

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO  
REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS  
MAIORES DE SETENTA ANOS**

Ana Carla da Silva Corghis

Presidente Prudente/SP  
2013

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO  
REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS  
MAIORES DE SETENTA ANOS**

Ana Carla da Silva Corghis

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do  
Professor Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP  
2013

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO  
REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS  
MAIORES DE SETENTA ANOS**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

---

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

---

LUCAS PIRES MACIEL

---

NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI

Presidente Prudente, 31 de outubro de 2013.

A vida

A vida é uma oportunidade, aproveita-a.

A vida é beleza, admira-a.

A vida é beatificação, saboreia,

A vida é sonho, torna-o realidade.

A vida é um desafio, enfrenta-o.

A vida é um dever, cumpre-o.

A vida é um jogo, joga-o.

A vida é preciosa, cuida-a.

A vida é riqueza, conserva-a.

A vida é amor, goza-a.

A vida é um mistério, desvela-o.

A vida é promessa, cumpre-a.

A vida é tristeza, supera-a.

A vida é um hino, canta-o.

A vida é um combate, aceita-o.

A vida é tragédia, domina-a.

A vida é aventura é aventura, afronta-a.

A vida é felicidade, merece-a.

A vida é a VIDA, defende-a.

Madre Teresa de Calcutá

Dedico este trabalho aos meus pais Valter e Ana Luiza, ao meu irmão Cássio e à minha tia Neusa, por estarem ao meu lado nos mais felizes e também nos mais difíceis momentos de minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida, pela minha família, pela minha saúde e pelo meu trabalho, todos fundamentais para que eu tivesse a oportunidade de frequentar e continuar este curso.

Agradeço, em especial, à minha mãe, que sempre me incentivou a não desistir e, mesmo quando o fiz, sempre me incentivou a retornar.

Agradeço também ao meu irmão, fundamental para que eu não chegasse atrasada às aulas.

E agradeço ao meu orientador pela enorme paciência.

## RESUMO

O presente estudo aborda o regime jurídico da separação obrigatória de bens face à alteração trazida pela Lei n 12.344/2010, que modificou o artigo 1.641, II, do Código Civil, majorando a idade limite de 60 para 70 anos, especialmente no tocante à possibilidade de alteração do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta e menores de setenta anos, bem como demonstrar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, mesmo depois de alterado, mostrando as correntes contrárias e a favor do referido instituto. Nesse sentido, os métodos utilizados foram o comparativo, histórico, dialético e dedutivo. Desta forma, aborda os efeitos jurídicos patrimoniais no matrimônio, destacando os direitos e deveres dos cônjuges na ordem patrimonial, as relações econômicas subordinadas ao regime matrimonial de bens, o conceito de regime matrimonial de bens na visão de diversos autores, bem como a evolução histórica dos regimes jurídicos de bens, abordando, ainda, os princípios fundamentais do regime matrimonial de bens. Em capítulo destinado ao regime de bens, estudamos, num primeiro momento, o pacto antenupcial e depois passamos a estudar o regime da comunhão parcial de bens, o regime da comunhão universal de bens e o regime da participação final nos aquestos. No mesmo capítulo, fizemos um breve comentário acerca dos regimes de bens nas legislações de outros países, para depois, em um capítulo à parte, abordarmos o regime de separação de bens, bem como o da separação obrigatória de bens, foco principal de nosso trabalho. Do regime de bens face à Lei nº 12.344/2010, bem como do direito intertemporal, verificamos a possibilidade de alteração do regime de bens, face à mudança em nossa legislação. Quanto à inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, mencionamos tanto as posições favoráveis à inconstitucionalidade, quanto as posições que defendem a constitucionalidade. Finalmente, chegamos a conclusão do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Regime de Bens. Separação Obrigatória. Alteração. Lei nº 12.344/2010.

## ABSTRACT

The present study aims to address the legal regime of mandatory separate property by the amendment introduced by Law n 12.344/2010 , which amended Article 1641, II, of the Civil Code, subsequently adding age limit from 60 to 70 years, particularly regarding possibility of changing the regime of separation of property required for those over sixty and under seventy, as well as demonstrating the unconstitutionality of Article 1641, II, of the Civil Code, even after changed, showing the contrary currents and in favor of Article. Accordingly, the methods used were comparative, historical, dialectical and deductive. Thus, we address the legal effects on marriage equity , highlighting the rights and duties of spouses in the order sheet, the economic relations subordinated to the matrimonial property regime, the concept of matrimonial property in the view of several authors, as well as the historical evolution the legal arrangements for goods, addressing also the fundamental principles of the matrimonial property regime. In a chapter intended for property regime we study, initially, the prenuptial agreement and then we began to study the system of partial property, the regime of community property regime and the final participation in aquestos. In the same chapter, we made a brief comment about the property regimes of laws of other countries, and then, in a separate chapter, we discuss the regime of separation of property as well as the mandatory separation of property, the main focus of our work. The property regime before the Law No. 12.344/2010, as well as the intertemporal law, we see the possibility of change of property regime, due to the change in our legislation. Regarding the unconstitutionality of the mandatory regime of separation of property to over seventy years mentioned both are in favor of constitutionality, as the positions that defend the constitutionality. Finally, we conclude this work.

**Keywords:** System of Goods. Mandatory separation. Amendment. Law No. 12.344/2010.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 EFEITOS JURÍDICOS PATRIMONIAIS NO MATRIMÔNIO</b>	<b>12</b>
2.1 Direitos e Deveres dos cônjuges	12
2.2 Relações econômicas subordinadas ao regime matrimonial de bens	14
2.3 Conceito de regime matrimonial de bens e classificação	16
2.4 Evolução histórica do regime de bens	18
2.5 Princípios fundamentais do regime de bens entre marido e mulher	21
<b>3 REGIME DE BENS</b>	<b>23</b>
3.1 Pacto antenupcial	23
3.2 Regime da comunhão parcial de bens	25
3.3 Regime da comunhão universal de bens	27
3.4 Regime de participação final nos aquestos	29
3.4 Os regimes de bens nas legislações de outros países	31
<b>4 REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS</b>	<b>34</b>
<b>5 DA ALTERAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS FACE À LEI Nº 12.344/2010</b>	<b>37</b>
5.1 Do Direito intertemporal	40
<b>6 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS</b>	<b>42</b>

---

6.1 Posições favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade _____	42
6.2. Posições que defendem a constitucionalidade _____	47
<b>7 CONCLUSÕES FINAIS _____</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____</b>	<b>52</b>

# 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda a alteração trazida pela Lei nº 12.344/2010, que modificou o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil e majorou a idade limite para a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens, elevando-a de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos.

Também estuda a inconstitucionalidade do referido dispositivo, que proíbe a escolha do regime de bens para os maiores de setenta anos.

Analisa, ainda, os efeitos jurídicos patrimoniais no matrimônio, destacando os direitos e deveres dos cônjuges, além do conceito de regime de bens, trazendo uma breve visão histórica desta matéria em nosso ordenamento jurídico e comenta acerca dos princípios que regem os regimes de bens, na visão de alguns autores.

Quanto ao regime da separação de bens, tem como foco a separação obrigatória, bem como, a alteração trazida pela lei citada, especificamente em relação ao direito intertemporal.

Posteriormente, analisa o polêmico artigo 1.641, II, do Código Civil, tema do nosso estudo, alvo de debates doutrinários acerca de sua inconstitucionalidade.

Criticado e defendido, faremos a exposição do pensamento de ilustres doutrinadores, tanto aqueles que defendem a inconstitucionalidade da norma, bem como daqueles que defendem sua constitucionalidade.

Para a realização deste trabalho foram usados os métodos doutrinários, pesquisas jurisprudenciais, textos legais, recomendações e pesquisas de textos em meios eletrônicos.

Com relação aos métodos, destacam-se o dedutivo, dialético, histórico e comparativo. Por meio do método dedutivo, por exemplo, foi feita a análise das correntes doutrinárias, onde se identificou a possibilidade de alteração do regimes de bens face à Lei nº 12.344/10. Já o método dialético, por exemplo, é principalmente percebido na referência ao conceito do regime de bens. Nesse contexto, analisou-se o artigo 1641, inciso II, do Código Civil, quanto às opiniões

favoráveis e desfavoráveis. Com o método histórico, entre outros pontos, foi possível analisar a evolução histórica da família, bem como do regime de bens em nosso ordenamento jurídico. Por fim, no método comparativo, por exemplo, foi possível comparar textos legais, nacionais e internacionais, que tratam sobre o tema.

## 2 EFEITOS JURÍDICOS PATRIMONIAIS NO MATRIMÔNIO

Tendo em vista que este trabalho tem como tema o regime jurídico de bens, faremos uma breve análise acerca dos efeitos jurídicos patrimoniais no matrimônio.

Conforme ensina Maria Helena Diniz (2011, p. 169), “a essência das relações econômicas entre os consortes reside no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos”.

Desta forma, verificamos que os efeitos jurídicos patrimoniais no matrimônio irão depender do regime de bens que será o escolhido ou imposto, conforme estudaremos a seguir.

### 2.1 Direitos e Deveres dos cônjuges

Destacamos, inicialmente que, em nosso ordenamento, existe a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, conforme artigo 226, § 5º da Constituição Federal a seguir transcrito:

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

No Código Civil de 1916 não existia essa igualdade entre homens e mulheres. Nos termos do artigo 233, do referido código, a mulher ocupava uma posição subalterna.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 209), acrescenta:

Podemos afirmar que a posição da mulher, épocas passadas, era tanto mais inferiorizada quanto menos culta ou desenvolvida a sociedade onde ela vivia.

No mundo antigo, não raramente ela ficava relegada a uma situação não apenas subalterna, mas na condição de **res**, ou objeto à disposição do homem.

Atualmente, ambos têm a obrigação de contribuírem na proporção de seus bens e rendimentos obtidos com o seu trabalho para o sustento da família, conforme o artigo 1.568, do Código Civil, respondendo solidariamente pelas dívidas, exceto as contraídas em benefício da família, disposto nos artigos 1.643 e 1.644, do Código Civil.

Assim, ao contraírem o matrimônio, surgem os efeitos sociais, pessoais e também patrimoniais, de modo que os cônjuges também adquirem direitos e deveres ou obrigações em relação aos bens patrimoniais de modo igual.

Em relação aos efeitos sociais, Caio Mário Pereira da Silva (2009, p. 167) destaca “a constituição da família é o primeiro grande efeito do casamento.”

Verificamos que é o regime de bens que irá impor os direitos e deveres dos cônjuges na ordem patrimonial. Desta forma, por exemplo, haverá bens comunicáveis e incomunicáveis, responsabilidade pelos débitos, administração e outras questões que irão depender do regime de bens.

Exemplificando o exposto acima, conforme artigo 1.647, do Código Civil, é vedado a qualquer cônjuge vender ou dar em hipoteca bens imóveis, porém, esta regra comporta exceções, como no regime de participação final de aquestos, em que é possível convencionar, no pacto antenupcial, a livre disposição dos bens imóveis particulares.

O artigo 1566 do Código Civil elenca os deveres de ambos os cônjuges, dentre eles, a fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos. Caio Mário Pereira da Silva (2009, p. 167) classifica estes deveres como efeitos pessoais do casamento.

Quanto aos direitos, citamos o artigo 1565 do Código Civil, em seu parágrafo 1º, garante a qualquer dos nubentes, o direito, caso queiram, de utilizar o sobrenome do outro. Já o artigo 1.567 estabelece que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, tanto pelo homem como pela mulher, assim como o domicílio do casal, que poderá ser escolhido por ambos, nos termos do artigo 1.659, do Código Civil.

Assim, percebemos que a igualdade de direitos descrita no artigo 226, § 5º da Constituição Federal está presente no Código Civil nos mínimos detalhes,

conforme exposto acima, na escolha do domicílio e na direção da sociedade conjugal.

## **2.2 Relações econômicas subordinadas ao regime matrimonial de bens**

Dizemos que as relações econômicas são subordinadas ao regime matrimonial de bens, pois, conforme explica Maria Berenice Dias (2011, p. 222), “além de imporem obrigações aos cônjuges, disciplinam de modo diferenciado a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores ao casamento como dos adquiridos durante a sua vigência.”

A liberdade dos cônjuges em relação ao patrimônio poderá ser mitigada, dependendo do regime matrimonial de bens, escolhido ou imposto.

Antigamente não era assim, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 180), fazendo menção ao revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 233, inciso II, ensina:

Ainda segundo preceituações constantes do Código Civil de 1916 (art. 233, inc. II, do Código revogado), ao marido cabia a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbia administrar em virtude do regime matrimonial adotado ou de pacto antenupcial.

Referido autor (2008, p.180), também destaca a evolução ocorrida em nosso ordenamento jurídico, com a Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil, em que “a ambos os cônjuges é atribuída a administração dos bens comuns, conforme decorre das normas do Código Civil, art. 1567”.

Sílvio Rodrigues (2008, p. 125), ensina que “o casamento estabelece entre os cônjuges um regime de bens, em função do qual haverá ou não participação de um sobre o patrimônio do outro e/ou sobre o acervo adquirido”.

Exemplificando, os bens pertencentes aquelas pessoas casadas sob o regime da comunhão parcial de bens, disposto no artigo 1.658, do Código Civil, anteriores ao matrimônio, não se comunicam, porém, os adquiridos na constância do casamento, se comunicam, não tendo liberdade os cônjuges de decidirem sobre estes. Ao contrário, aquelas pessoas que se casaram sob o regime da separação de

bens, têm total liberdade de decidirem sobre os bens adquiridos antes e depois do matrimônio.

Deste modo, sempre que a lei tem como indispensável a atuação conjunta dos cônjuges, ela é expressa a este respeito.

Porém, existem algumas relações econômicas que não são subordinadas a qualquer que seja o regime matrimonial de bens.

O artigo 1.642, do Código Civil, elenca estas relações econômicas, que são exceções, conforme transcrição abaixo:

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I – praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647;

II – administrar os próprios bens;

III – desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI – praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Assim, verificamos, por meio de nossa legislação e do comentário de vários autores, como os regimes matrimoniais de bens exercem influência na vida do casal, no tocante à esfera financeira. É o regime de bens, escolhido ou imposto, que limitará ou não a autonomia dos cônjuges em relação aos bens comuns, ou aqueles não comuns.



### 2.3 Conceito de regime matrimonial de bens e classificação

Imprescindível para o desenvolvimento de nosso estudo é conceituarmos o regime matrimonial de bens.

Para isto, pesquisamos os conceitos elaborados por alguns civilistas.

Começamos com o conceito de Maria Helena Diniz (2011, p. 169), que diz que “o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses resultantes do casamento, regendo as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio”.

Sílvio Rodrigues (2008, p. 135) define regime de bens como “estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio”.

Por regime de bens, Arnaldo Wald (2000, p. 95), entende que “é a regulamentação das relações pecuniárias oriundas da associação conjugal, embora o regime não abranja todos os aspectos patrimoniais da vida conjugal”.

Arnaldo Wald (2000, p. 96) ainda acrescenta:

O regime matrimonial não inclui os direitos assegurados pela lei aos cônjuges, como o direito aos alimentos e a possibilidade de suceder, em parte ou totalmente, ao esposo pré-morto.

Por outro lado, não se limita a alcançar as relações entre os cônjuges, estabelecendo ainda os efeitos jurídicos dos seus atos referentes aos terceiros que lidam com o casal.

O conceito de regime de bens na visão de Arnaldo Rizzardo (2008, p. 625) diz:

O regime de bens significa o disciplinamento das relações econômicas entre o marido e a mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante a sua vigência.

Os autores citados acima definem, de modo geral, regime de bens como sendo o conjunto de normas ou estatuto que irá regular as relações patrimoniais dos cônjuges, porém, Maria Berenice Dias (2011, p. 220), tem uma visão peculiar, para ela “o regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento, não existindo casamento sem regime patrimonial de bens”, assim, percebemos que ela inova o conceito, definindo o regime de bens como uma consequência jurídica .

Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 190), também tem uma visão diferente dos autores acima mencionados, ou seja, ele classifica os regimes de bens, com base em dois critérios: quanto à origem e quanto ao objeto.

Resumidamente, em relação à origem, Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 190) ensina que o regime de bens decorre da convenção ou da lei, assim, pode ser “convencional” ou “legal”.

Quanto ao objeto, referido autor ensina que, “as relações econômicas entre os cônjuges tomam por base o fato de se comunicarem ou não os patrimônios dos cônjuges”.

Rolf Madaleno (2011, p. 681/683), assim como Caio Mário da Silva Pereira, também classifica os regimes de bens, porém, de acordo com a base normativa, em: a) imperativos, quando a lei impõe; b) livres, aqueles em que, no silêncio, prevalece o regime supletivo da comunhão parcial de bens; e c) convencionais, que são aqueles em que os nubentes podem escolher.

Embora existam conceitos mais extensos de regime matrimonial de bens, inclusive mencionando classificações, outros mais objetivos, definindo-o como consequência jurídica do matrimônio, o importante que se extrai de todos eles é que, de forma bem simples, os regimes de bens abrangem as normas que irão regular as relações patrimoniais ou financeiras dos cônjuges, sejam eles impostos pela lei ou escolhidos pelos cônjuges, bem como, não existe matrimônio sem um regime de bens para regular as relações patrimoniais.

## 2.4 Evolução histórica do regime de bens

Antes de falarmos dos regimes de bens em espécie, faremos uma breve explanação acerca da evolução histórica da família.

A família brasileira sofreu influências da família romana, da família canônica e da família germânica, assim ensina Arnaldo Wald (2000, p. 9), acrescentando que:

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia da consanguinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes.

Fustel de Coulanges, na obra *A cidade antiga* (1961, p. 58), relata que o que “unia os membros da família era antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados”. Assim, a família antiga seria uma associação religiosa, mais que uma associação natural.

Arnaldo Wald (2000, p. 10), descreve que em Roma existiam duas espécies de parentesco: a agnação e a cognação.

De maneira bem resumida, referido autor (2000, p. 10) menciona que a agnação vinculava as pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, mesma que não fossem consanguíneas e a cognação, era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas. Acrescenta que a família romana foi evoluindo ao longos dos anos e esta figura do “pater”, foi perdendo força, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático.

A posição da mulher afigurava-se nitidamente inferior, conforme destaca Arnaldo Rizzardo (2008, p. 209), “ela estava submetida à tutela perpetua do

marido, da qual conseguiu livrar-se posteriormente, no ano de 321, sob o reinado de Constantino”, ensina ainda que, “no direito português, no período das Ordenações Filipinas, havia grave diferença no tratamento entre o homem e a mulher”.

Fazendo referência aos gregos, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 210) afirma que, ao contrário da sociedade romana e portuguesa, as mulheres estavam “em pé de igualdade com o marido no matrimônio, além de lhe votar grande ternura e admiração”.

Conforme explica Arnaldo Wald (2000, p. 13), “durante a Idade Média as relações de família se regiam exclusivamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido.”

Referido autor (2000, p.13) cita algumas características do matrimônio segundo a doutrina canônica, onde o mesmo é “concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste do caráter sagrado”. Ele cita não apenas as características, mas também explana acerca da divergência existente entre a concepção católica do casamento e a concepção medieval, conforme transcrição que segue:

Enquanto para a Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o assentimento das famílias a que pertenciam.

A evolução do casamento, com seu aspecto civil e religioso, foi no sentido de prevalecer o domínio da “concepção leiga do casamento, vitoriosa na maioria das legislações vigentes, sem prejuízo do reconhecimento do casamento religioso”, bem como conservando-se os “conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, que ainda hoje encontra-se no direito brasileiro”, assim ensina Arnaldo Wald (2000, p. 17).

Agora, faremos uma breve explanação acerca do casamento em nosso ordenamento jurídico.

Começamos pela época do Império, em que nosso ordenamento jurídico conhecia apenas “o casamento católico, por ser a religião oficial do Estado”, conforme explica Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 31), bem como, foi devido à imigração, que acarretou uma diversidade de religiões em nosso país, que foi instituído, ao lado do casamento eclesiástico, o casamento civil.

Segundo o referido autor, foi no período Republicano que o casamento civil tornou-se obrigatório, por meio do Decreto nº 181, de 24-01-1890, devido à ruptura da Igreja com o Estado.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 211) acrescenta que “o tratamento digno à mulher deu início com o referido Decreto de 1890, em que foram revogados os velhos textos das Consolidações e aboliu-se os castigos corporais”, porém, a diferença de tratamento em relação ao homem ainda era muito forte.

Com a Constituição de 1934 foi atribuído efeitos civis ao casamento religioso.

Maria Berenice Dias (2011, p. 218/219), traz um breve relato acerca da história do regime de bens em nosso ordenamento jurídico. Quando da edição do Código Civil de 1916 a família era exclusivamente constituída pelo matrimônio, o casamento era indissolúvel e o regime legal era o da comunhão universal de bens, existindo também o regime dotal. Posteriormente surgiu o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), instituindo a incomunicabilidade dos bens por ela adquiridos com o fruto do seu trabalho, o que se determinou de bens reservados. Com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial de bens.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 675) dedica boa parte de sua obra ensinando o regime dotal, que não foi contemplado pelo Código Civil de 2002, porém, existia no Código Civil de 1916, ao longo de trinta e quatro artigos, mas o referido regime já se encontrava em desuso.

Por meio deste regime “o marido recebia um conjunto de bens, a fim de que utilizasse os frutos e rendimentos produzidos para atender os encargos da vida familiar”, acrescenta Arnaldo Rizzardo (2008, p. 675) e, quando da dissolução da sociedade conjugal, deveria efetuar a devolução.

Resumindo a explanação do autor citado acima, a denominação provinha do dote, que significava a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela transferia ao marido, o que se dava no casamento, sendo utilizado em épocas remotas, especialmente entre famílias imperiais ou nobres.

As origens do regime dotal remontam do direito romano, completa Arnaldo Wald (2000, p. 123), sendo que o dote surgiu como uma compensação dada à filha que casava com *manus*, integrando-se na família do marido, pelos direitos à herança paterna que perdia em virtude do seu casamento.

No Código de 1916 havia, também a figura das doações antenupciais, a menos que o regime fosse de separação obrigatória de bens, conforme destaca Arnaldo Rizzardo (2008, p. 687).

Nosso ordenamento jurídico hoje prevê e disciplina apenas quatro regimes de bens, quais sejam, o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671) o da participação final de aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 a 1.688), que serão tratados mais a frente.

## **2.5 Princípios fundamentais do regime de bens entre marido e mulher**

Por princípios fundamentais do regime de bens entre marido e mulher, entendemos que se referem às regras principais que regem as relações patrimoniais dos cônjuges, desta forma, é importante para nosso estudo, abordar quais os princípios que alguns doutrinadores consideram como os mais importantes.

Para Maria Helena Diniz (2011, p.169) os princípios fundamentais do regime de bens são: “a) o da variedade do regime de bens; b) o da liberdade dos pactos antenupciais; c) o da mutabilidade justificada do regime adotado e d) o da

imediate vigência do regime de bens, na data da celebração do casamento (CC, art. 1.639, § 1º).

Em relação à variedade do regime de bens, como exposto anteriormente, nosso ordenamento prevê quatro, o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671) o da participação final de aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 a 1.688). Conforme Rolf Madaleno (2011, p. 678), os cônjuges ainda podem mesclar esses regimes e, dessa forma, personalizar suas necessidades e pretensões.

Quanto à liberdade dos pactos antenupciais, significa que os cônjuges podem escolher, de comum acordo, aquele que irão adotar, conforme artigo 1.639 do Código Civil. Exceção a esse princípio é a imposição legal do artigo 1.641 do Código Civil, que trata da separação obrigatória.

A mutabilidade justificada do regime adotado é aquela prevista no § 2º do artigo 1.639, em que é necessária a autorização judicial.

Por fim, o regime de bens escolhido ou imposto passa a valer na data da celebração do casamento, conforme disciplina o § 1º do artigo 1.639, do Código Civil.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 223) outro princípio rege o regime de bens, “o da comunicabilidade do patrimônio amealhado depois das núpcias, isso porque o casamento gera a comunhão de vidas (CC 1.511), a mútua assistência (CC 1.566, III) e responsabilidade pelos encargos de família (CC 1.565)”. As exclusões da comunicabilidade, conforme imposto por alguns regimes, seriam, segundo a autora, injustas e inconstitucionais.

### 3 REGIME DE BENS

Após tratarmos do conceito, evolução histórica e princípios, neste capítulo, abordaremos o pacto antenupcial e três regimes de bens, quais sejam, o da comunhão parcial de bens, o da comunhão universal de bens e o da participação final de aquestos, bem como os regimes de bens nas legislações de alguns países.

Em um capítulo à parte, abordaremos o regime da separação total de bens, tema principal de nosso trabalho.

#### 3.1 Pacto antenupcial

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 630), ensina de maneira bem simples a figura do pacto antenupcial, conforme transcrição que segue:

A adoção do regime que não o legal (o de comunhão parcial), se faz através de um contrato, chamado “pacto antenupcial”. Corresponde esta figura à convenção solene, através de escritura pública, na qual declaram os cônjuges o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 393), o definem como “a manifestação da vontade dos nubentes, materializada por meio da escritura pública, na qual estabelecem o regime de bens, além de outras disposições patrimoniais acordadas entre os nubentes”.



Acrescentam que esse pacto se tornará nulo caso não seja realizado por meio de escritura pública e ineficaz se não lhe sobrevier o casamento, nos termos do artigo 1.653, do Código Civil.

Conforme disposto no artigo 1655, do Código Civil, qualquer convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta da lei será considerada nula.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 635) exemplifica que há “uma série de disposições relativas ao casamento que não podem ser modificadas por força da vontade dos cônjuges”. Referido autor destaca que são aquelas que tratam da organização da família, dos direitos e deveres conjugais e de mútua assistência, ressaltando (2008, p.636):

Com toda a evidência, não se admite a estipulação que isenta um dos cônjuges da exigibilidade de participar no sustento da família, ou que atribui unicamente a um deles o exercício do poder familiar, ou que disponha quanto à divisão dos bens a serem adquiridos. É realmente despicienda qualquer regra ou cláusula que regulamente situações já delineadas em lei. Muito menos se autoriza a renúncia ao exercício de um direito, ou de um dever, como o de reclamar alimentos, em caso de separação, ou de participar na criação e educação dos filhos.

Em relação a terceiros, as convenções antenupciais só produzirão efeitos se forem devidamente registradas, em livro especial, pelo oficial de registro de imóveis do domicílio dos cônjuges, assim estabelece o artigo 1.657, do Código Civil.

### 3.2 Regime da comunhão parcial de bens

Este regime de bens é considerado como “regime legal”, pois, de acordo com o artigo 1.640, do Código Civil, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, é este regime que vigorará.

Arnoldo Wald (2000, p. 113) acrescenta:

Com o advento da Lei nº 6.515, de 26-12-1977, o regime da comunhão parcial passou a ser o legal, em substituição ao regime da comunhão universal. Na realidade, este último regime ficou bastante esvaziado com a reformulação legislativa decorrente da Lei nº 4.121, de 27-8-1962, sendo certo que, desde o início da década de 70, a doutrina mais recente e vários projetos cuidavam da introdução, no direito brasileiro, da comunhão de aquestos ou adquiridos como regime legal (Anteprojeto Miguel reale, art. 1.838).

No regime da comunhão parcial se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, conforme o disposto no artigo 1.658, do Código Civil.

Para Arnoldo Wald (2000, p. 113), “o regime da comunhão parcial se caracteriza pela existência de três massas de bens: o patrimônio comum, o do marido e o da mulher”.

O referido autor (2000, p. 114) destaca que é o “regime no qual cada um dos cônjuges mantém como próprios os seus bens anteriores ao casamento, comunicando-se os adquiridos onerosamente na vigência da sociedade conjugal”

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 640) para explicar este regime vai até o Código de 1916, conforme transcrição que segue:

O regime da comunhão parcial, que alguns autores mais antigos (Lafayette, Melo de Freitas, Coelho da Rocha) denominavam regime de separação parcial, e no Código de 1916, aparecia também como regime de comunhão

limitada, 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.

Através dele regime realiza-se a distribuição do patrimônio de conformidade com o espírito e a finalidade própria do casamento: os bens amealhados na constância do casamento consideram-se comuns por serem o resultado ou o fruto da estreita colaboração que se forma entre o marido e a mulher.

Maria Berenice Dias (2011, p. 235) ressalta o componente ético deste regime pois, “o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um”.

Porém, existem alguns bens que são excluídos da comunhão. O artigo 1.659, do Código Civil, cuja transcrição segue abaixo, elenca estes bens:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III – as obrigações anteriores ao casamento;

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

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

VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 642) explica o inciso I, citado acima, esclarecendo de que, “são comuns os bens adquiridos, na vigência do regime, a título oneroso, sendo que, nas doações e na sucessão testamentária, para que haja a comunicação, é necessário o ato expresso de vontade do doador e do testador”.

Os demais incisos do referido artigo são autoexplicativos.

Já artigo 1.660, do Código Civil estabelece os bens que entram na comunhão, quais sejam:

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

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

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

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

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

Estabelecem os artigos 1.661 e 1.662, do Código Civil que neste regime de bens, são também incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, bem como que se presumem adquiridos, na constância do casamento, os bens móveis, quando não se provar que o foram de outra forma.

Quanto à administração dos bens, em se tratando de patrimônio comum, ela compete a qualquer dos cônjuges, conforme disposto no o artigo 1.663, do Código Civil.

### **3.3 Regime da comunhão universal de bens**

Conforme explica Arnaldo Rizzardo (2008, p. 651), “até o advento da Lei nº 6.515, de 1977, foi o regime que predominou em nosso direito”. Quanto à origem, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 652) destaca:

Oriundo este regime do direito germânico, propagando-se largamente no direito antigo dos povos, predominou nos sistemas que mantinham o poderio do marido, até que, nos tempos atuais, cedeu lugar para o regime da separação parcial.

O regime da comunhão universal de bens é aquele em se comunicam os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, conforme disposto no artigo 1.667, do Código Civil.

É necessário, neste regime, que os nubentes formalizem pacto antenupcial, optando por este regime.

Maria Berenice Dias (2011, p. 240) ensina:

Assim, ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do casamento, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 651) acrescenta que “há uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir, especificar ou localizar a propriedade dos bens”.

Neste regime, existem alguns bens que não se comunicam. Os bens excluídos da comunhão estão elencados no artigo 1.668, conforme segue:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

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

V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

De acordo com o artigo 1.669, a incomunicabilidade dos bens elencados no artigo antecedente não se estende aos frutos percebidos durante o casamento.

No tocante à administração dos bens, ela não se difere das regras impostas para o regime da comunhão parcial de bens, descritas no artigo 1.663, do Código Civil, conforme estabelecido pelo artigo 1.679, do Código Civil.

Arnoldo Wald (2000, p. 105), no tocante à origem histórica, ensina:

No direito português, o regime da comunhão universal, então chamado de *cartas de metade*, surgiu na praxe dos primeiros tempos da monarquia, sendo posteriormente consagrado nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que se referem ao casamento “segundo o costume do reino”.

Segundo o mesmo autor (2000, p. 106), “o regime da comunhão parece datar da Idade Média, não se encontrando estrutura análoga no direito romano, no qual predominou o regime dotal” e “se consolidou na família medieval sob a influência da moral cristã, que visava a cimentar a unidade da família até no campo patrimonial”.

### **3.4 Regime de participação final nos aquestos**

Este regime está descrito nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil.

Assim como no anterior, também é necessário que os nubentes façam o pacto antenupcial, optando por este regime.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 662) o descreve como “a participação final de ambos os cônjuges no patrimônio formado durante a sociedade conjugal a título oneroso”.

Maria Berenice Dias (2011, p. 243) o define como “um regime misto, híbrido, que tem normas de difícil entendimento e de execução complicada”.

No regime de participação final nos aquestos cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento, nos termos do artigo 1.672, do Código Civil.

Este patrimônio próprio é integrado pelos bens que cada cônjuge possuía ao se casar e o por ele adquirido, a qualquer título, na constância do casamento, conforme artigo 1.673, do Código Civil, que estabelece também, em seu parágrafo único, que a administração destes bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Sobrevindo a dissolução do casamento, será apurado o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram, os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade e as dívidas relativas a esses bens, de acordo com o artigo 1.674, do Código Civil e seus incisos. O parágrafo único do referido artigo acrescenta que, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

No caso dos bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido. Em relação aos bens imóveis, são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro e, se impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 662) salienta que “não se partilham automaticamente os bens, na forma dos regimes da comunhão parcial e da comunhão universal”, apenas na época da dissolução do vínculo conjugal, que se dá por morte ou por separação judicial, procede-se à divisão do acervo constituído a título oneroso durante o casamento.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 393), acrescentam que existem “normas especiais dispostas com o escopo de proteger os aquestos”.

Estas normas estão contidas nos artigos 1.675 e 1.676 do Código Civil. O artigo 1.675, do Código Civil, que estabelece:

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Já o artigo 1.676, do Código Civil, estabelece que se incorpora ao monte o valor dos bens alienados, em detrimento da meação, se não houver preferência, do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar, desta forma, se o cônjuge aliena bens com a finalidade de prejudicar a meação, ao cônjuge lesado é permitido tomar as providências cabíveis, com a competente ação para desconstituir tal situação.

### **3.4 Os regimes de bens nas legislações de outros países**

No Brasil não é facultado às partes a adoção de um regime que não seja uma das espécies previstas em nossa legislação.

Arnaldo Rizzardo (208, p. 680) ensina que “nas legislações de outros países conhecem-se formas diferentes, que se assemelham a variantes da comunhão e separação de bens”. Referido autor faz um estudo dos regimes de bens de em relações a outros países e resumidamente faremos esta exposição.



Na Argentina, por exemplo, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 680) destaca que “há um regime de bens que se confunde com o nosso regime da comunhão parcial, equivalendo a uma sociedade de bens”, há, também, o regime de união de bens, que, segundo GOMES apud RIZZARDO (2008, p. 680/681), é assim definido:

Caracteriza-se pela submissão de todos os bens pertencentes aos cônjuges à administração e gozo do marido, para que empregue os frutos no sustento da família. Distingue-se do regime da comunhão porque cada cônjuge conserva o domínio dos que lhe pertencem, não se constituindo patrimônio comum, característicos dos regimes comunitários propriamente ditos. Não pode o marido dispor dos bens que, na união, pertencem à mulher e, dissolvida a sociedade conjugal, cumpre-lhe restituir os que estiveram sob sua administração.

Outro regime existente é o chamado sistema de comunidade de administração, que, segundo Arnaldo Rizzardo (2008, p. 681) assemelha-se ao “regime de separação de bens, competindo ao marido a administração, que aproveita e desfruta os bens para o fim de fazer frente às despesas da família”, referido autor também acrescenta que este regime é adotado pela Suíça, vigorou na Alemanha como regime legal; e na França como convencional.

O regime vigente na Hungria, Costa Rica, Uruguai e Colômbia, conforme ensina Arnaldo Rizzardo (2008, p. 681) é o regime misto ou de participação, esclarecendo:

Pelo regime misto ou de participação, revelando certa proximidade ao regime de participação final de aquestos, os cônjuges conservam os bens próprios, adquiridos antes da união matrimonial. Mas, durante o casamento, aplicam-se as regras da separação. Com a dissolução, é efetuada uma partilha entre os cônjuges, como se dá na comunhão.

Na Espanha, segundo Arnaldo Rizzardo (2008, p. 681), vigora a sociedade de ganhos ou aquestos, destacando:

A falta de contrato antenupcial determina a adoção da sociedade legal dos aquestos. Estabelece-se uma sociedade envolvendo os bens adquiridos. Ao dissolver-se o matrimônio, o marido e a mulher dividem, em partes iguais, os ganhos ou benefícios obtidos indistintamente por qualquer dos cônjuges durante o casamento.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 681/682), também ensina que na França há o regime de comunhão dos frutos e dos ganhos, introduzido por uma Lei de 13.01.1965, definindo: “Trata de uma comunidade reduzida, referente aos ganhos, ou composta das aquisições feitas pelos esposos de modo conjunto ou separadamente. Cada cônjuge conserva a propriedade dos bens próprios.”

Na Alemanha vigora o regime legal de participação nos ganhos, ou nos aquestos, desde 1957, conforme Arnaldo Rizzardo (2008, p. 682), destacando que: “Cada cônjuge conserva seu patrimônio particular. Entra na comunhão, verificando-se a participação, o aporte trazido durante o casamento pela atividade dos cônjuges, que administram independentemente seus bens”.

Arnaldo Rizzardo ensina que “No direito russo, depois da Revolução de 1917, as relações familiares não passavam de relações comuns entre pessoas, sem regulamentação especial”, desta forma, não existia regime de bens. Porém, referido autor relata que “com o passar dos anos, formou-se uma jurisprudência que reconheceu a comunhão dos bens formados durante a sociedade conjugal, e que veio a ser acolhida pelo Código de Família de 1926”, dando origem à comunhão de bens adquiridos.

Já na Inglaterra e Estados Unidos, bem como na maioria dos estados, vige o regime de separação de bens, assim, finaliza Arnaldo Rizzardo (2008, p. 682).

## 4 REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

No Código Civil são apenas dois artigos que tratam deste regime, quais sejam, os artigos 1.687 e 1.688.

Este regime determina que os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

O regime de separação de bens é aquele em que o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, destaca Maria Berenice Dias (2011, p. 247).

No regime da separação de bens, conforme ensina Caio Mário Pereira da Silva (2009, p. 242), “cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como dos que forem a eles subrogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio”.

A separação de bens pode ser adotada de comum acordo entre os cônjuges ou pode ser imposta pela lei, sendo, neste último caso, uma exceção ao princípio da liberdade de escolha.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 665) destaca que se trata de um regime de bens “pouco adotado, mas de igual importância que os demais. Por meio dele, os cônjuges conservam exclusivamente para si os bens que possuíam quando do casamento e aqueles que adquirem ou vão adquirir na constância do mesmo”.

Quanto às características deste regime, Arnaldo Rizzardo (2008, p. 667) as resume e elenca, conforme transcrição que segue:

- a) Propriedade plena e exclusiva pelos cônjuges dos bens existentes antes do casamento, e dos adquiridos na sua constância.
- b) Administração exclusiva dos mesmos pelo respectivo cônjuge proprietário.

- c) Livre disposição pelo cônjuge proprietário quanto aos bens móveis e imóveis, sem outorga ou o consentimento do outro na alienação ou oneração.
- d) Em princípio, responsabilidade única na satisfação das obrigações pelo cônjuge que as contraiu, a menos se destinadas ao proveito comum.
- e) Os eventuais créditos entre os cônjuges, especialmente os decorrentes de participação nas despesas com obras em bens imóveis particulares, regulados pelo direito obrigacional aplicável a estranhos.
- f) Contribuição mútua entre o marido e a mulher nas despesas da família, na proporção dos respectivos rendimentos.

Para Arnaldo Wald (2000, p. 117), “trata-se de um regime de estrutura simples, em que subsistem com inteira independência dois patrimônios distintos: o do marido e o da mulher”. Arnaldo Wald (2000, p. 117), acrescenta, ainda, que:

Tanto os bens anteriores como os posteriores à celebração do casamento são da propriedade individual de cada um dos cônjuges, o mesmo acontecendo com a responsabilidade pelas obrigações assumidas, que recaem sobre o cônjuge que praticou o ato.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 395), resumem que, por meio desse regime, “os cônjuges conservam para si os bens que possuíam antes do casamento e aqueles que adquiram ou que irão adquirir na constância do casamento, havendo a total separação do patrimônio dos consortes, nada tornando-se comum.”

Acrescentam, ainda, que, nesse regime, “os cônjuges serão obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção do seu trabalho, dos seus bens e do seu rendimento, salvo disposição em contrário no pacto antenupcial”.

Em algumas circunstâncias é retirado o direito dos cônjuges de escolher o regime de bens, desta forma, a lei impõe o regime da separação obrigatória, nos seguintes casos, conforme artigo 1.641 do Código Civil, que diz:

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

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

- II- da pessoa maior de 70 anos;
- III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2008, p. 397) ressaltam que, “essa imposição, por advir da lei, subsiste, mesmo que expressamente não convencionado ou omissa o ato da celebração, não se aplicando, nenhuma a regra do artigo 1.640, do Código Civil”. Assim, não vigorará o regime da comunhão parcial, e nem se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento.

## 5 DA ALTERAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS FACE À LEI Nº 12.344/2010

Antes de abordarmos a Lei em epígrafe, que alterou o regime da separação obrigatória de bens, faremos uma breve explanação acerca da possibilidade de alteração do regime de bens em nosso ordenamento jurídico.

Começaremos pelo Código Civil de 1916, em que a imutabilidade do regime de bens era absoluta. Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 423), destaca que, “a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal abriu a possibilidade de amenizar o princípio da imutabilidade do regime legal do casamento, ao proclamar que no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 637) acrescenta que, no “Código revogado, em seu artigo 230, parte final, impunha a irrevogabilidade, não se abrindo ensanchas para a alteração, mesmo que motivos ponderáveis pudessem existir”.

Maria Berenice Dias (2011, p. 253) ensina que a “mudança do regime de bens foi introduzida no atual Código Civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003”, ressaltando:

Foi amplamente debatido se tal direito podia ser buscado por quem se casou sob a égide da legislação pretérita, que vedava a mudança no regime matrimonial de adotado quando do casamento. O tema ganhou mais significado em face da norma que se encontra nas disposições finais transitórias (CC 2.039): *o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido*. Ainda assim, é mister reconhecer que não existe restrição legal à mudança, independentemente da época em que foi celebrado o matrimônio. É imposto o respeito ao regime de bens, e não a sua imodificabilidade. Não há que se falar em direito adquirido a restrição de direito. Conseqüentemente, se a Lei concede um benefício mais amplo, não cabe limitar a liberdade de buscar sua concessão.

Assim, o atual Código Civil permite a alteração do regime de bens, na constância do casamento, desde que motivada e com autorização judicial, conforme artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, a seguir transcrito:

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

§2º 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.

Maria Berenice Dias (2011, p. 252), ensina:

Ainda que a lei fale “alteração do regime de bens”, tal não significa que a única possibilidade seja trocar um regime por outro, ou fazer uma combinação entre as modalidades existentes. Como os nubentes têm plena autonomia para deliberar sobre seus bens antes do casamento, dispõem da mesma liberdade para introduzirem as modificações que quiserem durante o matrimônio.

Porém, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 423) que “o regime de bens para ser modificado, não pode ser o obrigatório, imposto no artigo 1.641 do Código Civil”.

Do mesmo modo, afirma Maria Berenice Dias (2011, p. 252), que se “o regime de bens foi imposto em face da idade, a jurisprudência não admite a alteração do regime de bens”.

Nesse sentido, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 173) também concordam com a impossibilidade de mudança, uma vez que “a norma protege aqueles que atingiram tal idade, salvo se, por procedimento judicial, ficasse reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil”.

Deste modo, foi aprovado um enunciado na III Jornada de Direito Civil possibilitando a alteração do regime de bens de casamento celebrado sob o regime da separação legal ou obrigatória somente nas hipóteses dos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, nos seguintes termos: “Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração de regime, desde que superada a causa que o impôs” (Enunciado 262 CJF/STJ).

Rolf Madaleno (2011, p. 694) ressalta:

Seria até injusto que casamentos realizados em qualquer uma das hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil não pudessem ser alcançados pela posterior alteração do regime de bens, nos termos do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil, especialmente quando verificada a estabilidade e durabilidade da união conjugal, na qual foram adquiridos bens que, embora comprados na constância do casamento, só teriam um proprietário, mesmo no casamento de septuagenário (Lei nº 12.344/2010).

Assim, na visão do referido autor (2011, p. 694), “não permitir a alteração do regime obrigatório da separação de bens por consenso dos estáveis cônjuges seria ofender o princípio da *dignidade da pessoa humana*”.

Rolf Madaleno (2011, p. 703) comenta que “foi cogitado que a alteração do regime de bens prevista no § 2º, do art. 1.639, do Código Civil, só seria aplicável aos casamentos posteriores a 11 de janeiro de 2003”, mencionado:

Por essa ótica, a mudança do regime de bens não seria acessível às pessoas casadas sob a égide do Código Civil de 1916, cujo texto vedava peremptoriamente a alteração intercorrente do regime patrimonial adotado com o matrimônio. Assim era afirmado com fundamento no ato jurídico perfeito, sufragado no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal e art. 6º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), ao consagrar o princípio da irretroatividade das leis.

Porém, Rolf Madaleno (2011, p. 705), não concorda com a posição acima descrita, afirmando:

Não há que se falar em direito adquirido quando um novo sistema substitui o anterior, pois existe uma nova disciplina no campo da mutabilidade do regime de bens, na qual o § 2º, do art. 1.639, do Código Civil de 2002 revogou o artigo 230 do Código Civil de 1916.

Assim, ensina o referido autor (2011, p. 706):

Normas de Direito de Família integram o Direito Privado, são imperativas, de ordem pública, contendo alterações sempre produzidas com vistas à própria evolução social, e se a lei concede um benefício mais amplo não há por que reduzir a capacidade dos casados antes do atual Código Civil.



Podemos concluir deste modo que, em se tratando da alteração trazida pela Lei nº 12.344/2010, é possível também a alteração de regime, com base no raciocínio do referido autor.

## 5.1 Do Direito intertemporal

Face à alteração do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, Maria Berenice Dias (2011, p. 253) entende: “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 anos, possível é a alteração do regime de bens, trazendo como único motivo a mudança de lei”.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 173) também concordam com a posição da referida autora, conforme transcrição que segue:

Porém, anote-se que, com o aumento da idade pela nova lei, é possível a alteração do regime das pessoas com idade entre 60 e 69 anos que, na vigência do sistema anterior, casaram-se pelo regime da separação obrigatória de bens.

Destacado, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 168) inclusive, a posição do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mencionado:

Entretanto, o TJSP, sem reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, admitiu tal mudança. A decisão é da 5ª Câmara de Direito Privado, relatada pelo Desembargador Benedito Silvério Ribeiro (Apelação Cível sem revisão 540.808-4/0-00).

O referido julgado, mencionado pelos autores acima citados (2011, p. 169), ressalta: “O fato de se tratar de regime compulsório, imposto pela lei, no caso

do maior de 60 anos de idade, do mesmo modo, não afasta a possibilidade de alteração do regime”. Cumpre mencionar que, no caso em tela, o casal vivia em união estável há mais de 10 anos, anteriormente ao casamento,

Podemos, também, para defender possibilidade de alteração do regime de bens da separação obrigatória para aqueles que contraíram matrimônio antes da entrada em vigor da Lei nº 12.344/2010 e que não tenham completado, ainda, mais de setenta anos, invocar o princípio da igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pedro Lenza (2011, p. 875) ensina que “devemos buscar não somente a aparente igualdade formal, mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.

Desta forma, todos aqueles que não possuem mais de setenta anos, são iguais perante a lei, desta forma, não havendo mais restrição quanto à escolha do regime de bens, pois a idade mínima foi majorada, aquelas pessoas que contraíram matrimônio na vigência da lei anterior, podem pleitear a alteração do regime de bens, desde que não tenham atingido a referida idade.

## **6 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS**

O disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil é causador de polêmica no meio jurídico, com posições contrárias e a favor do instituto.

Este instituto passou, ao longo dos anos, por várias mudanças. Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 147), o “Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de sessenta anos, para a mulher, o limite de idade era cinquenta anos”. O novo diploma estabelece a mesma idade para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional.

Com a Lei nº 12.344/2010, mais uma mudança ocorreu, a idade foi majorada de sessenta para setenta anos, porém, a discussão doutrinária ainda prevalece, conforme veremos a seguir.

### **6.1 Posições favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade**

Dentre aqueles que defendem a inconstitucionalidade do disposto no artigo 1.641, do Código Civil, destacamos Maria Berenice Dias (2011, p. 248), afirmando que, “das hipóteses em que a Lei determina o regime da separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos, em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso”.

Maria Berenice Dias (2011, p.248) ainda menciona:

A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma preocupação (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem.

Com veemência, Maria Berenice Dias (2011, p. 248), ressalta:

Para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição de incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Maria Helena Diniz (2011, p. 208) tem uma posição peculiar e explica:

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

Desta forma, notamos que a referida autora faz uma crítica em relação ao dispositivo e, após, defende o pensamento que levou o legislador a criar tal restrição em nosso ordenamento jurídico.

A I Jornada de Direito Civil entendeu que o artigo 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional, conforme o Enunciado 125 CJP/STJ, que diz:

A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passar a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns

atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Percebemos que não adiantou o legislador majorar a idade limite de mais de sessenta para mais de setenta anos de idade, com a Lei nº 12.344/2010 pois, na visão dos juristas, não importa a idade, a restrição será sempre inconstitucional.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 165) são taxativos ao defenderem a inconstitucionalidade do dispositivo ora estudado, tanto é que afirmam que o Enunciado 125 CJF/STJ acima transcrito é perfeito, explicando:

Primeiro porque 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 não é plausível.

Para finalizar o pensamento, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 165) acrescentam: “Ser herdeiro não é profissão...”

Na visão de Arnaldo Rizzardo (2008, p. 673), o correto seria “excepcionar a obrigatoriedade do regime de separação se ambos os nubentes fossem maiores de sessenta anos”.

Referido autor (2008, p. 670) ainda sustenta:

No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aquestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher. Se na sociedade de fato prevalece tal solução, quanto mais no casamento, que é um *plus*, uma união institucionalizada e protegida por todos os ordenamentos jurídicos. Esta posição, encontra inspiração na equidade e na lógica do razoável, formadas pelos motivos subjacentes da Súmula nº 377.

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 671) ainda acrescenta que, “se na própria união estável ou concubinato há a comunhão, seria um contra-senso o tratamento

diferenciado da matéria no casamento, embora celebrado pelo regime de separação obrigatória”.

Porém, o autor citado acima (2008, p. 668/669) destaca que as hipóteses de separação obrigatória ou legal, “foram instituídas, sobretudo, com o intuito de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública”.

Assim, percebemos que o inciso II, do artigo 1.641 foi alterado pela Lei n 12.344 de 09.12.2010, aumentando o limite de idade de 60 para 70 anos, porém, mesmo com esta alteração, continua na doutrina e na jurisprudência discussão acerca da constitucionalidade ou não deste dispositivo.

No caso do inciso II do referido artigo, a obrigatoriedade pode ser afastada quando o casamento é antecedido de união estável, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem, conforme disposto no enunciado 261, da III Jornada de Direito Civil, proposto pelo Desembargador Federal do TRF da 3ª Região Cotrim Guimarães, que tem a seguinte redação:

“A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Referido enunciado é defendido por Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 171), tendo em vista que, em havendo prévia união estável, a restrição, em vez de protetiva, se torna injusta, pois o casal de companheiros pode ter amealhado patrimônio por uma vida e que, com a separação obrigatória, pertencerá apenas a um dos companheiros. Assim, a separação obrigatória geraria um enriquecimento sem causa injustificado, que é vedado pelo art. 884, do Código Civil.

Sílvio Rodrigues (2008, p. 144), com base no antigo diploma, salienta que “a proibição não se circunscreve apenas ao casamento de mancebo com sexagenária, ou ao casamento de sexagenário com mulher jovem”, no caso, a obra é anterior à Lei que majorou a idade para setenta anos, mas o pensamento do autor

se refere ao fato de a proibição se impõe mesmo quando ambos os cônjuges possuem setenta anos ou mais.

O referido autor ressalta (2008, p. 144), ainda, que tal restrição “é atentatória da liberdade individual” e acrescenta (2008, p. 145) que “defeituosa por excessiva, é objetiva a proibição que se encontra na lei”, mencionando:

No entender do atualizador desta obra, melhor solução se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime.

Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 326), manifesta sua posição contrária ao artigo 1.641, II, do Código Civil ao elogiar a sustentação de Sílvio Rodrigues. Na sua opinião, o referido autor “posiciona-se francamente e com razão contra a imposição legal”, transcrevendo, inclusive, um dos pensamentos do autor a respeito da questão”.

Houve uma tentativa de revogação do inciso II, do artigo 1,641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), com o projeto de Lei do Senado nº 209, de 2006, de autoria do Senador José Maranhão para permitir às pessoas maiores de sessenta anos a livre decisão sobre o regime de bens no casamento. No entanto, o projeto foi arquivado em 03/02/2011, nos termos do artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal, tendo em vista que, ao final da legislatura, não foi apreciado pelo Senado Federal.

Diante do exposto, restam poucas observações a fazer ou argumentos a utilizar para a defesa da inconstitucionalidade da norma.

Quanto às observações, verificamos que a aposentadoria compulsória se dá aos setenta anos de idade, desta forma, nosso legislador aceita que uma pessoa possa trabalhar até esta idade, com lucidez, sem carências, enfim, desempenhe bens suas tarefas, não correndo o risco de ser enganado por terceiros em face da sua idade avançada. Porém, como pode esta mesma pessoa, de um dia para o outro, ao atingir a idade de setenta anos, perder o discernimento ao ponto de

não poder escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mais distante da realidade era o limite anterior, de sessenta anos de idade, ou seja, para trabalhar têm condições de fazê-lo até os sessenta anos de idade, porém, para decidir algo de seu interesse, no caso a escolha do regime de bens, sua liberdade é suprimida.

## **6.2. Posições que defendem a constitucionalidade**

Começamos por citar o próprio legislador, que aprovou o dispositivo em questão.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 417), não defende abertamente a constitucionalidade da norma, porém, explicando o dispositivo 1.641, II, do Código Civil, menciona que tal restrição é “eminente de caráter protetivo, pois objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico”.

Diante do exposto, concluímos que o autor mencionado é a favor da norma, pois, além de não fazer crítica alguma à restrição legal, menciona apenas que a doutrina, quase unânime, tem-se posicionado no sentido de que a referida é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, não participando desta corrente.

Porém, referido doutrinador não leva em consideração o fato de casamentos por interesses econômicos podem ocorrer em relação a cônjuges com idade inferior aos setenta anos.

A obra atualizada de Washington de Barros Monteiro (2011, p. 301), é uma das poucas publicações que defendem a constitucionalidade da restrição. A atualizadora, Regina Beatriz Tavares da Silva, registra que, “tendo em conta a idade, com o intuito de pô-los a salvo de qualquer propósito subalterno ou menos digno, o legislador prudentemente prescreve o regime da separação”.



Washington de Barros Monteiro (2011, p. 301) acrescenta, ainda, sua concordância com a justificativa do Senador Josaphat Marinho na manutenção do artigo 1.641, II, do Código Civil, que diz tratar-se de “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes, haja vista que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos”.

O argumento de que a idade avançada acarreta maiores carências afetivas é bem relativo, não se pode afirmar que a carência seja um estado emocional que apareça com o avançar da idade.

Na visão de Washington de Barros Monteiro (2011, p. 301), possibilitar o regime da comunhão universal de bens no caso ora estudado, poderia acarretar “consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento”.

Percebemos que o autor citado acima se preocupa mais com a família, com os filhos, do que com o próprio septuagenário, ou seja, sua liberdade de escolha de regime de bem que lhe melhor aprouver é mitigada pelos interesses de terceiros.

Por fim, verificamos que Washington de Barros Monteiro (2011, p. 302) dedica boa parte de sua obra defendendo a constitucionalidade do artigo em questão. Ao defender sua posição, rebate as críticas da doutrina que tem uma posição contrária a sua, afirmando que o “direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu artigo 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico”. Assim, justifica que os limites à liberdade individual existem em vários dispositivos do nosso ordenamento, inclusive no direito de família, citando os impedimentos matrimoniais, bem como a fidelidade, limitando a liberdade dos cônjuges. Salaria que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares.

## 7 CONCLUSÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, podemos notar a importância do estudo em relação ao direito de família, haja vista o grande número de doutrinadores que escreverem a respeito do assunto.

Verificamos, também, que o tema abordado é de igual importância para sociedade, uma vez que a expectativa de vida vem aumentando, ultrapassando, conforme dados estatísticos, os 70 anos de idade, em nosso país.

No tocante à alteração do regime de bens na constância do casamento, verificamos que há interesse pelo tema, haja vista as várias questões levantadas sobre o assunto, uma vez que houve uma evolução em nosso ordenamento jurídico, permitindo essa possibilidade, não albergada pelo Código Civil de 1916, conforme posições doutrinárias e jurisprudenciais abordadas no presente trabalho.

Abordamos a possibilidade da alteração do regime de bens para aquelas pessoas maiores de sessenta anos, mas que ainda não atingiram a idade de mais de setenta, haja vista a alteração trazida pela Lei nº 12.344/2010, trazendo a posição de vários doutrinadores da área do direito de família, bem como da área constitucional, haja vista a lacuna deixada pelo legislador, que nos fizeram chegar a conclusão que é legal a referida alteração.

Verificamos que não são muitos os doutrinadores que abordam o tema da alteração do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta e menores de setenta anos.

Talvez, uma justificativa, seria o fato da alteração do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que majorou a idade mínima para a imposição do regime da separação obrigatória de bens, ser recente, pois a Lei que o alterou é de 2010.

Mesmo com a falta de previsão legal para a possibilidade de alteração de regime para aquelas pessoas que contraíram matrimônio na vigência

da lei anterior e a ausência de julgados que envolvam tal situação, concluímos que, é possível a alteração do regime de bens da separação obrigatória, disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil, para aquelas pessoas que, ao contraírem o matrimônio, na época, contavam com mais de sessenta anos, não atingindo o limite de setenta anos, haja vista a alteração do referido inciso, promovida pela Lei nº 12.344/2010, que majorou a idade limite de sessenta para setenta anos.

Chegamos a esta conclusão partindo, em primeiro lugar, do consagrado princípio da igualdade, disposto art. 5º, *caput*, e I, da Constituição Federal. Assim, os iguais, aquelas pessoas que não atingiram mais de setenta anos, devem ser tratadas de modo igual, podendo escolher qual o regime de bens, independentemente se casaram antes ou depois da Lei nº 12.344/2010.

Além do princípio da igualdade destacamos também o entendimento dos ilustres juristas, como Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce e José Fernando Simão que são taxativos ao afirmarem a possibilidade da alteração do regime de bens da separação obrigatória, contida no inciso II da Lei nº 12.344/2012, conforme já exposto anteriormente, haja vista tão somente a mudança da introduzida pela Lei, ou seja, aqueles que não ultrapassaram a idade de setenta anos, podem pleitear, em juízo, a alteração do regime de bens da separação obrigatória, ficando livres para escolherem o regime de bens que melhor lhes aprouver.

No tocante ao inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, tema de nosso trabalho, destacamos ser um artigo polêmico, que atrai a atenção de diversos doutrinadores que, na grande maioria, defendem a inconstitucionalidade da norma, argumentando que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade, previstos na nossa Carta Magna, assim como afronta o Estatuto do Idoso.

Discorreremos acerca das posições contrárias e a favor do referido instituto.

Concluímos que o referido dispositivo é inconstitucional, pois ofende o “*caput*”, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de qualquer natureza.

A tal proteção defendida pelo legislador, contra possível “*golpe do baú*”, nada mais é que uma proteção aos herdeiros, pois, pessoas que contraem

matrimônio por interesse, podem fazê-lo com um consorte de qualquer idade. Ninguém está livre de um possível “golpe do baú”, o que não justificaria, por si só, a existência do inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil.

Ressaltamos, também, que as justificativas apresentadas pelo legislador para a imposição de uma idade limite para a escolha do regime de bens, tais como o chamado golpe do baú, a carência em face da idade, que tornam os maiores de setenta anos mais vulneráveis, constituem fatores extremamente relativos, haja vista que uma pessoa pode ser enganada por outra, independentemente da idade, ainda, geralmente, com o passar da idade, as pessoas acabam ficando mais experientes, ou seja, menos suscetíveis a erros.

Esta preocupação ou zelo, que o legislador afirma ter para com os septuagenários, acaba por limitar a liberdade de escolha dos mesmos em relação ao regime de bens, que acaba por repercutir na esfera patrimonial, pois há uma nítida proteção aos herdeiros, em detrimento do cônjuge. Ou seja, acaba por prejudicar o casal, de modo geral.

Para finalizar, devemos destacar, ainda, que não obstante a carência afetiva argumentada pelo legislador para defender o referido artigo, há que se levar em consideração a experiência e sabedoria adquirida ao longo dos anos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código Civil**, Vade Mecum. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Constituição Federal**, Vade Mecum. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 .

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º volume: Direito de família, 26ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VI: direito de família. 7ª ed.; São Paulo, Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, volume II: 15ª ed.; São Paulo, Saraiva, 2011. (Coleção Sinopses jurídicas; v. 2).

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 15ª ed., Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf, **Curso de direito de família**, 4ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 41ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2011, ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, v. 4.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume 6: direito de família**. 28ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2004.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5: Direito de família**. 6ª ed.; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

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

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13ª ed.; Saraiva: Saraiva, 2000.

<http://www.senado.gov.br/atividade/material/getPDF.asp?t=93152&tp=1>

[http://pensador.uol.com.br/autor/madre\\_teresa\\_de\\_calcuta/2/](http://pensador.uol.com.br/autor/madre_teresa_de_calcuta/2/)

<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)