art. 1659. Como já dissemos, a interpretação deve guiar a comunicação dos bens adquiridos durante a união. Dúvida comum e muito prática deve ser esclarecida. Imagine-se situação comum em que os cônjuges, depois de casados, financiam um imóvel por meio do empréstimo bancário. No preenchimento da proposta, consta que 70% da renda utilizada para pagamento será da esposa e de 30% do marido. Não há que se falar que o bem pertencerá em partes desiguais aos cônjuges. Se apenas um dos cônjuges comprar certo bem, a metade pertencerá ao outro cônjuge. Nesse contexto, ainda que um dos cônjuges contribua com mais renda, o bem pertencerá, em partes iguais, a ambos os cônjuges.

“II- Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.”

Segundo o magistério de Rizzardo (2009, p.654):

Os bens adquiridos por fato eventual entram na comunhão. Assim ocorre com os prêmios ganhos em loterias, sorteios, disputas e jogos. Mesmo as recompensas concedidas a um dos cônjuges, as descobertas, as retribuições pela prática de um favor, os ganhos auferidos em vista de um dom especial ou científico, as criações artísticas, entram na comunhão a menos que se trate de direitos patrimoniais do autor, por força do art. 39 da Lei nº 9.610/98.

“III- Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges.”

Aqui, não existem muitas considerações a serem feitas, pois o inciso em questão já é bem claro.

Todavia, devemos apenas nos atentar para a hipótese do artigo 1659, I, do Código Civil (regra geral).

Neste caso, “[...] em vista do art. 1659, inc. I (art. 269, inc. I, do Código pretérito) os bens recebidos pelos cônjuges através de doação ou sucessão classificam-se como próprios, não se comunicando” (RIZZARDO, 2009, p.654).

Assim, na doação, herança ou no legado, no silêncio da pessoa que transmite o(s) bem(s), esse(s) irão somente para um dos consortes.

De outra forma, se “[...] o testador ou o doador atribuir expressamente a liberalidade a ambos os cônjuges, configura-se a comunhão. Há, então, uma derrogação da regra geral [...]. Sobressai a vontade de favorecer o conjunto familiar, e não apenas um cônjuge.” (RIZZARDO, 2009, p.654).

“IV- As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.”

Nesse caso, “as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge [...] incorporam-se ao patrimônio comum. As benfeitorias estão previstas no art. 96 do Código Civil de 2002, identificadas como ‘voluptuárias’, ‘úteis’ ou ‘necessárias’” (PEREIRA, 2009, p.224). Mas, o artigo 97 do mesmo diploma legal, “[...] exclui da categoria de ‘benfeitorias’ ‘os melhoramentos sobrevindos à coisa sem a intervenção do proprietário possuidor ou detentor’” (PEREIRA, 2009, p.224).

Dessa maneira, nos ensina Maria Helena Diniz:

[...] desde que haja presunção de que foram feitas com o produto do esforço comum, sendo justo, então, que seu valor se incorpore ao patrimônio comum. Com isso evita-se que haja enriquecimento indevido. O mesmo se diga das acessões (semeadura, plantação e construção) que também são acréscimos (alteração da redação do inciso IV do art. 1.660 a ser feita pelo PL n. 276/2007 – tal proposta, enquanto contida no PL n. 6.960/2002 – atual PL n. 276/2007 -, foi rejeitada porque “a acessão já esta prevista no inciso II do mesmo artigo, quando diz que entram na comunhão os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior”).

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

Nesta hipótese, a redação da norma do código anterior e do atual é igual.

“Só os bens, ou seja, o capital, é que constituem o patrimônio incomunicável do cônjuge. A escolha do regime da comunhão parcial visa, justamente, impedir a confusão do patrimônio atual e obter a confusão dos ganhos futuros.” (RODRIGUES, 1980 apud RIZZARDO, 2009, p.654).

É evidente que os rendimentos ou frutos dos bens individuais, e não somente dos comuns, comunicam-se durante o casamento por força desse regime.

De forma que “os aluguéis de um imóvel particular, ou que o cônjuge já tinha o domínio quando do casamento, pertencem ao casal, deles podendo usufruir igualmente, e receber as respectivas quotas, se não empregados nas despesas comuns.” (RIZZARDO, 2009, p.655).

Nesse contexto, Rodrigues (1980) apud Diniz (2009, p.173 e 174):

Frutos de bens particulares se comunicam. Assim sendo, p. ex., em uma sociedade anônima, havendo participação de um dos cônjuges (acionista) nos lucros sociais, oriunda de um investimento realizado com vista à remuneração periódica do capital empregado, mediante atribuição dos dividendos, pois tem direito de crédito eventual ao dividendo ou à parcela do lucro líquido, cuja concretização dependerá da existência daquele lucro, devidamente apurado e que lhe será distribuído em moeda. Como tais dividendos são frutos civis, resultantes do capital investido em empreendimento, entrarão para o patrimônio comum do casal, comunicando-se, portanto, ao outro cônjuge (não acionista). Porém, poder-se-á deliberar em assembléia que haja retenção do lucro. Hipótese em que o lucro retido, quando capitalizado, transformar-se-á em ações bonificadas, que constituirão o lucro distribuído ao acionista em espécie, na proporção do número de ações que possuir. As ações bonificadas de ações que não estejam gravadas de usufruto, inalienabilidade e incomunicabilidade, por ato de terceiro (doador ou testador), pertencerão ao proprietário das ações originais. E se este for, p. ex., casado sob o regime de comunhão parcial, as ações novas originárias das demais, como os dividendos, são frutos civis, portanto, comunicam-se ao outro cônjuge, por força de disposição legal. Os frutos civis deverão ser distribuídos ao acionista e partilhados com seu cônjuge sob a forma de: dividendos (em dinheiro) ou de ações bonificadas, resultantes de aumento de capital com capitalização de reservas (parcelas de lucro), de retenção de lucros e de lucros acumulados.

E, contudo, nesse sentido, também possuímos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar em um divórcio sobre verbas trabalhistas adquiridas por um dos cônjuges casados sobre o regime em foco.

Abaixo a ementa desse julgado:

“Direito civil e família – Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime da comunhão parcial de bens. Ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens é devida a meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 646.529/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, v.u., BOLAASP 2.480/3.969).

Há, nesse regime, outrossim, a presunção, quanto aos bens móveis, de que foram adquiridos na constância do casamento, se não houver prova de que foram adquiridos anteriormente, é o que veremos logo abaixo.

3.3.3 Presunção do artigo 1662 do Código Civil quanto aos bens móveis

Como no diploma civil pretérito (artigo 273), disciplina o atual diploma (artigo 1662), a regra quanto aos bens móveis: “No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.”

Logo, se não conseguir comprovar, mediante documento válido (como, por exemplo, nota fiscal de compra), de que os bens móveis foram adquiridos em data anterior, se aplicará esta presunção. Assim, trata-se, conforme Pereira (2009, p.225), de “presunção relativa”.

Por isso, “[...] a necessidade de o pacto antenupcial descrever minuciosamente os bens móveis, sob pena de se reputarem comuns.” (PEREIRA, 2009, p.225).

E, no mesmo raciocínio, aconselha Wald (1985) apud Rizzardo (2009, p.655): “Será conveniente um inventário minucioso dos bens já pertencentes a cada um dos cônjuges no momento do casamento, especialmente tratando-se de bens móveis [...]”

Portanto, “na dúvida e na ausência de prova, sempre torna-se incontroversa a qualificação dos bens móveis como comuns. Esta presunção beneficia os terceiros e dá segurança às relações com os cônjuges.” (RIZZARDO, 2009, p.656).

3.3.4 Administração dos bens e dissolução da sociedade conjugal na comunhão parcial

No Código revogado, a administração dos bens do casal competia ao marido, excetuados os reservados á mulher. Esta regra era trazida no artigo 274 do Código Civil de 1916: “A administração dos bens do casal compete ao marido, e as dívidas por este contraídas obrigam, não só os bens comuns, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado.”

Percebe-se, deste modo, que o artigo em questão era totalmente discriminatório, e, conseqüentemente, ofendia profundamente o princípio da igualdade. Entretanto, com a Constituição de 1988, este não persistiu, obviamente.

Assim sendo, hodiernamente, a administração do patrimônio do casal competirá “a qualquer dos cônjuges” (artigo 1663, “caput”, do Código Civil de 2002), em obediência ao disciplinado no §5º do artigo 226 da Lei Maior de 1988: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Dessa maneira, Maria Berenice Dias (2011, p. 238 e 239):

A **administração** do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (CC 1.663): § 1.º - pelas **dívidas** respondem os bens comuns e os particulares de quem está gerindo o acervo comum. Os bens do outro só respondem se obteve ele algum proveito em decorrência da dívida; § 2.º - a **cessão do uso ou gozo** de bem comum depende da concordância de ambos; § 3.º - em caso de **malversação**, ou seja, má administração, o juiz pode atribuir a gerência dos bens comuns a apenas um dos cônjuges. Conferir indistintamente a qualquer dos consortes a administração dos bens comuns atenta à igualdade constitucional. Não há como dar legitimidade a somente um para administrar bens comuns, inclusive com comprometimento patrimonial pelas dívidas. A possibilidade de os bens particulares do administrador não responderem pelas dívidas acaba esbarrando no **ônus da prova**. Sempre surgem questionamentos: A quem cabe comprovar se um obteve ou não proveito pela dívida contraída pelo outro? É ao cônjuge do devedor que cabe a prova da ausência do benefício, ou compete ao credor provar o beneficiamento? O fato é que, durante a convivência conjugal, presume-se que as dívidas contraídas pelo cônjuge são em favor da entidade familiar, sendo difícil a prova negativa.

Quanto à malversação dos bens, acrescenta Venosa (2010, p.337):

[...] Malversar significa fazer má administração, dilapidar bens. Se um dos cônjuges é um estróina que coloca em risco o patrimônio comum, pode ser afastado da administração, tal como em uma sociedade empresária. Como

se nota, há necessidade de decisão judicial. Não se esqueça de que se um dos cônjuges ocasionar prejuízo ao outro em sede de administração de bens, ficará obrigado a reparar o dano, nos termos gerais do art. 186, independentemente de aspectos que possam gerar indenização com a ruptura do vínculo do casamento, segundo defende parte da doutrina. Essa situação ora enfocada é daquelas que podem justificar a modificação do regime de bens no curso do casamento (art. 1639, §2º).

“Consoante o art. 1664, do presente Código, os bens comuns responderão pelas obrigações contraídas pelo marido e pela mulher para atender aos encargos do lar.” (VENOSA, 2010, p.337).

Por outro lado, quanto aos bens particulares, Messias de Carvalho (2009, p.126):

Os bens particulares são administrados por seu titular (art. 1665, 1ª parte, CC) e as dívidas contraídas para a sua administração, por qualquer dos cônjuges, em benefício destes bens, não obrigam os bens comuns. Os cônjuges podem, entretanto, convencionar em pacto antenupcial a administração dos bens próprios e particulares do outro (art. 1665, parte final, CC).

“Ainda, de acordo com o atual art. 1666, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.” (VENOSA, 2010, p.337).

Por fim, quanto à dissolução do vínculo conjugal sob esse regime, ocorrerá pela separação, divórcio, anulação ou nulidade do casamento, ou pela morte de um dos cônjuges.

E, seguindo esse contexto, leciona a doutrinadora Maria Helena Diniz (2009, p.176):

Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos consortes, os bens que eram de sua propriedade são entregues aos seus herdeiros. Havendo dissolução pela separação, divórcio ou anulação, os bens que constituem patrimônio comum serão partilhados; quanto aos incomunicáveis cada cônjuge retira o que lhe pertence. Não são, portanto, meeiros, visto que não têm carta de ametade como no regime de comunhão universal de bens.

Logo, passemos a análise do próximo regime de bens.

3.4 Comunhão Universal de Bens

“Este regime já se vulgarizava em nosso direito anterior. Aludia-se, no tempo das Ordenações do Reino, ao ‘casamento por carta metade’ ou casamento ‘segundo o costume do Reino’ [...]” (PEREIRA, 2009, p.227). “Como se sabe, esse era o regime legal até a entrada em vigor da Lei do Divórcio [...]. Justamente por isso, na prática, muitos casais, atualmente, são casados por esse regime, notadamente das gerações anteriores.” (TARTUCE e SIMÃO, 2010, p. 156).

Para o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2010, p.338):

Em boa hora, contra a corrente doutrinária conservadora na época, a lei que introduziu o divórcio (Lei nº 6.515/77) alterou o regime legal para o da comunhão de aquestos, modificando a redação do art. 258 do velho Código, regra agora mantida no Código de 2002. De fato, esse é o regime que mais se coaduna com o sentido do casamento, com o esforço comum. O sistema da comunhão universal como regime legal pode oferecer percalços e surpresas, podendo prejudicar um dos cônjuges, geralmente a mulher, no passado. Tendo o marido, naquela época, a regência da sociedade conjugal, poderia facilmente impor sua vontade, para dissipar os bens comuns e em especial os trazidos pela mulher. Na peculiar linguagem do sempre lembrado Washington de Barros Monteiro (1996:155), “*o regime da comunhão era ainda aquele que melhor favorecia as ambições dos caçadores e das pescadeiras de maridos ricos*”.

Assim, do acima mencionado, hoje, o aludido regime não é mais a regra geral, ou seja, o regime legal.

Ora, com o advento da Lei 6515 de 25 de dezembro de 1977, além do divórcio, também surgiu o regime da comunhão parcial de bens, e esta passou a ser o regime legal, conforme artigo 50 da retro citada Legislação; bem como o artigo 1640, do Diploma Civil atual, desse modo: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Pois bem, o artigo 1667 da atual Lei Civil, estabelece que: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Portanto, aqui, nos dias atuais, “[...] só pode ser estipulado por meio de pacto antenupcial [...]” (MESSIAS DE CARVALHO, 2009, p.126) e forma-se um único patrimônio, que surge da união de todos os bens (e dívidas) do marido e da mulher, abrangendo os anteriores as núpcias e assim como os adquiridos no decorrer das núpcias.

Dessa maneira, ensina Caio Mario da Silva Pereira (2009, p.230):

Neste regime, comunicam-se os bens móveis e imóveis que cada um dos cônjuges traz para a sociedade conjugal e bem assim os adquiridos na constância do casamento, tornando-se os cônjuges meeiros em todos os bens do casal, mesmo que somente um deles os haja trazido e adquirido. Comunicam-se igualmente as dívidas. Mas exclui-se da comunhão o que a lei especialmente menciona [...].

E, sobre o assunto, DANTAS (1991) apud RIZZARDO (2009, p.658):

A sua característica dominante é estabelecer entre os cônjuges uma comunicação dos bens e da parte passiva do patrimônio, e o que, daí por diante, qualquer um deles adquirir, adquire simultaneamente para si e para outro cônjuge, para a comunhão familiar.

“Há, praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir, especificar, ou localizar a propriedade nos bens” (RIZZARDO, 2009, p. 658).

Segundo Lafayette Rodrigues Pereira (1956) apud Diniz (2009, p.177 e 178), existem princípios que regem a comunhão universal, são eles:

1) Em regra, tudo que entra para o acervo dos bens do casal fica subordinado à lei da comunhão. 2) Torna-se comum tudo o que cada consorte adquire, no momento em que se opera a aquisição. 3) Os cônjuges são meeiros em todos os bens do casal, embora um deles nada trouxesse ou nada adquirisse na constância do matrimônio. Apesar de implicar a comunicabilidade de todos os bens presentes e futuros [...], admite esse regime, excepcionalmente, a exclusão de alguns, por terem efeitos personalíssimos ou devido a sua própria natureza.

Todavia, mesmo sendo um regime patrimonial, que como seu próprio nome contempla “de comunhão universal”.

Ou seja, possui uma abrangência maior que os outros, sobre todos os bens, presentes e futuros, um alcance universal; em algumas hipóteses, admite a não comunicabilidade de alguns bens, o que constitui patrimônio particular do esposo e patrimônio particular da esposa.

E, como já ficou demonstrado diante do exposto acima, todos os bens são incluídos nesta comunhão, sendo assim, o que não estiver contido nas hipóteses de exclusão, farão parte desta (da comunhão), por tal razão, neste caso, trataremos apenas dos casos de exclusão. Logo, são os bens trazidos no artigo 1668 do Código Civil, que será à frente estudado.

3.4.1 Bens afastados da comunhão

Consoante ao que descreve o artigo 1668 do Código Civil são retirados da comunhão:

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

Cuida-se daqueles bens que não são comunicáveis, não podem ser transmitidos, em razão de uma cláusula imposta pela pessoa que os transmite; e também, daqueles bens que são substitutos, adquiridos pela venda dos bens pretéritos. De tal modo que, por consequência, não farão parte da comunhão.

“A cláusula de incomunicabilidade pode ser imposta por terceiros em doação ou testamento. Geralmente, vem acompanhada das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade” (VENOSA, 2010, p. 339). Anteriormente, existia discussão na doutrina e jurisprudência sobre se a inalienabilidade, por ser mais vasta, abrangia as outras duas (incomunicabilidade e impenhorabilidade), hoje, não há mais dúvida, com a edição da Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”.

Entretanto, “salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima” (artigo 1848 do Código Atual).

Ou seja, como a legítima é a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros, igualmente, não poderá gravá-la com tais cláusulas, salvo justo motivo.

No caso em foco, Tartuce e Simão (2010, p.157), entendem ser possível a venda desses bens ao outro cônjuge, portanto:

Entendemos que, em regra, é possível a venda desses bens, desde que não haja simulação (causa de nulidade absoluta), fraude contra credores (causa de nulidade relativa ou anulabilidade), ou fraude a execução (causa de ineficácia). Vale lembrar que a incomunicabilidade não gera a inalienabilidade do bem, e que o art. 499 do CC autoriza a venda entre os cônjuges quanto aos bens excluídos da comunhão. Mais uma vez consigne-se que as limitações à autonomia privada devem constar necessariamente de lei.

Ainda, “o art. 1.669 realça que a incomunicabilidade não se estende aos frutos dos bens gravados, quando se percebam ou vençam durante o casamento. Para que também os frutos restem incomunicáveis, é necessária disposição expressa [...]” (MONTEIRO, 1996, apud VENOSA, 2010, P.339).

Quanto à sub-rogação, de maneira brilhante, Zeno Veloso (1997) apud Pereira (2009), a identifica como:

[...] “sub-rogação real”, ou seja, uma coisa substituída pela outra, admitindo duas hipóteses: “direta” e “indireta”. A “direta” consiste na saída de um bem e a entrada de outro no patrimônio de um dos cônjuges, através de um mesmo ato jurídico, utilizando-se um único instrumento e a troca ou permuta são exemplos expressivos deste caso. A “indireta” é aquela que se verifica quando o bem adquirido através de um negócio jurídico deu-se com o produto da alienação de um bem próprio, por outro negócio jurídico.

Enfim, muito embora a lei tenha se calado, com base no artigo 547 do Diploma Civil atual, também “são incomunicáveis os bens doados com a cláusula de reversão” (RIZZARDO, 2009, p.659).

“II – Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;”

Neste, utilizaremos a explicação do professor Dimas Messias de Carvalho (2009, p.127 e 128):

O Fideicomisso é uma das formas de substituição de herdeiros e ocorre quando o testador, denominado fideicomitente, estabelece que por ocasião de sua morte, sua herança ou legado seja transmitida ao herdeiro fiduciário, de forma resolúvel e restrita, para que por sua morte, a certo tempo ou condição, transfira os bens para outro herdeiro, denominado fideicomissário, que recebe a herança ou legado em definitivo (art. 1.951, CC). O fideicomissário, portanto, enquanto não realizada a condição, possui apenas um direito eventual, que pode não se consolidar se vier a falecer antes do fiduciário ou renunciar (art. 1.955 e 1.958, CC), caso em que a propriedade permanecerá em definitivo com o fiduciário, não existindo substituição. O fiduciário também não possui a propriedade definitiva, pois os bens gravados de fideicomisso serão transferidos ao fideicomissário quando resolvida a condição. Assim, tratando-se de direito eventual, enquanto não resolvida a condição, é incomunicável. O Código Civil atual somente permite a substituição fideicomissária em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, ou seja, em favor da prole eventual de pessoas certas (art. 1.952).

Logo, como se trata de direito eventual, pois há condição para que se possa adquirir a propriedade desses bens, dessarte, enquanto não realizar-se esta (condição), não haverá comunicação.

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

“Pelos débitos anteriores ao matrimônio, que não se comunicam, responde, exclusivamente, o devedor com os seus bens particulares ou com os bens que ele trouxe para a comunhão conjugal” (DIAS, 2009, p.179).

E, excepcionalmente, se provar que as dívidas são provenientes de custos como, por exemplo, “para a aquisição do imóvel de residência do casal, bem como os bens destinados a guarnece-la [...] e ainda que tenham sido destinadas às despesas para a realização do casamento ou em benefício dos cônjuges” (CARVALHO FILHO, 2008, apud PEREIRA, 2009, p.232), se compartilharam.

Sendo assim, aquelas dívidas anteriores ao casamento, via de regra, não se comunicam.

Todavia, se essas forem contraídas por motivo do casamento, ou por outra razão, reverterem-se em favor do casal, tais débitos entrarão na comunhão.

Outrossim, a súmula 251 do Superior Tribunal de Justiça, em matéria tributária, disciplina que: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou o casal.”

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

Nesta, o motivo continua igual ao que é em todas as causas onde é imposta a cláusula de incomunicabilidade, mesmo que o doador seja o outro consorte.

“Convém, entretanto, ter em conta se a doação não constitui uma forma de fraude à execução, conforme as hipóteses do art. 593 do Código de Processo Civil, ou de fraude contra credores, de acordo com as regras dos arts. 158 e 159 [...]” (RIZZARDO, 2009, p.661).

“V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1659.”

Aqui, de acordo com Dimas Messias de Carvalho, não se comunicam:

[...] Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, devido ao cunho pessoal e por se tratarem de bens personalíssimos, incluindo, ainda, os bens de herança necessária, quando existir justa causa para estabelecer cláusula de incomunicabilidade (art. 1.848, CC) e os direitos autorais do autor, salvo se estipulado em contrário no pacto (art. 39 da Lei 9.610/98). A incomunicabilidade dos bens não se estende aos frutos, quando recebidos ou vencidos durante o casamento como, p.ex., a safra de bens comunicáveis colhida após o casamento e os aluguéis, acolhendo o princípio de que torna-se comum tudo o que cada cônjuge adquire no momento em que se opera a aquisição. É o que determina o art. 1669 do Código Civil [...].

Portanto, assim como na comunhão parcial, esses bens não participaram do acervo comum.

Ou seja, os bens referidos nos acima aludidos incisos estão excluídos dessa comunhão.

3.4.2 Administração dos bens e dissolução da sociedade conjugal na comunhão universal

Todos os bens remanescentes da relação dos expressamente retirados são de propriedade do casal. Ambos os cônjuges são condôminos.

São donos da parte ideal sobre o todo desses bens, sem que possa qualquer deles querer a divisão e dispor individualmente de sua parte.

Por fim, no tocante a administração dos bens, á esse regime, aplicam-se ás mesmas regras da comunhão parcial de bens (artigo 1670, do Código Civil).

A dissolução ocorre, assim como nos demais regimes, com á “[...] morte de um dos cônjuges, pela sentença de nulidade ou anulação do casamento, pela separação e pelo divórcio” (DINIZ, 2009, p. 181).

E, não obstante, enquanto não for feita a divisão do ativo e do passivo, na extinção, cada cônjuge será responsável pelas dívidas do outro; é o que prescreve o artigo 1671 do Novo Diploma Civil: “Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro”.

3.5 Participação Final nos Aquestos

“Aquesto, do latim *acquisito*, é a denominação dada aos bens que foram adquiridos após o matrimônio, na vigência do casamento, presumindo-se o esforço de ambos os consortes” (MESSIAS DE CARVALHO, 2009, p.130).

Este é para o direito brasileiro uma inovação, pois não há previsão na legislação passada. Também substituiu o antigo regime de dote.

Entretanto, embora uma novidade para nós, Zeno Veloso (1997), apud Pereira (2009, p. 235), informa que, “sua origem está no direito costumeiro húngaro, tendo sido adotado pelos países escandinavos: Suécia, Finlândia, Dinamarca e Noruega [...]. Na Suécia é o regime legal desde 1920 e é regime supletivo legal, na Alemanha, desde 1957”.

No entanto, é regime bastante criticado pela doutrina majoritária, neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite, acrescenta (2005, p.349):

Tudo indica, pois, como já demonstrado pela doutrina e jurisprudência francesas (onde o regime se revelou um enorme fracasso) que, além dos aspectos negativos do regime, “que lhe são inerentes”, o regime tem sido empregado de maneira muito limitada, só “satisfazendo futuros cônjuges aos quais pode-se prever a manutenção da igualdade de fortuna, em capitais e rendas, durante toda a união”.

Para a Doutora Maria Berenice Dias (2011, p.243), “trata-se de regime misto, híbrido, que reclama **pacto antenupcial**. O regramento é exaustivo (CC 1.672 a 1.686) e tem normas de difícil entendimento, gerando insegurança e muitas incertezas”.

Com fortes argumentos contrários, Venosa (2010, p.342), entende que este regime “desaparecerá e não fará falta alguma com o Estatuto das Famílias. [...] Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura [...]”.

Já, Maria Helena Diniz (2009, p.183), indica que “esse regime matrimonial será útil a cônjuges que exerçam atividade empresarial ou que tenham considerável patrimônio ao convolarem as núpcias [...]”.

Caio Mario da Silva Pereira, traz a seguinte observação:

O legislador, ao buscar subsídios na Doutrina Estrangeira, quis trazer para o nosso Direito experiência internacional não coerente com a estrutura econômica de nosso país, onde, por mais otimistas que sejam os discursos oficiais, vivemos o fantasma da inflação, a qual será sempre o vilão das partilhas de bens neste novo regime matrimonial.

Como visto, é regime amplamente criticado pela doutrina em peso. E também pouco procurado pelos casais, na prática. Pois, pelo seu grau de complexidade, e, ainda, por existirem muitas dúvidas na doutrina, e na própria jurisprudência, quanto a sua realidade jurídica, a aplicação deste torna-se muito confusa. Todavia, mesmo sob esse prisma de dificuldades tentaremos ao menos demonstrar um pouco a respeito do aludido regramento.

Pois bem, á esse regime aplicam-se as regras da comunhão parcial e da separação de bens, uma mescla entre os dois institutos. E, como mencionado, sua constituição requer contrato antenupcial.

Assim, durante o casamento, aplicam-se as regras da separação de bens, o marido conserva um patrimônio particular, e a mulher conserva um patrimônio particular, ambos administram individualmente e livremente seus bens próprios (particulares).

De outro modo, quando da dissolução da vida de casado, cada um deles terá direito a metade daqueles bens adquiridos á título oneroso pelo outro, no decorrer do convívio, ou seja, no desfazimento da união aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens.

Aliás, em conformidade com o artigo 1682, do Novo Diploma Legal, “O direito a meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial”.

Desse modo, o direito a meação de cada consorte, não admite renúncia, cessão e penhora, no transcorrer da vida conjugal. Porém, uma vez extinta a sociedade conjugal, este direito esta apto para ser negociado ou ser objeto de execução, livremente.

Sobre o tema, explicam de maneira clara, Oliveira e Muniz (2000, p. 351-2):

Na fase de nascimento e desenvolvimento do regime, ele funciona como o de separação de bens. O princípio de separação polariza esta fase. Do início ao fim do regime, cada um dos cônjuges é proprietário dos bens que levou para o casamento e de todos os adquiridos na sua constância, qualquer que seja o título de aquisição [...]. A idéia de participação recíproca nos aquestos polariza o regime na fase de dissolução. Portanto, na ocasião e para o efeito de dissolução do regime, cada cônjuge participa dos ganhos (participação por metade) do outro. Trata-se de um crédito futuro de participação que deve ser qualificado como um direito expectativo.

Além disso, “o cálculo dos aquestos será realizado através da determinação do patrimônio originário e do patrimônio final, levando-se à partilha o saldo dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p.269).

Nestes moldes, os retro citados doutrinadores, exemplificam, perfeitamente, o presente caso, Oliveira e Muniz (2000, p.356):

Exemplificando: se o marido tem um patrimônio originário de 1.000.000 e um patrimônio final de 1.700.000, enquanto a sua esposa tem patrimônio inicial de 500.000 e final de 800.000, considerando que todos os bens foram adquiridos onerosamente (por compra e venda, por exemplo) durante a convivência do casal, percebe-se que ela terá direito a 350.000 em relação ao patrimônio dele (porque foram adquiridos 700.000 na constância da conjugalidade) e ele fará jus a 150.000 em relação aos bens dela (porque ela acresceu 300.000 durante o casamento). Assim, compensando-se os aquestos (um valor com o outro), obtém-se um resultado de 200.000 em favor da esposa.

Percebe-se que, “[...] o direito que cada consorte tem não é sobre o acervo patrimonial do outro, mas sobre o saldo eventualmente apurado, após a compensação dos acréscimos de bens a título oneroso [...]” (FARIAS e ROSENVALD, 2008, p.269), obtidos na constância matrimonial.

Conforme, Alexandre Guedes Alcoforato Assunção (2002, p. 1491), ainda neste assunto, “a jurisprudência vem firmando posição no sentido de que a legitimação para a comunicabilidade dos bens é a convivência dos cônjuges”.

Na partilha, deve-se esta alerta para as regras atinentes aos direitos sucessórios dos consortes, prevista nos artigos 1829 a 1831 da Lei Civil.

No tocante a administração do patrimônio, bem como na dissolução deste regime, Messias de Carvalho (2009, p.133 e 134):

Cada cônjuge administra exclusivamente os bens próprios, podendo alienar livremente os móveis (art. 1.673, parágrafo único, CC), bem como os imóveis, se autorizado na convenção nupcial (art. 1.656, CC); entretanto, se não ocorrer autorização expressa, os imóveis só podem ser alienados mediante autorização do outro, aplicando a regra geral que só exclui a outorga na separação absoluta (art. 1.647, I, CC). As dívidas são respondidas exclusivamente pelo cônjuge que as contraiu após o casamento, salvo se provar que foi revertida em proveito do outro (art. 1.677, CC) e, se um deles solveu dívida do parceiro com bens de seu patrimônio, poderá imputá-la atualizada na meação do beneficiado na apuração do aquesto (art. 1.678, CC). O parceiro não responde, nem seus herdeiros, pelas dívidas do outro cônjuge quando superiores à sua meação (art. 1.686, CC), desde que não foi também em seu benefício, se o parceiro for beneficiado, responderá até o que obteve. Nas doações feitas por um cônjuge sem autorização do outro, poderá ser reivindicado o valor pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros ao se determinar o montante dos aquestos (art. 1.675, CC) [...]. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge que constar no registro, cabendo-lhe comprovar a aquisição regular caso a titularidade seja impugnada [...] (art. 1.681e parágrafo único, CC) [...]. Na divisão dos aquestos, se for inconveniente pela natureza dos bens, os consortes poderão optar pela reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário ou, na impossibilidade, serão avaliados e alienados judicialmente, conforme determina o art. 1.684 do Código Civil [...].

Enfim, o artigo 1686, do Novo Código, termina o capítulo, dispondo que “as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros”. Deste modo, reporta-se à ocasião posterior a dissolução do vínculo matrimonial, onde incumbe ao devedor (ou cônjuge) provar que o valor da dívida supera o valor da meação.

3.6 Separação de Bens

Neste regime prevalece a não comunicação de quaisquer bens dos cônjuges. Ou seja, mesmo aqueles bens adquiridos durante a constância da vida conjugal não integrarão o patrimônio comum, mesmo que ambos tenham contribuído para tanto, pois, aqui, em regra, não há patrimônio comum, existindo apenas bens próprios de cada um deles.

Portanto, “existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher” (DINIZ, 2009, p. 191).

E, conforme definição de Sílvia Rodrigues (1987, p. 204): “Regime de separação de bens é aquele em que os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração de seus bens presente e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento.”

Encontra previsão nos artigos 1641, 1687 e 1688 do Código Civil.

Quanto à administração dos bens, “podem os cônjuges, livremente, alienar ou gravar de ônus real os seus bens, inclusive os imóveis, permanecendo sob a administração exclusiva de cada um” (PEREIRA, 2009, p. 243).

Já na dissolução do matrimônio sob esse regime, cada um dos cônjuges receberá aquilo que era seu patrimônio separado.

Ainda, o regime em estudo se divide em duas modalidades: separação convencional (ou contratual) e separação obrigatória (ou legal). A primeira é prevista nos artigos 1687 e 1688, e a segunda é disciplinada no artigo 1641, todos do Código Civil.

Não obstante, nesta primeira modalidade, os nubentes estarão obrigados a realizar o pacto antenupcial, e, caso desejarem, poderão estipular regras diferenciadas para os bens. Outrossim, o ilustre doutrinador, Dimas Messias de Carvalho (2009, p. 135 a 137), traz uma subdivisão em relação a esta modalidade:

[...] Regime de *separação convencional*, [...] pode subdividir-se em *separação absoluta* ou *pura* e *separação relativa* ou *limitada* [...]. [...] *Regime de separação convencional absoluta de bens*, trata-se em regra, de um regime de estrutura simples, estabelecendo a incomunicabilidade de todos os bens anteriores ou adquiridos após o casamento, inclusive frutos e rendimentos, conservando, cada cônjuge, a integral e exclusiva administração, sendo denominado ainda de *separação total ou pura de bens*. Exige-se, para caracterizar este regime, que conste expressamente a incomunicabilidade absoluta de todos os bens, presentes e futuros. [...] O *regime de separação convencional relativa de bens*, também denominado de regime de *separação parcial ou limitada*, ocorre quando os cônjuges convencionam o regime de separação de bens, mas excluem bem determinados da incomunicabilidade, ou dispõem que os frutos se comunicam ou, ainda, não estipulam que a separação será absoluta, preferindo discriminá-los. No silêncio do pacto os bens se comunicam, observando os princípios do regime da comunhão parcial (art. 1640, CC) [...].

De outra maneira, se for caso de separação obrigatória, que é imposta aos nubentes pela Lei, eles deverão obedecer às regras já constituídas; logo, não há o referido pacto, pois esta imposição restringe a liberdade de escolha de ambos.

Desse modo, para separação legal, o artigo 1641 do Novo Código, traz às seguintes hipóteses:

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

No inciso primeiro, impõe-se o regime forçado para as pessoas que não se atentarem para aquelas causas que possam suspender a celebração do casamento, esses motivos estão descritos no artigo 1523, e seu parágrafo único, da aludida Lei.

O segundo inciso (objeto do nosso estudo), fixa o mencionado regramento de bens para pessoas que possuam 70 (setenta) anos ou mais, no momento em que forem dar entrada no procedimento para habilitação do casamento no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

No entanto, até a entrada em vigor da Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, a idade em foco era de 60 (sessenta) anos. No mais, no Código pretérito, fazia-se distinção entre homem e mulher, ou seja, 60 (sessenta) anos para o homem, e 50 (cinquenta) anos para a mulher (artigo 258, parágrafo único, inciso II, do CC de 1916), hoje, não mais, em razão do princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Há, todavia, em que pese às discussões, exceção no próprio ordenamento jurídico, a essa regra da limitação da escolha para os septuagenários, através de interpretação teleológica, como bem descreve Arnaldo Rizzardo (2009, p. 680):

Há, quanto ao regime da separação obrigatória, a exceção do art. 45 da Lei do Divórcio: “Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28 de julho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil”. Em duas hipóteses, conforme os termos acima, faculta-se a eleição de qualquer regime matrimonial: a) se o concubinato ou a vida em comum iniciou antes de 28.06.1977, data da Emenda Constitucional nº 9, que introduziu o divórcio na Constituição, perdurando por mais dez anos; b) embora o lapso temporal inferior, caso da união tenham resultado filhos.

Assim, aplica-se, nos dias atuais, teleologicamente, o artigo 45 da Lei 6515/77 combinado com o artigo 1640 do Código Civil hodierno, para afastar a imposição legal.

Nesse contexto ainda, apesar de haver desentendimentos sobre sua aplicação, a súmula 377, editada pelo Supremo Tribunal Federal, excepciona ao dizer: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Já o terceiro e último item, aplica-se aos menores de idade que ainda não atingiram a idade núbil, ou seja, 16 (dezesseis) anos.

O suprimento judicial serve para completar a falta de idade mínima de um, ou de ambos os nubentes para se casar.

Mas, neste caso, não se abrangem “[...] aqueles menores entre dezesseis e dezoito anos, cujos pais ou representantes negam a autorização, e deve intervir o juiz – arts. 1.517, parágrafo único, e 1.631, parágrafo único [...]” (RIZZARDO, 2009, p. 680).

3.7 Regime Dotal e Bens Reservados

A partir de 2003, obviamente, com a entrada em vigor da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o regime em epígrafe não pode ser mais instituído, bem como, os bens reservados.

No entanto, aqueles regimes dotais, desde que não tenham sido alterados, e os bens reservados a mulher, já estabelecidos, não podem ser desfeitos.

Sendo assim, nesta espécie ora tratada, os pais, terceira pessoa ou a própria nubente, apanhava um conjunto de bens e oferecia ao homem, para que este aceitasse desposar a mulher. Dissolvido o casamento, o bem voltava ao dotador.

E, mediante definição fornecida por Arnaldo Rizzardo (2009, p.682):

Por meio dele, o marido recebia um conjunto de bens, a fim de que utilizasse os frutos e rendimentos produzidos para atender os encargos da vida familiar. Devia ele, quando da dissolução da sociedade conjugal, efetuar a devolução. Ou seja, a sua nota específica ou caracterização estava no fato de trazer a mulher para a nova família uma quantidade de bens, a qual se destinava, enquanto mantida a sociedade conjugal, a concorrer para o atendimento de suas despesas e encargos. A denominação provinha de dote, que significava a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transferia ao marido, o que se dava no casamento, objetivando contribuir ou ajudar nas despesas do casal. A doação era feita pela mulher, ou por seus pais, ou, inclusive, por terceiros.

Corroborando com o entendimento, Venosa (2010, p. 348):

O dote, como os demais pactos antenupciais, também se constituía por escritura pública. O dote podia conviver com os outros regimes [...]. A mulher somente podia constituí-lo por pacto antenupcial. Os bens dotais passavam a coexistir com os bens do casal. O dote podia ter a cláusula de reversão, determinando o retorno dos bens ao dotador, no desfazimento da sociedade conjugal. [...] A mulher conservava a propriedade, administração e gozo e livre disposição desses bens, com exceção dos imóveis, no que se referia à alienação.

No tocante aos bens reservados, “[...] foi uma forma de proteção à mulher para compensar dispositivos que a colocavam em situação de inferioridade [...] perante o marido, introduzindo-se [...] por força do *Estatuto da Mulher Casada* (Lei 4.121/62)” (Veloso, 1997, p. 99).

Esses bens eram privativos da mulher no Diploma Civil anterior, se referiam “[...] ao exercício de profissão distinta do marido (art. 246, Cód. Civil de 1916), constituindo, o seu produto, patrimônio separado, qualquer que fosse o regime de bens [...]” (MESSIAS DE CARVALHO, 2009, p. 139).

Não obstante, como evidente, o instituto dos bens reservados e do regime de dotes fere o princípio da igualdade na relação entre os cônjuges, ou seja, afronta à isonomia de direitos e obrigações entre homem e mulher na constância do matrimônio, razão pela qual foram abolidos do Novo Ordenamento Civil.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL

Há algum tempo na doutrina, surgiu um debate sobre a constitucionalidade, ou não, do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil. Pois, segundo eles, haveria (ou não), uma inconstitucionalidade material neste inciso.

Ou seja, a matéria tratada neste inciso afrontaria (ou não) os princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Pois bem, na Lei Civil anterior, a limitação da liberdade de escolha dos nubentes com idade avançada, era disciplinada no artigo 258, parágrafo único, inciso II (Código Civil de 1916).

Além disso, tal diploma fazia uma distinção entre homens e mulheres, assim, a idade era de 60 (sessenta) anos para os homens, e 50 (cinquenta) anos para as mulheres.

O principal motivo ensejador, daquela época, para tal limitação, bem como diferenciação, eram que, as mulheres e homens que atingissem tais idades, poderiam ser mais facilmente ludibriados, enganados.

E, conseqüentemente, evitar que referidas pessoas se casassem com alguém que só estava interessado em seu patrimônio, ou seja, evitar o famoso “golpe do baú”. E, como a figura do varão (do marido, homem) era exaltada no ordenamento pretérito, sua idade limitadora era maior do que a da mulher.

Mas, com a chegada da Nossa Constituição Federal, no ano de 1988, vários preceitos se modificaram, e, por derradeiro, essa regra sofreu algumas modificações, quais sejam, homens e mulheres foram equiparados em direitos e obrigações.

Logo, a idade limite passou a ser de 60 (sessenta) anos, tanto para eles como para elas. Todavia, como dito, tal limitação etária para escolha do regime de bens pelos nubentes, persistiu, com os mesmos fundamentos do passado (impedir o “golpe do baú”).

Em 09 de dezembro de 2010, entra em vigor a Lei 12.344, que eleva essa idade limite para 70 (setenta) anos, em razão do aumento da expectativa de vida do brasileiro. Porém, persistiu à limitação.

Isto posto, passaremos a expor abaixo, os argumentos contrários e favoráveis sobre o tema em epígrafe.

4.1 Argumentos Favoráveis e Contrários a Constitucionalidade do Artigo 1641, Inciso II, do Código Civil

Sobre o tema, como afirmado anteriormente, existem posicionamentos divergentes na doutrina. De um lado, há quem defenda a constitucionalidade da norma em questão; e de outro, quem defenda que esta regra não é constitucional.

Os primeiros (contrários) alegam, dentre outros motivos, que não há motivo justificável para tão grave intercessão na esfera patrimonial da pessoa septuagenária.

Pois esta pessoa é inteiramente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, principalmente nos dias atuais, em face da ampliação da expectativa de vida dos brasileiros.

Portanto, à norma atenta de maneira intensa à liberdade individual, à dignidade da pessoa humana e a igualdade, por presumir, na prática, a incapacidade da pessoa que atinge aquela faixa etária.

Hodiernamente, ao que parece, o referido posicionamento, que defende à inconstitucionalidade da norma em questão, na doutrina, alcança amplitude bastante considerável.

Os segundos (favoráveis), afirmam que os motivos ensejadores de tal regramento, são plenamente justificáveis.

Pois a regra questionada visa impedir casamentos motivados unicamente pelo interesse nos bens do outro. Logo, seria uma restrição de natureza protetiva (proteção do idoso e seus bens).

Assim, iniciamos á discussão com os argumentos favoráveis, ou seja, que concluem pela constitucionalidade desta imposição obrigatória ao idoso.

4.1.1 Argumentos favoráveis

À regra da separação de bens para a pessoa que atinge tal idade, é constitucional, para os defensores desta corrente de pensamento, em função da proteção que ela concede ao idoso e á seu patrimônio.

Para essa corrente, retirar tal imposição removeria uma forte defesa jurídica do idoso em relação ao seu patrimônio, e a ele próprio.

Como indica Venosa (2010, p. 326):

[...] 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.

Ora, é certo que, a grande maioria da população brasileira, na atualidade, que esta com 70 (setenta) anos ou mais, no passado, não teve oportunidade de estudar, e somente trabalhou a vida toda. E, tranquilamente, juntados a falta de conhecimento, com a idade avançada, certamente, seria presa fácil para mentes ardilosas.

Por tal motivo, não se pode falar que, nos dias atuais, o idoso estaria menos vulnerável. Pois no que se refere à educação, conhecimento, a situação nacional não é essa; ou seja, atualmente, pessoas idosas bem instruídas, são minoria, não a maioria em nosso país, infelizmente.

Portanto, na realidade brasileira, não se pode, ainda, sustentar que, mediante a grande quantidade de meios de comunicação e informação, exista á presunção de que nenhum idoso, agora, vai ser facilmente enganado (como acontecia no passado), que o idoso de hoje, não é mais vulnerável.

É o que aborda Barruffini (2008, s.p.):

Uma é a situação do sexagenário pertencente às classes sócio-econômicas mais abastadas. Se se encomendasse uma pesquisa, constatar-se-ia que esta categoria de sexagenários, em regra, dedicou-se aos trabalhos intelectuais, que lhe exigiram o uso constante das faculdades mentais, seja pela necessidade perene de estudo e atualização, seja pela complexidade dos trabalhos que lhe foram submetidos no decorrer de sua trajetória profissional. Portanto, é natural supor que aos 60, 70, 80 anos, dificilmente estará em situação de vulnerabilidade. Porém, num país desigual como o Brasil, essa parcela corresponde a uma minoria. Distinta dessa minoria é a situação de um trabalhador braçal, de um metalúrgico ou de um motorista (todos, geralmente, com baixo grau de instrução) que conseguiram amediar algum patrimônio ao cabo de suas vidas. Com relação a eles, certamente, há uma probabilidade maior de vulnerabilidade na hipótese visada pelo legislador, resultado do baixo grau de instrução, do desconhecimento da lei, da falta de recursos [...].

É, outrossim, intuito de se evitar o esquecimento de valores consagrados para o ser humano, quais sejam, afeto, família, comunhão de vida (dentre outros). Caso contrário, também se estaria ferindo a dignidade da pessoa humana (o material prevalecendo sobre o pessoal).

Dessa maneira, embora contrários, Tartuce e Simão (2008, p. 154 - 155):

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.

Assim sendo, seriam irreparáveis os prejuízos causados, por exemplo, ao septuagenário, viúvo, que ao longo da vida adquiriu um patrimônio razoável, e casando-se novamente, com pessoa na qual estava apenas interessada em seus bens, não possuindo nada, ludibria-lhe e o faz se casar sob algum regime no qual se comuniquem os bens.

Posteriormente, poderá ser dissolvida essa sociedade conjugal, e, facilmente, o cônjuge alzo poder levaria parte desses bens. Certamente, tal situação ainda é possível de ocorrer na prática.

Destarte, também na defesa desta norma, encontramos na doutrina, o nobre jurista Zeno Veloso, tratando do assunto, na sua obra “Regimes Matrimoniais de Bens”, quando ainda estava vigente a disposição pretérita no Código Civil Atual.

Desta maneira, argumentava o ilustre jurista (2008, p. 32):

Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...] Achamos, porém, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência [...].

Muito embora, era contrário a esta imposição legal, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda apud Zeno Veloso (2008, p. 31), dizia que:

Para evitar explorações consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum.

Ainda, Ênio Santarelli Zuliani (2002, p. 36), defende que a manutenção desta norma é legítima, em prol da segurança jurídica, desse modo:

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.

E, na jurisprudência, nesse sentido, encontramos, mesmo que não tenha sido pronunciamento expresso sobre a constitucionalidade, na época, do artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Diploma Civil revogado. O acórdão foi prolatado pela Ministra Relatora Nancy Andrichi no Superior Tribunal de Justiça.

No caso acima apresentado, a Excelentíssima Relatora, Ministra Nancy Andrighi, prolatou decisão sob o seguinte fundamento (REsp., 2001, s.p.):

[...] Viola o art. 258, inciso II do Código Civil a disposição patrimonial gratuita (simulação de contrato de compra e venda, encobrendo doação) que importe comunicação de bens não adquiridos por esforço comum, independente da natureza do negócio jurídico que importou em alteração na titularidade do bem, porque é obrigatório, no casamento do maior de sessenta anos, o regime obrigatório de separação quanto aos bens entre os cônjuges. [...] Tratando-se de ato simulado malicioso, com infração de ordem pública, de natureza protetiva de uma das partes, esta - que pretendeu contornar a norma protetiva, instituída em seu favor, buscando renunciar o favor legal por via transversa - tem legitimidade para requerer sua declaração de nulidade. [...] Há possibilidade jurídica no pedido de supressão da doação, ainda que esta não tenha sido feita por escritura pública, porque a causa de pedir é a invalidade do negócio jurídico que importou em transferência gratuita de bem imóvel, e, em conseqüência, de todos os atos que o compõem, violadores do regime obrigatório de separação de bens do sexagenário. O fundamento jurídico da nulidade do contrato que importou em disposição patrimonial é o distanciamento, a burla, a contrariedade do regime do art. 258, II do Código Civil.

O que, conforme nota-se da decisão acima, fica demonstrado, mais uma vez, o cunho protecionista da legislação, em defesa das pessoas enquadradas naquela faixa etária, que desejando se casar, não fiquem desamparadas legalmente, diante de pessoas capciosas.

E, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva (2002, p. 1455):

A manutenção do inciso II foi justificada pelo Senador Josaphat Marinho, não em razão de suspeita de casamento por interesse, nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.

Contudo, sobre o fator discriminatório de tal regramento, defendido por aqueles que acreditam ser a matéria inconstitucional, o Douto publicista Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 17), aconselha:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os

valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Ademais, “sem embargo, não é raro observar, na prática, jovens de 15 anos agindo como se 20 tivessem. Ainda assim, ninguém se arvora a dizer que a lei é inconstitucional por considerá-lo incapaz [...]” (BARRUFFINI, 2008, s.p.).

Enfim, trata-se, “[...] de norma cultural e socialmente aceita, pois dificilmente o leigo se espanta ao dela tomar conhecimento. Pelo contrário, reconhece-lhe razoabilidade” (BARRUFFINI, 2008, s.p.).

Posto isto, agora passaremos a tratar daqueles posicionamentos que defendem a inconstitucionalidade da presente norma, ou seja, os argumentos contrários.

4.1.2 Argumentos contrários

Como foi dito anteriormente no início deste tópico, a doutrina, no que concerne a inconstitucionalidade do retro citado inciso, parece ser majoritária.

Para essa corrente, a imposição de uma regra que restringe a liberdade dos cônjuges em razão da sua idade avançada, fere princípios constitucionais. Tal disposição colide frontalmente com os preceitos da igualdade e dignidade da pessoa humana, bem como o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Então, trataremos aqui dos argumentos que justificam o pedido de declaração de inconstitucionalidade para o aludido dispositivo.

Assim, Farias e Rosenvald (2008, p. 221):

Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade da pessoa humana.

Logo, pelo fato de ser idoso, o nubente, tem maturidade o bastante para decidir sobre sua vida, e, principalmente quanto ao seu patrimônio. Ora, se, no caso, por exemplo, um menor púbere, relativamente capaz, mediante o consentimento de seus representantes legais pode se casar, e inclusive, deliberar sobre qual regime de bens quer adotar, porque o septuagenário não poderia?

E, para complementar, esta pessoa, obviamente, maior de idade, e absolutamente capaz para praticar todos os atos da vida civil, possui experiência de vida maior do que os mais novos.

Ainda, se o pretendente idoso, tranquilamente, pode praticar todos os demais atos da vida civil (comprar e vender, doar), não encontrando barreiras por conta de sua idade, conseqüentemente, o ato de escolha do regime de bens no casamento, seria apenas mais um.

Portanto, à liberdade de opção não poderia ser tolhida em função da idade avançada dos nubentes. Caso contrário, esta se ferindo o preceito constitucional da igualdade, pois, cria-se uma desigualdade onde não há.

Neste sentido, se expressa Maria Helena Diniz (2009, p. 193):

Mas não se pode olvidar que o nubente, [...] 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 [...].

Além disso, colaborando à cerca do tema, apesar dos comentários se referirem à lei anterior, são ainda muito pertinentes, Silvio Rodrigues (1980), apud Diniz (2009, p. 193):

É verdade, que a proibição não se circunscreve apenas ao casamento de mancebo com sexagenária, ou ao casamento de sexagenário com mulher jovem, casamentos esses em que, mais frequentemente, a busca de vantagem material se manifesta, porém abrange o casamento da mulher e do homem com mais de 60 anos. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprover.

Entretanto, além do preceito acima descrito, tal norma, agride o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, impondo tal condição para quem possui idade igual ou superior a 70 anos, cria-se para estas uma incapacidade para determinados atos, por presunção absoluta.

Esse foi o entendimento dos juristas participantes da Primeira Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, conforme seu enunciado 125 (CJF/STJ, s.a., p.19):

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.

Ora, julga-se que, por conta de sua idade, à pessoa passa a ter menos capacidade, menor discernimento para saber se esta sendo enganada pelos outros.

Discrimina-se o ser humano por conta de sua idade, sob o mero fundamento de que, por ser idosa, é mais vulnerável, o que não é a realidade atual.

E, desse modo confirma Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 197):

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

Nessa mesma linha de pensamento, Tartuce e Simão (2010, p. 165):

[...] O dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. Ademais, entendemos que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da *melhor idade* casar-se com quem bem entender. A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também é plausível. Ora, se esses querem juntar

um bom patrimônio, quem o façam diante de seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão...

Adicionado aos argumentos, também há um nítido insulto ao prescrito na Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Esse bloqueio a liberdade de escolha, imposto aos septuagenários, denota que, quando se completa 70 anos, tal pessoa, nesse exato momento, passa a ter parte de seu discernimento reduzido, tornando-se vulnerável para indivíduos cavilosos.

Como, da mesma forma, entende Maria Berenice Dias (2011, p. 248):

Das várias previsões que visam a suspender a realização do casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes **maiores de 70 anos** (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao **Estatuto do Idoso**.

Encontramos, igualmente, na jurisprudência pátria, vários posicionamentos a favor da inconstitucionalidade do tratado dispositivo legal.

Dessa maneira, primeiramente, a ementa do acórdão que teve como Relator o então, na época, Desembargador César Peluso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal (A.C. nº 007.512-4/2-00, 1998, s.p.) apud Tartuce e Simão (2010, p. 166):

[...] Ementa: Casamento. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente Sexagenário. Doação à consorte. Validade. Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1.º, III, e 5.º, I, X e LIV da CF em vigor (Apelação Cível 007.512-4/2-00, Rel. Des. César Peluso, 2.ª Câmara de Direito Privado, j. 18.08.1998).

Ainda nesse mesmo Tribunal, a ementa do acórdão em que era Relator o Desembargador Paulo Vitor Pinotti Menezes (A.C. nº 74.788-4/6, 1999, s.p.):

Ementa: Arrolamento de bens - Homologação de partilha que adjudicou ao filho e reservou à ex-mulher do "de cujus" o direito real de habitação do imóvel destinado à residência do casal - Admissibilidade - A norma estampada no artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, não foi

recepcionada pela ordem jurídica atual por ser incompatível com os artigos I.º, III e 5.º, I, X e LIV, da Constituição Federal - Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no §1º do artigo 1.611, do Código Civil - Aplicando-se a "analogia legis", não se pode conferir à cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto em lei para a simples convivente, consoante artigo 226, § 3º, da Constituição da República e o que dispõe o artigo 7º, parágrafo único, da lei nº 9.278/96, que, com base na regra constitucional, confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar - Recurso não provido.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o acórdão prolatado pela Desembargadora Relatora Maria Berenice Dias, em 27/08/2003 (A. C. nº 70004348769, 2003, s.p.):

Ementa: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Contudo, a fim de conseguir um equilíbrio entre o regramento em foco e os Princípios Constitucionais, Érica Verícia de Oliveira Canuto (2004) apud Farias e Rosenvald (2008, p. 221), traz uma saída:

[...] o caminho mais adequado para harmonizar, com respeito ao Texto Constitucional, os diferentes interesses albergados, será, sem dúvida, determinar aos nubentes uma *declaração de titularidades patrimoniais* quando da habilitação para o casamento, de modo a precaver, reciprocamente, os direitos.

Por fim, Farias e Rosenvald (2008, p.219), defendem que não há outra solução, senão retirar a norma do ordenamento jurídico:

Assim, a única solução a respeitar os valores constitucionais é o afastamento integral da citada norma, não sendo razoável, pela ótica constitucional, sequer, um remendo para afirmar a inaplicabilidade do dispositivo “quando o casamento foi precedido de união estável iniciada antes dessa idade”, como o faz o Enunciado 261 da Jornada de Direito Civil, pois, no caso, como diz o adágio popular, “a emenda sai pior do que o soneto”, terminando por se admitir a restrição ao sexagenário. Também de nada adiantaria aumentar a idade para setenta anos, como se tentou legislativamente. A única solução cabível, por certo, é desatrelar a idade das limitações impostas à escolha do regime de bens. Afinal, não se esqueça que um homem com sessenta ou setenta anos pode (e isso acontece com frequência) chefiar o Poder Executivo e escolher os destinos econômicos de toda a nação, malgrado não possa, estranhamente, escolher o seu próprio regime de bens.

No mais, outrossim, dentro deste tema, há embate acerca da aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, bem como sobre a possibilidade de alteração do regime de bens, pelo §2º do art. 1639 do Código Civil, ao septuagenário. É o que traremos a seguir.

4.1.3 Aplicação da súmula 377, e possibilidade da alteração do regime de bens, no caso de casamento da pessoa septuagenária

A súmula 377 editada pelo Supremo Tribunal Federal menciona: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Essa exceção poderia ser aplicada ao nubente septuagenário que se casou sob o regime em foco?

E, outrossim, em decorrência do disposto no artigo 1639, §2º, do Código Civil: “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.”

Poderiam esses mesmos cônjuges (septuagenários), mediante razões aceitáveis e fundadas, alterar por suas vontades o regime imposto pela Lei?

Acima demonstramos os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do artigo 1641, inciso II, do Código Civil.

Desta maneira, para responder os dois questionamentos, dependerá de qual argumento estaremos tratando.

Assim, para aqueles favoráveis, nos dois casos a resposta é negativa. Pois a aplicação da súmula 377 do STF, bem como a possibilidade de alteração do regime de bens prevista no artigo 1639, §2º da Lei Civil seria uma maneira de burlar a imposição legal.

Ora, “[...] já que a norma protege aqueles que atingem tal idade, salvo se, por procedimento judicial, ficasse reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1641, II, do CC (TARTUCE e SIMÃO, 2010, p.168), caso contrário, não há justo motivo, tão pouco, possibilidade de comunhão de bens neste caso.

Mesmo porque, a jurisprudência já se posicionou favoravelmente sobre o assunto, conforme julgamento unânime do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado pelo Relator, Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (A.C. nº 70040404667, 2011, s.p.):

[...] O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial - mas não é este o caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.

De outro modo, contudo, para aqueles contrários, à resposta, no primeiro questionamento é positiva. Porém, na segunda pergunta, ela é positiva com ressalvas.

Portanto, sendo, ou não, a norma em epígrafe julgada inconstitucional, hoje, a súmula poderá ser aplicada.

Pois, “no mínimo, é imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento” (RIZZARDO, 2009, p. 663).

Mas, a alteração de regime, hodiernamente, somente com o julgamento da inconstitucionalidade do aludido inciso poderá ser aplicada, ou, “na hipótese de ter sido imposto o regime pelo fato de um ou ambos os cônjuges terem mais de 60 anos, mas menos de 70, possível é a alteração do regime de bens, trazendo como único motivo a mudança da Lei” (DIAS, 2011, p.253).

5 CONCLUSÃO

Por toda a fundamentação trazida até aqui, concluímos que a melhor opção é a declaração da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do Código Civil.

Pois, mediante ao demonstrado, além de ser, hodiernamente, entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina pátria, é o melhor para garantir uma plena concordância com os princípios e garantias fundamentais disciplinados na nossa Lei Maior.

Além disso, ficou revelado que a imposição do regime de separação obrigatória por conta da idade avançada, ou seja, ao maior de setenta anos, revela-se totalmente equivocada, uma vez que não é atribuído aos nubentes o direito de escolher o regime econômico da sua relação conjugal.

Ora, muitos destes idosos são, hoje, provedores dos seus lares, não sendo justo que a lei lhes imponha a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento.

Até porque, o idoso de hoje, não comporta relação, no tocante a melhores informações, com o do passado; ou seja, o maior de 70 anos, na atualidade, tem melhores possibilidades de manter-se informado.

Logo, acreditar na fria interpretação do artigo 1641, II, do Diploma Civil, seria acreditar que toda pessoa que atinge a idade de setenta anos encontra-se vulnerável e, portanto, suscetível à astúcia de outrem.

E, ainda que algumas das pessoas não se incomodem com tal disposição legal, estas não são a maioria. A maior parte, na prática, vê se inconformada com tal sanção legal.

Assim, não se acredita mais que o matrimônio onde se envolva pessoa septuagenária ocorra somente por interesse econômico. O que se torna uma “odiosa restrição” (DIAS, 2011, p. 248).

Contudo, cada vez mais, pessoas com idades avançadas ocupam cargos importantes, como, a título de exemplo, o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, portanto, mais uma vez demonstra a impossibilidade da imposição de um regime a alguém que esteja com idade igual ou superior setenta anos.

Isto posto, estando em plena atividade intelectual, e com pleno discernimento para tomada de decisões em sua vida, em especial, no tocante à administração dos seus bens, ao septuagenário deve ser conferido o direito de deliberação quanto aos seus bens na relação conjugal.

Caso contrário, se a pessoa não possui discernimento para os atos da vida civil, a ela caberá o instituto da interdição, ou seja, deve-se provar que a pessoa não possui tal capacidade, discernimento, não presumi-los por conta de sua idade avançada.

Por fim, tal dispositivo se reveste de manifesta inconstitucionalidade material. Manter este regramento no cenário legal é arranhar a Carta Política de 1988, ferindo princípios como a igualdade, isonomia, liberdade e dignidade humana, por igualar o idoso à condição de incapaz. O idoso, como qualquer outro ser humano é sujeito detentor de direitos individuais e sociais, bem como direitos civis, políticos que são garantidos constitucionalmente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **As relações entre cônjuges e companheiros no novo código civil**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2004.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforato. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. **Aspectos patrimoniais do casamento do maior de 60 anos - Antes e depois do novo Código Civil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, 31 de agosto de 2008. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5092>. Acesso em 10 de outubro de 2011.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Legislação Brasileira**. São Paulo: Primeira Impressão, 2002. Organizador Antonio Carlos Figueiredo.

BRASIL. Código Civil (2002). Código civil e legislação em vigor. **Código civil e legislação em vigor**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 4.121 de 27 de Agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de Set. 1962. Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>> Acesso em 14 de Outubro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 de Dez. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm> Acesso em 15 de Outubro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 6.515 de 26 de Dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de Dez. 1977. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em 15 de Outubro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 12.344 de 9 de Dezembro de 2010. **Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de Dez. 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm> Acesso em 9 de Outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, súmula n.º 49. **A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.** In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1782.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, súmula n.º 377. **No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.** In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1788.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, súmula n.º 251. **A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou o casal.** In: *Vade Mecum Saraiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1806.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Superior Tribunal de Justiça. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 125. **125 – Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. 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”.** Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 11 de outubro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Direito civil. Regime de separação de bens. Sexagenário. Art. 258, Inciso II do Código Civil. Doação de imóvel ao cônjuge. Violação de norma de ordem pública. Nulidade. Simulação de compra e venda.**

Contrato dissimulado de doação. Vício social. Art. 104 do Código Civil. Legitimidade do doador, sexagenário, em virtude de disposição legal de natureza protetiva. Falta de capacidade ativa para proceder á doação. Ausência de requisito de validade do ato jurídico. Recurso Especial n.º 260462 PR 2000/0051074-2. Relatora: Ministra Nancy Andriighi, 17 de abril de 2001. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8016203/recurso-especial-resp-260462-pr-2000-0051074-2-stj>>. Acesso em 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Arrolamento de bens - Homologação de partilha que adjudicou ao filho e reservou à ex-mulher do "de cujus" o direito real de habitação do imóvel destinado à residência do casal - Admissibilidade - A norma estampada no artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, não foi recepcionada pela ordem jurídica atual por ser incompatível com os artigos I, III e 5o, I, X e LIV, da Constituição Federal - Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no §1º do artigo 1.611, do Código Civil - Aplicando-se a "analogia legis", não se pode conferir à cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto em lei para a simples convivente, consoante artigo 226, § 3º, da Constituição da República e o que dispõe o artigo 7º, parágrafo único, da lei nº 9.278/96, que, com base na regra constitucional, confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar - Recurso não provido.** Apelação com revisão /inventário e partilha nº 0079062-03.1997.8.26.0000. Relator: Desembargador Paulo Vitor Pinotti Menezes, 27 de abril de 1999. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=AC+n%BA+74.788-4%2F6&nuRegistro=>>>. Acesso em 12 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Anulação de doação. Regime da separação obrigatória de bens. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.** Apelação Cível nº 70004348769. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias, 27 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=Apela%E7%E3o+Civel+70004348769&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 12 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação cível. Alteração do regime de bens. De separação legal (obrigatória) para comunhão universal. Impossibilidade. Nubentes maiores de 60 anos. Sentença mantida. 1. Preliminar de cerceamento de defesa. Havendo nos autos elementos suficientes ao convencimento do juízo, cabe ao julgador decidir pela necessidade ou não de provas além das que acompanham a petição inicial, prerrogativa amparada por lei e que de modo algum configura lesão ao direito das partes. Ademais, tratando-se de matéria exclusivamente de direito, dispensável a dilação probatória. 2. Mérito. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial - mas não é este o caso dos autos. Negaram provimento à apelação. Unânime.** Apelação Cível nº 70040404667. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70040404667&tb=jurisnova&pesq=ementario&partiafields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3ALuiz%2520Felipe%2520Brasil%2520Santos&as_q=>>. Acesso em 13 de outubro de 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e União Estável Requisitos e Efeitos Pessoais**. São Paulo: Manole, 2004.

CÓDIGO de Hamurábi: **O manual dos inquisidores, a lei das XII tábuas, a lei do talião**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. Vol. 5, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família. Elementos críticos à Luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007. 110 p.

FAMÍLIA (IBDFAM), Instituto Brasileiro de Direito de. **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da Dignidade Humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol.5, 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização nas relações de família**. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A Nova Constituição e o Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 5, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. Vol. 6, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J.M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Vol. 5, 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1963.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Super Interessante. **Manual do Novo Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Abril, 2003.

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

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando, **Direito Civil**. Vol. 5, 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Vade Mecum Saraiva. 9. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

VELOSO, Zeno. **União Estável**. Belém: Cejup, 1997.

VELOSO, Zeno. **Regimes Matrimoniais de Bens**. 2008. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2011, p. 31 e 32.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Novo Código Civil: aspectos relevantes**. Revista do Advogado. Vol. 22, n. 68. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), 2002, p. 36.