

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE
BENS AOS MAIORES DE SESSENTA ANOS**

Aracelli Mendonça Daves

Presidente Prudente / SP

2006

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE
BENS AOS MAIORES DE SESSENTA ANOS

Aracelli Mendonça Daves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente / SP

2006

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SESSENTA ANOS

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

Sérgio Augusto Frederico

Andréa Silva Albas

Juliana Brito Mendes de Barros

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2006.

Meu refúgio, minha fortaleza,
meu Deus, eu confio em ti!
SALMO 91 (90)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu porto seguro, por todas as bênçãos que derramou sobre mim.

Aos meus pais, Osvaldo Claro Daves e Edna Maria Mendonça Daves, que sempre estiveram ao meu lado me ajudando. Obrigada por me darem o melhor que qualquer pai poderia dar ao filho, muito amor, carinho e educação. Pelas noites em claro que meu pai passou na estrada, sempre lutando para dar o melhor conforto possível a nossa família. Pela paciência e momentos de aflição de minha mãe, durante mais esta etapa da minha vida. Amo muito vocês.

Ao meu irmão, Rafael Mendonça Daves, que amo muito, pelas vezes que não pôde utilizar o computador.

Aos meus tios e primos, bem como minha querida avó Irene Bento de Mendonça, agradeço por sempre poder contar com a torcida e carinho de todos.

Ao meu namorado, Diego Coimbra de Freitas, que esteve ao meu lado me dando atenção, amor e carinho. À você, meu amor.

Ao meu orientador, Dr. Sérgio Augusto Frederico, agradeço a confiança depositada ao me aceitar como sua orientanda.

A Dra. Andréa Silva Albas e a Dra. Juliana Brito Mendes de Barros, meu carinho e agradecimento pelo pronto atendimento quando convidadas para compor a minha banca examinadora.

Não posso deixar de agradecer novamente ao Dr. Sérgio Augusto Frederico que me ajudou, com paciência, na conclusão deste trabalho, e a Dra. Andréa Silva Albas, sempre me apoiando e ajudando no decorrer destes anos.

RESUMO

Neste trabalho a autora analisou a constitucionalidade do regime de bens imposto aos maiores de sessenta anos. Para tanto, abordou sobre os regimes de acordo com a evolução das relações familiares. Tal destaque se deve à preocupação existente com os bens patrimoniais levados ou adquiridos durante a vida conjugal, há séculos. O antigo código civil trazia três princípios relativos aos regimes de bens, o regime da variedade, da imutabilidade e da liberdade dos pactos antenupciais, sendo supletório o regime de comunhão universal de bens. Em 2002, o Novo Código Civil trouxe inovações, modificando o regime supletório para o de comunhão parcial de bens, além de extinguir o regime dotal e trazendo o regime de participação final dos aqüestos. Outra inovação foi a mutabilidade dos regimes de bens após o casamento, desde que motivada e autorizada judicialmente. A exceção a esta regra da mutabilidade encontra-se amparada no art. 1.641 do código civil, em especial no inciso II deste artigo, referente à obrigatoriedade da aplicação do regime de separação total de bens aos maiores de sessenta anos. O legislador, assim como alguns doutrinadores, fundamentam esta imposição no caráter protetivo, tudo para evitar o casamento por interesse econômico. Por outro lado, alguns defendem a idéia de que esta obrigatoriedade ao regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos fere princípios constitucionais fundamentais e inerentes ao indivíduo, como o princípio da igualdade, do devido processo legal e o da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Regimes de bens. Maiores de sessenta anos. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

In this work the author analyzed the constitutionality of the régime of property conferred over sixty-year-old people. Therefore, it approached to the régime according with the evolution of family relationship. This note applies oneself to the worry existing with the patrimonial property taken or obtained during the conjugal life in century. The old civil code brought three principles related to the régime of property: the régime of variety, régime of immutability and the régime of liberty of the premarital contract being supplemented the régime of universal common property. In 2002, the new civil code brought innovation, modifying the supplemented régime of the parcial common property, besides suppressing the dotal régime and bringing the régime of final participation of the property obtained after marriage. Anther innovation was the mutability of the régime of property after marriage, ever since motivated and authorized judicially. Excluding this of mutability is supported in the article 1641 of the civil code, in special in the section of this article with reference to the obligation of the application of the régime of total separate estate to over sixty-year-old people. The legislator, in the same way that some doctinaire rely on this imposition in the protective character, everything to avoid the marriage for economical interests. On the other hand, some support the idea that this obligation to the régime of estate to over sixty-year-old people contrary to the fundamental constitutional principles and inherent to the individuals, like the principle of equality, of due to legal process and of the human beings dignity.

Key words: Régime of property. Over six-year-old people. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS REGIMES JURÍDICOS DE BENS.....	10
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	16
2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	16
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	20
2.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	22
3 PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS REGIMES DE BENS.....	24
3.1 PRINCÍPIO DA VARIEDADE DOS REGIMES DE BENS	25
3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DOS PACTOS ANTENUPCIAIS.....	27
3.3 PRINCÍPIO DA MUTABILIDADE JUSTIFICADA E DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL	30
4 REGIMES DE BENS.....	33
4.1 DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL.....	33
4.2 DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS OU DA COMUNHÃO TOTAL.....	35
4.3 DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS.....	37
4.4 DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS	39
4.5 DO REGIME DOTAL DE BENS	43
5 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	46
5.1 DAS PESSOAS QUE O CONTRAÍREM COM INOBSERVÂNCIA DAS CAUSAS SUSPENSIVAS DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO	48
5.2 DE TODOS OS QUE DEPENDEREM, PARA CASAR, DE SUPRIMENTO JUDICIAL	49
5.3 DA PESSOA MAIOR DE 60 (SESSENTA) ANOS.	49
6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SESSENTA ANOS	52
7 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	60

INTRODUÇÃO

Os nubentes sempre se preocuparam em estabelecer regras para regulamentar os bens que cada um trazia para a entidade familiar, bem como os adquiridos durante ela. Sendo assim, no início deste trabalho foram demonstradas as regras utilizadas pelos antigos povos acerca do patrimônio dos cônjuges.

Atualmente, com o advento do novo código civil, ocorreram mudanças nas espécies de regimes de bens, e também nos princípios relativos a eles. O princípio da imutabilidade, previsto no antigo código, foi modificado para o da mutabilidade dos regimes de bens, desde que motivada e autorizada judicialmente.

Ao longo do trabalho, foram ressaltados os princípios constitucionais e a imposição do regime de bens aos maiores de sessenta anos. Esta obrigatoriedade é uma das exceções à mutabilidade dos regimes de bens, haja vista que o legislador, apesar de sérias críticas, manteve do Código de 1916 esta imposição prevista no art. 1.641, II, do Novo Código Civil. Alguns doutrinadores e jurisprudência asseveram que esta obrigatoriedade fere princípios previstos constitucionalmente.

Desta forma, o presente trabalho buscou demonstrar a importância dos princípios constitucionais, e a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Novo Código Civil.

1 Evolução histórica dos regimes jurídicos de bens

No casamento, como nos ensina José Antonio Encinas Manfré (2003, p. 01), destaca-se o vínculo afetivo-pessoal entre os cônjuges, e destes com os filhos. Tal vínculo não se restringe apenas ao matrimônio, estende-se à união estável, que também é protegida constitucionalmente. Mas, é com relação ao efeito patrimonial que ocorrem algumas divergências, durante ou, principalmente, na dissolução da vida conjugal. Silvio Rodrigues (2002, p. 195) comenta a respeito:

Na fase romântica, que antecede o casamento, os noivos preferem não discutir patrimônio, muito menos fazer um pacto antenupcial, casando-se com o regime legal vigente. Mas, com o desfazimento é que os nubentes percebem a necessidade de se estabelecer um regime.

Percebemos que a preocupação com o patrimônio não é dos dias atuais, isto vem de séculos. O ilustre autor Arnaldo Wald (2000) explica que a família brasileira sofreu influências da família romana, canônica e germânica. No direito romano, se o casamento fosse *cum manus*, a mulher deixava sua família e passava a integralizar na do marido, sendo que seu patrimônio era absorvido pelo do cônjuge. O casamento *cum manus* deu-se por três modos, a saber, o *usus*, a *coemptio* e a *confarreatio*.

Sob a forma do *usus*, marcada pela simples convivência entre os consortes, associada à intenção de durabilidade e à idéia de *usucapio*, transformou a simples união em verdadeiro casamento. Já a *confarreatio*, uniam-se apenas aqueles das classes privilegiadas. Esta era a mais solene e religiosa forma de constituição de casamento. Com a *coemptio*, simulava-se uma compra e venda da mulher ao marido, produzindo os efeitos do casamento *cum manu*.

Por outro lado, com o casamento *sine manu*, cada qual mantinha seu patrimônio. Deste último é que surgiu o chamado *dote*, reunião de bens da esposa que integralizava definitivamente ao do marido, como forma de contribuição pelos encargos que o homem suportaria. Arnaldo Wald faz um breve relato de tais assertivas:

Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater.

Acrescentou ainda, que a mulher, mesmo se casando, continuaria sob a autoridade paterna, sendo o casamento realizado sem *manus*, de outra sorte, entraria na família marital, se casamento com *manus*. O que não se admitia era a mulher integralizar, concomitantemente, em duas famílias. O professor Washington de Barros Monteiro (2004, p. 28) explica sobre o início do casamento, que se deu em Roma, e suas espécies:

Historicamente, o casamento começa a interessar em Roma, onde se achava perfeitamente organizado. Inicialmente, havia a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*. A primeira era o casamento da classe patricia, correspondendo ao casamento religioso. Dentre outros traços, caracterizava-se pela oferta aos deuses de um pão de trigo, costume que, estilizado, sobreviveu até aos nossos dias, com o tradicional bolo de noiva. Esta primeira forma não tardou, todavia, a cair em desuso e já se tornara rara ao tempo de Augusto. A *coemptio* era o matrimônio da plebe, constituindo o casamento civil e descrito por GAIO como uma *imaginaria venditio*. Finalmente, o *usus* era a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de *usucapião*.

A evolução da família teve a finalidade de restringir a autoridade do 'pater', dando maior liberdade aos filhos e mulheres. Nesse sentido, posiciona-se Arnaldo Wald (2000, p. 10):

Com a passagem do casamento com *manus* ao casamento sem *manus*, realizou-se a emancipação gradual e progressiva da mulher romana. A mulher casada *sine manus* continua sob o pátrio poder do seu ascendente e, se não tiver mais antepassados vivos do sexo masculino, fica sob a tutela de um agnado.

A professora Giselda Maria F. Novaes Hironaka (2000, p. 23) discorre acerca de tais informações:

[...] entre os ancestrais romanos, encontraremos tipos bastante curiosos neste modelo que se pode denominar casamento por compra ou troca, como por exemplo, a *coemptio*, que consistia na venda simbólica da noiva ao noivo, de forma ritual, ou a *confarreatio*, que consistia numa celebração solene, de natureza religiosa, na qual se ofertavam, aos noivos, o *panis farreus*, na presença de dez testemunhas. Ou, ainda, como antiga modalidade romana, o casamento *cum manus*, espécie de casamento pelo *usus*, que se consolidava pelo *usucapião*, salvo se a convivência fosse interrompida pela *usurpatio trinoctii*, isto é, se a mulher

passasse três noites fora de casa, provocando, assim, o divórcio, pois seria repudiada pelo marido.

Ainda, Arnaldo Wald (2000, p. 106) fala sobre o patrimônio conjugal no direito romano e sua evolução:

É interessante assinalar a evolução do regime econômico familiar desde o direito romano até os nossos tempos. Já vimos que, inicialmente, a família era uma unidade econômica, tendo patrimônio próprio, administrado pelo pater família. A emancipação gradual da mulher e dos filhos levou o direito romano a criar pecúlios, adotando-se regime dotal a fim de proteger os direitos da mulher aos seus bens próprios, que não podiam mais ser alienados pelo marido. O direito medieval restabeleceu a unidade patrimonial da família, mas já agora considerando como titulares tanto o marido como a mulher e exigindo para os atos importantes da vida econômica autorização da mulher (outorga uxória).

Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 170) relata sobre a evolução do regime de bens no casamento:

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo marido, que se tornava único proprietário e administrador. Tratava-se de consequência do casamento cum manu, ao qual já nos referimos. Como a mulher ficava sujeita ao poder do pater família, assim também ficavam seus bens. O antigo direito saxão também estabeleceu uma unidade patrimonial entre os esposos e foi aplicado igualmente nos Estados Unidos até meados do século XIX, sendo substituído pelo regime da separação, como consequência da emancipação da mulher. A legislação comparada toma os mais diversos rumos nessa matéria, não se divisando tendência de uniformidade, como ocorre em inúmeros outros institutos jurídicos. Cada país apresenta matiz próprio, porque o regime de bens conjugais depende dos costumes e das necessidades sociais locais.

Pontes de Miranda (2001) também tece comentários a respeito do direito romano, explicando as formas de casamento, se com ou sem *manus*, e o uso do dote, “conjunto de bens que passavam definitivamente ao marido e aumentavam a sucessão paterna dos filhos”.

Já no direito germânico, o mesmo autor explica que as fontes sobre o direito germânico são incertas, no que tange aos cônjuges. Observamos que o marido tinha o poder de administrar os bens da esposa, mas com o fim do enlace os devolviam à mesma. Foi desse princípio que se desenvolveu o regime de comunhão administrativa.

Na idade média, a comunhão de bens é que teve sua vez, não encontrando estrutura no direito romano, que predominava o regime dotal. Segundo ensinamentos de Arnaldo Wald (2000, p. 106):

Os costumes medievais desenvolveram-se na França e em outros países europeus as chamadas *communautés taisibles* (comunhões tácitas), em certos grupos sociais, que passavam a constituir uma única unidade econômica. O regime da comunhão se consolidou na família medieval sob a influência da moral cristã, que visava a cimentar a unidade da família até no campo patrimonial.

De acordo com tal regime os imóveis da mulher integralizavam aos ganhos do casal como contribuição de suas despesas. Posteriormente os móveis também foram incluídos nesta comunhão. Concomitantemente a isso, criaram-se regras especiais, pactos e convenções antenupciais, especialmente por interesse da burguesia urbana.

A comunhão de bens também foi aplicada nos Estados Unidos até o século XIX, sendo posteriormente substituída pelo regime de separação, em razão da emancipação feminina.

Já o direito português sofreu influência dos visigodos e, no início, em alguns locais, a comunhão decorria do casamento, em outros, de convenção. Com a Ordenação Manoelina essa diversidade se extinguiu, tornando legal o regime de comunhão, caso os cônjuges nada convencionassem a respeito. As Ordenações Filipinas também adotaram tal regime, mantendo a indissolubilidade do vínculo conjugal. É o que nos explica Arnaldo Wald (2000, p. 104):

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 aos casamento “segundo o costume do reino”.

No Brasil, a ordenação lusitana influenciou a elaboração do Código Civil de 1916, elegendo a comunhão universal de bens como regime legal, salvo se houvesse pacto antenupcial estipulando de forma diversa e não ferisse ordem pública ou expressa disposição legal. Este código recepcionou quatro regimes de bens, quais sejam: comunhão universal, comunhão parcial, separação total e regime dotal, todos vigentes a partir da data do casamento. Mas, nesse sistema o

regime era irrevogável, extinguindo-se somente com a dissolução da sociedade conjugal.

Com a criação da Lei do divórcio (Lei n° 6.515/1977), o regime legal de bens no país foi modificado para o regime de comunhão parcial de bens, além de possibilitar a dissolubilidade do matrimônio. Silvio Rodrigues (2002, p.196) faz breve comentário a respeito:

Nos casamentos mais antigos, ou seja, nos realizados antes de 1978, o regime mais freqüente era o da comunhão universal, enquanto nos realizados posteriormente o regime prevalecente é o da comunhão parcial. Isso decorre do fato de a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) ter alterado o regime legal, dispondo que, não havendo pacto antenupcial, o regime é o da comunhão parcial, quando, anteriormente, no silêncio dos contraentes, prevalecia o regime de comunhão universal.

Posteriormente, com a Lei n° 10.406/2002, o Brasil passou a ser regido pelo Novo Código Civil, que retirou o regime dotal, criando a participação final dos aqüestos. Sobre o assunto, Maria Helena Diniz (2002, p. 162) diz que “o novo código civil não faz menção ao regime dotal, no que andou bem, e refere-se, nos artigos 1.672 a 1.686, a um novo regime: o da participação final dos aqüestos [...]”.

Silvio Rodrigues (2002), por sua vez, tece observações a respeito da não aceitação do regime dotal, sendo nula sua repercussão na vida brasileira. Finaliza dizendo que, em razão disso, esse regime foi rejeitado pelo novo Código Civil.

Além disso, o Novo Código Civil, em seu artigo 1.639, § 2º, admitiu a “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”.

Desta sorte, verificamos que há tempos a entidade familiar se preocupa com o patrimônio dos consortes. Mas, com a evolução da sociedade, as espécies de casamentos e seus respectivos regimes de bens também evoluíram. Antigamente, como a sociedade era exclusivamente formada em torno do chefe de família, que era o marido, todos os bens ficavam sob sua administração plena. Com o passar dos tempos, aliada à emancipação feminina, estas passaram a exercer seus direitos sobre o patrimônio do casal. Atualmente, ambos os

consortes possuem direitos iguais, sendo que o regime de bens é escolhido por eles, conjuntamente, resguardando os direitos de cada um.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é a lei fundamental de um Estado, e seu art. 5º, aplica-se a todas as pessoas, tanto físicas, quanto jurídicas, sem quaisquer distinções. É no corpo de seu texto que encontramos alguns direitos e garantias existentes no ordenamento.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Alexandre de Moraes (1997, p. 49) ensina que, em regra, os direitos que a Magna Carta prevê têm eficácia e aplicabilidade imediata, sendo assim, não precisam de legislação para regulamentá-las:

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A Constituição Federal veio reafirmar e consolidar valores primordiais existentes, alguns dos fundamentais direitos do indivíduo. Dentre eles enquadram-se os princípios, que devem amparar cada um para uma harmonia geral dentro da sociedade.

2.1 Princípio da igualdade

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, tratou da isonomia formal, sendo assim, direcionou ao legislador e ao aplicador do direito o dever de tratamento igualitário a todas as pessoas. Alexandre de Moraes (2003, p. 181) comenta acerca destas informações:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

O direito à igualdade é fundamental à democracia, pois não admite distinções e privilégios no tratamento das pessoas. Em razão disto, é que nos tempos antigos a burguesia nunca se interessou em reivindicar pela igualdade, pois contrariavam seus interesses.

A Constituição Federal consagrou este princípio, prescrevendo a todos a igualdade, desta sorte, o autor Alexandre de Moraes (1997, p. 52) fundamenta asseverando que o maior objetivo é que não haja tratamento diferenciado entre as pessoas, por meio de medidas arbitrárias:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...].

José Afonso da Silva (2000, p. 216), explicando sobre a igualdade, citou Aristóteles:

Vinculou a idéia de igualdade à idéia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar e que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

O autor complementa dizendo que se trata-se de justiça formal e que, sendo assim, na realidade, nada haveria de igualdade neste pensamento, mas sim uma injustiça real.

Por sua vez, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 90) fizeram críticas à máxima aristotélica:

A locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.

Desta maneira, Valéria Maria Sant'Anna (1995, p. 29) asseverou que o princípio da igualdade possui dois destinatários, sendo necessário a proibição de tratamentos diferenciados:

O princípio enunciado no art. 5º da Constituição tem como destinatários tanto o legislador quanto os aplicadores da lei. Todavia, se levarmos em conta as diferenças entre grupos sociais, vamos observar que inexistirá a igualdade em situações onde grupos mais abastados dominarão, dentro da igualdade formal, os grupos menos favorecidos; daí a necessidade de regras de igualdade material, onde teremos determinações explícitas que vedam distinções fundadas em certos fatores.

Os autores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989) explicam que, o que realmente se busca é a proteção de certas finalidades, sendo que o princípio só será lesionado se o elemento discriminador não encontrar sua finalidade prevista pelo direito. Há jurisprudência confirmando este posicionamento:

STF – “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem política-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vinculada, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo a lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância

desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade” (STF – Pleno – MI n° 58/DF – Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 19 abr. 1991, p. 4.580).

O pensamento de José Afonso da Silva (2000, p. 219) encontra amparo nesse sentido:

O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 91), devemos analisar os seguintes elementos para verificarmos se o princípio da igualdade está sendo aplicado:

O princípio da isonomia ver-se-á implementado, então, quando reconhecidos e harmonizados os seguintes elementos:

- a) fator adotado como critério discriminatório;
- b) correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada;
- c) afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional.

Dessa maneira, nenhum elemento, em si, poderá ser tido como válido ou inválido para a verificação da isonomia.

A exigência de altura mínima de 1,5 m para inscrição em concurso de advogado da Prefeitura, por exemplo, é claramente inconstitucional, pois o fator discriminatório adotado em nada se ajusta ao tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade entre os que têm altura maior ou menor.

O mesmo critério, contudo, é absolutamente afinado com a isonomia se adotado em concurso para ingresso na carreira policial. Aqui, o porte físico é essencial ao bom desempenho das funções. Logo, não implica qualquer inconstitucionalidade.

Explicando tais elementos, os ilustríssimos autores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 08) comentam:

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada [...]

Mais uma vez resulta claro que o problema da isonomia só pode ser resolvido a partir da consideração do binômio elemento discriminador – finalidade da norma.

Desta sorte, o que se deve observar é que os homens são desiguais sob vários aspectos, mas são exatamente iguais, em essência, como seres humanos, devendo, assim, ser considerada a igualdade entre eles, vedando qualquer tipo de discriminação, salvo se a distinção tiver certa finalidade buscada pelo direito.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de um dos direitos fundamentais da Constituição Federal, encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22:

Art. 22 Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 81) explicam que, “os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”.

Este princípio é prerrogativa do ser humano, que deve ser respeitado como pessoa, não devendo ser prejudicado em sua existência. O homem não deve ser visto como um objeto, mas como sujeito de direitos e obrigações. O autor Lourival Serejo (1999, p. 30) faz a breve assertiva:

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.

O princípio da dignidade é inerente à própria condição de ser humano, que necessita das mínimas condições para uma vida digna, que se fundamenta na igualdade de todos, vivendo em dignidade. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (1997, p. 41):

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

O mesmo autor (2003, p. 129) complementa dizendo:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Diante disto, incontestemente dizer que este princípio engloba muitos outros, como o princípio da igualdade já mencionado, os direitos da personalidade, envolvendo proteção à vida, liberdade, honra, integridade física e moral, entre outros. Neste mesmo patamar, José Afonso da Silva (2000, p. 109) assevera que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de

todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Sendo assim, havendo normas que colidem com esse princípio, elas serão tidas como revogadas ou inconstitucionais.

2.3 Princípio do devido processo legal

O devido processo legal, consagrado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal é uma garantia constitucional destinada a todos. Sua finalidade é proteger os indivíduos, através da lei, da ação arbitrária do Estado.

A Constituição Federal atual acrescentou de maneira explícita a expressão: “[...] e tampouco privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sobre esta inclusão, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 263) comentam:

Outra novidade de monta é a referência à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal. É oportuna esta inclusão. Embora o bem capital do homem continue a ser a liberdade, ninguém pode ignorar a importância representada pelo patrimônio na sua vida pessoal e familiar de cada um. Portanto, embora por vezes se faça presente que o Estado destitua alguém do domínio de determinado bem, é necessário que esta medida de extrema gravidade se processe com as garantias próprias do “devido processo legal.

Alexandre de Moraes (2004, p.124), por sua vez, faz breve relato acerca desta inovação:

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, além de fazer-se referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...]

Este princípio desencadeia muitos outros, também protegidos constitucionalmente como, por exemplo, o direito do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, da razoabilidade.

O mesmo doutrinador (2003, p. 368) asseverou que o devido processo legal tem ligação com o princípio da razoabilidade, definindo se conceito:

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas-, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

O devido processo legal era, e ainda é, um princípio indispensável no processo penal, haja vista que trata da liberdade do indivíduo. Observamos que a inovação feita, incluindo no inciso sua obrigatoriedade relacionada à privação dos bens, foi realizada com sucesso.

Ocorre que, o Estado não pode adotar medidas abusivas e restringir os direitos que o indivíduo possui sobre sua vida e seu patrimônio. Por isso que se torna necessário o desencadear de um processo, dando às partes os mesmos direitos de defesa, fundamentado no princípio da igualdade e devido processo legal.

3 PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS REGIMES DE BENS

Com o casamento, os cônjuges adquirem direitos e obrigações, envolvendo relações pessoais e patrimoniais. Tais direitos e obrigações constituem os efeitos do matrimônio, que são de três ordens, quais sejam, efeito social, pessoal e patrimonial.

- social: refere-se ao vínculo afetivo entre os cônjuges, formando uma família;
- pessoal: caracteriza-se pelos direitos e deveres de ambos, e destes com os filhos;
- patrimonial: regula as relações patrimoniais dos cônjuges, para isto, há regras especiais disciplinando.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 169) relata sobre o casamento e suas conseqüências:

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida.

Desse modo, o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das conseqüências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros.

O ilustríssimo autor também argumenta a respeito do conceito de regime de bens:

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. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a

administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges.

Maria Helena Diniz (2002, p. 145) conceitua regime matrimonial de bens como sendo “o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento”. Silvio Rodrigues (2002, p. 173), diz ser um “estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio”.

Por sua vez, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 183) conceitua como sendo “o complexo das normas que disciplinam as relações econômicas entre marido e mulher, durante o casamento”. Pontes de Miranda (2001, p. 143) diz que “regime de bens é o conjunto de regras, mais ou menos orgânico, que estabelece para certos bens, ou para os bens subjetivamente caracterizados, sistema de destinação e de efeitos”.

Portanto, concluímos que os nubentes necessitam de regras que regulem seus patrimônios, sendo bens próprios ou particulares, para estabelecer a propriedade, administração e responsabilidade que cada consorte possui sobre seus bens. Para regulamentar tal estatuto patrimonial, há três princípios fundamentais. São eles:

3.1 Princípio da variedade dos regimes de bens

Segundo o princípio da variedade dos regimes de bens, a norma não concede aos consortes um só regime para regulamentar seu patrimônio. Tanto é verdade que há quatro tipos de regimes legalmente previstos e, em regra, os nubentes também podem estipular o que lhes aprouver. Neste diapasão é o ensinamento de Orlando Gomes (2002, p. 173), que fala que este princípio “significa que a lei não impõe um regime matrimonial, mas, ao contrário, oferece a escolha dos nubentes diversos, que define em linhas gerais”. Mas, segundo José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 30) “essa probabilidade de diversificação não pode contrariar disposição absoluta de lei, sob pena de nulidade (art. 1.655), assim como princípios de ordem pública, fins e natureza da instituição matrimonial”.

Dessa forma, podemos concluir que prevalece a autonomia da vontade das partes, excetuando aquelas hipóteses trazidas nos incisos do art. 1.641, do Código Civil.

Os regimes de bens dividem-se, quanto à espécie, em comunhão universal; comunhão parcial; separação total e o de participação final dos aqüestos. Este último foi introduzido no Novo Código Civil substituindo o antigo regime dotal, que, segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 172), era um “conjunto de bens transferidos pela mulher ao marido, para que seus frutos e rendimentos suportassem os encargos da vida conjugal, sendo devolvidos com a extinção do matrimônio”. Importante ressaltar que tal regime não foi extinto do ordenamento, pois os casamentos realizados por ele continuam regidos pelo mesmo. Ocorre que, o casamento realizado a partir do Novo Código Civil não pode mais ser regido pelo regime dotal.

Os regimes de bens também se classificam quanto à sua origem, podendo ser legal, obrigatório ou convencional.

A fonte geradora do regime legal é a lei, seja porque as partes não escolheram o regime de bens, sendo o legislador compelido a estabelecê-lo; seja porque as partes, por uma razão ou outra, não têm direitos de eleger o regime. Dentre o regime legal, há o chamado regime legal supletório, que se dá na oportunidade em que os cônjuges, tendo o direito de eleger um regime, não o exercem. Quando tal situação ocorre, o regime que passa a vigorar, atualmente, é o regime de comunhão parcial de bens. Acerca do assunto, Maria Helena Diniz (2002, p. 148) tece o mesmo ensinamento:

Embora nosso Código Civil acolha o princípio da variedade dos regimes matrimoniais de bens e assegure aos nubentes o direito de estipularem, quanto a seus bens, o que lhes for conveniente, prefere um tipo de regime estabelecendo que, se os noivos não escolherem o regime de bens ou se sua liberdade de escolha for exercida de modo defeituoso, vigorará o regime que indica.

Antigamente, o regime supletório era o da comunhão total de bens, hoje, com a vigência do Novo Código Civil mudou para o regime de comunhão parcial de bens. Washington de Barros Monteiro (2004, p. 190) discorre sobre o assunto:

No Brasil, o regime comum era o da comunhão universal, até o advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Lembrou CLÓVIS que o

nosso direito positivo havia optado pelo regime da comunhão universal por motivos de ordem histórica e de ordem moral. Efetivamente, do ponto de vista histórico, o regime da comunhão, nascido entre os povos germânicos, espalhou-se pela Europa, através das incursões dos suevos e dos bárbaros, implantando-se assim em Portugal, de onde se trasladou para o Brasil, com as Ordenações do Reino.

O regime legal obrigatório é aquele em que a própria lei estabelece o regime a ser aplicado, desde que se enquadre nas hipóteses previstas, caso não haja possibilidade de escolha por parte dos nubentes. É o que ocorre no artigo 1641 do Código Civil, que impõe obrigatoriamente o regime de separação total de bens.

Já o regime convencional, como o próprio nome diz, fundamenta-se na convenção das partes. A fonte geradora mediata é a lei, mas a fonte imediata é a vontade dos nubentes.

3.2 Princípio da liberdade dos pactos antenupciais

Este princípio tem ligação com o primeiro, pois o legislador facultou aos nubentes a livre escolha do regime de bens, prevendo os quatro tipos anteriormente citados. Além disso, há a possibilidade de combinar tais regimes, formando um regime misto. Neste regime, os esposais podem estipular cláusulas, desde que respeitem a ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio. Nesse sentido, posiciona-se Arnoldo Wald (2000, p. 97):

[...] garante-se aos cônjuges, a máxima liberdade na escolha do regime que considerarem preferível, podendo as partes aceitar um regime típico com a regulamentação legal existente, ou modificá-lo de acordo com as suas conveniências, desde que não sejam violadas as normas imperativas referentes aos fins do casamento e a estrutura da família. Podem, assim, os interessados adaptar às suas necessidades o regime de bens que lhes parecer mais conveniente.

Orlando Gomes (2002, p. 173) tece observações a respeito:

Os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando adstritos, sequer, à adoção de um dos tipos, tal como se acham definidos em lei, eis que podem combiná-los, formando regime misto, uma vez respeitadas as disposições legais de ordem pública,

necessário que estipulem, mediante pacto antenupcial, o regime que escolheram. Na escolha há liberdade, mas o legislador, por motivo de precaução ou para punir os nubentes, impõe, em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório).

Mas, para que este regime tenha eficácia, é necessário um instrumento chamado contrato de convivência, no caso de união estável e, pacto antenupcial que, segundo Lafayette Rodrigues Pereira, citado por Silvio Rodrigues (2002, p. 175), cuja obra foi atualizada por Francisco José Cahali, conceitua como sendo um “contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre eles, durante o matrimônio”. Com o mesmo raciocínio, José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 34) assevera:

Essa liberdade de escolha do regime matrimonial consubstancia-se em pacto ou convenção antenupcial, precisamente o “contrato acessório ligado ao contrato principal, que é o casamento, celebrado por antecipação, no intuito de regular um estado de coisas que se inaugurará com a celebração do matrimônio”.

Não podemos olvidar que este pacto, para ter força perante terceiros, deve-se fazer por escritura pública, conforme art. 1.653 do Código Civil, além disso, deve ser precedido do casamento, pois a celebração do matrimônio é condição suspensiva do pacto. Eles só passam a ter eficácia após as núpcias ou união estável, sob pena de serem considerados nulos. José Antônio Encinas Manfré discorre acerca do assunto:

Esse contrato solene por meio de escritura pública, que se distingue dos regidos pelo direito das obrigações, em razão de viger após o casamento (este, pois, condição suspensiva), somente terá efeito em relação a terceiros, ou seja, erga omnes, depois de transcrito em livro próprio do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 1.657).

Sobre o mesmo assunto, Arnaldo Wald (2000, p. 101) relata:

A exigência de escritura pública visa garantir a segurança de terceiros que têm relações econômicas com o casal, aplicando-se, no caso, os princípios de solenidade e publicidade, que caracterizam, os atos de interesses para a coletividade.

Referente ao conteúdo do pacto ou convenção antenupcial, há divergência no sentido de que, alguns entendem que devam conter apenas conteúdo patrimonial, outros de que haja também conteúdo de natureza pessoal ou pecuniária não relacionadas ao regime de bens. Maria Helena Diniz (2003, p. 148) tem o seguinte posicionamento:

O pacto antenupcial deve conter tão-somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. (...) O pacto antenupcial é negócio dispositivo que só pode ter conteúdo patrimonial, não admitindo estipulações alusivas às relações pessoais dos consortes, nem mesmo as de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que contravenham preceito legal.

No mesmo ensinamento, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 193):

Em primeiro lugar, fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos.

Parece-nos mais sensato que o pacto ou o contrato de convivência tenham conteúdo patrimonial, isto em razão da própria disposição no código civil, que lhe reserva capítulo próprio chamado “Do Regime de Bens entre os Cônjuges”.

Importantíssimo é que, ainda referente à liberdade dos pactos antenupciais, há o princípio da indivisibilidade. Por este princípio, as regras estabelecidas no pacto ou contrato de convivência servem para ambos os cônjuges ou conviventes, sem distinção, sob pena de nulidade.

Para que o pacto antenupcial seja válido deve ser observado, além das condições da ação, três requisitos, quais sejam, capacidade para celebrar o pacto, eficácia perante terceiros e caducidade do pacto. Conforme se observa no comentário de Arnaldo Wald (2000, p. 100), “a capacidade para contratar pacto antenupcial não é a geral estabelecida pelo código, identificando-se os seus requisitos com os necessários para celebrar o casamento”.

Por outro lado, excepcionando o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, o código impõe hipóteses em que é obrigatório o regime de separação total de bens.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
 I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
 II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;
 III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Cumpra também salientar, que o novo código, em seu art. 1.656, introduziu norma específica ao regime de participação final de aqüestos, permitindo que se convençione sobre os imóveis, desde que particulares.

3.3 Princípio da mutabilidade justificada e dependente de autorização judicial

Com o advento do Novo Código Civil, houve mudança referente à imutabilidade dos pactos antenupciais. O Código Civil de 1916, em seu artigo 230, “*caput*”, sustentava o princípio da imutabilidade. Tal princípio fundamentava-se na proteção da boa-fé de terceiros e dos cônjuges, de acordo com explicação de Arnaldo Wald (2000, p. 98):

São fundamentos da imutabilidade a proteção à boa-fé de terceiros que têm relações com o casal, e a dos próprios cônjuges, visando-se evitar que a afeição e a vida em comum entre marido e mulher venham interferir nas suas relações de ordem patrimonial.

Washington de Barros Monteiro (2004, p. 185) tece o seguinte comentário a respeito da imutabilidade vigente no antigo código civil:

Em nosso direito, porém, o regime era inalterável, perpétuo; qualquer modificação que nele se introduzisse seria radicalmente nula. A proibição de inovar era estatuída em termos absolutos. Nessas condições, toda modificação a posteriori achava-se inevitavelmente condenada. Quer o casamento se realizasse no Brasil, quer no estrangeiro, segundo a lei local, o regime era imutável.

O ilustríssimo autor complementa dizendo que, apesar desta imutabilidade, haviam exceções trazidas pela jurisprudência, como por exemplo, no que tange à comunhão dos aqüestos, tudo em razão da sociedade de fato estabelecida entre os cônjuges. Apesar de haver entendimento jurisprudencial declinando pela

mutabilidade em alguns casos, os nubentes ainda estavam proibidos de modificarem suas relações patrimoniais.

Diante disto, com o advento do Código Civil de 2002, o princípio passou a ser o da mutabilidade do regime de bens, estabelecido no artigo 1.639, § 2º, pelo qual “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”. José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 43) entende que “a mutação dos regimes de bens, hoje mais aceita no plano internacional, justifica-se, porquanto, a experiência tem demonstrado que a absoluta imutabilidade não é o sistema ideal”.

Através da mutabilidade, o regime de bens pode ser modificado pelos nubentes, mas é preciso preencher certos requisitos. Um deles é o consenso entre as partes, pois não é possível a modificação unilateral. Também não pode ser feito por intermédio de contrato de escritura pública, pois deve ser realizado por meio de regular processo, portanto, o segundo requisito é a intervenção judicial. A mudança do regime não deve, ainda, causar prejuízo a terceiros, sendo o terceiro requisito. O motivo justo para essa mudança deve ser plausível, podendo até mesmo ser de ordem moral. A mutação, em regra, tem efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, a exceção é de que não alcança terceiros. Conforme nos ensina Washington de Barros Monteiro (2004, p. 187):

Note-se que o alcance da modificação deve constar de modo preciso da sentença homologatória. Essas sentenças devem deixar consignadas se a alteração produz efeitos a partir da sua prolação, de modo que, quanto aos bens adquiridos anteriormente, prevalecerá o regime de bens anterior. Se a modificação alcançar o patrimônio antes adquirido, deverá ser apresentada a relação de bens e estipulada a partilha, em caso de transformação de regime de comunhão em separação.

O professor José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 46) relata sobre os requisitos anteriormente citados:

A será possível se postulada em Juízo, livre e motivadamente, por ambos os cônjuges, observado o procedimento de jurisdição voluntária. Ao juiz somente será dado autorizar essa mudança, caso convença-se de propósito, essa alteração de regimes de bens (vale dizer, em relação também a pacto antenupcial, nas hipóteses nas quais é necessário este) somente estar o pedido fundado em razões justificadoras, cuja procedência apurará.

Quanto aos seus efeitos, o legislador não trouxe previsão acerca da retroatividade da sentença. Sendo assim, os efeitos retroagem à data da sentença, desde que as partes requeiram, nesse sentido, ao juiz. Por outro lado, caso não mencionem a respeito, os efeitos serão contados da data da autorização judicial.

Devemos ainda, observar que, referente ao regime da separação obrigatória ou imposta por lei, aqueles que a própria lei elenca as hipóteses de regime obrigatório, não vige o princípio da autonomia da vontade. Diante disto, não podem ser modificados enquanto persistir a causa que levou a aplicação do referido regime. Sobre o assunto, José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 49) argumenta dizendo:

À luz do texto literal da lei e dos princípios gerais, afigura-se, em princípio, descabida essa modificação voluntária de regime. E a exegese estrita da lei autoriza entender-se que tentativas nesse sentido terão caráter fraudatório.

Em sentido contrário, Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 174) expõe a idéia de que não seria a melhor interpretação proibir a modificação, tudo em razão do direito de família não se encontrar no campo patrimonial, pelo contrário, rege-se por regras próprias. Caso fosse um direito patrimonial, justificaria a proibição, mas não é o que acontece.

4 REGIMES DE BENS

O casamento produz várias conseqüências aos cônjuges, tanto nas relações pessoais, quanto nas sociais e patrimoniais, além de criar direitos e obrigações a ambos, e destes para com os filhos. Estes direitos e obrigações são os efeitos matrimoniais, caracterizando-se como plena comunhão de vida entre os nubentes, e não somente uma simples união.

O efeito patrimonial é o que mais nos interessa, pois é através dele que, dentre outros fins, teremos o termo inicial do regime de bens.

Diz-se termo inicial porque é com o casamento que o regime de bens adotado passa a vigorar, sendo, com o Novo Código Civil, em seu art. 1.639, §§ 1º e 2º, possível sua alteração após as núpcias.

O novo código civil adota quatro diferentes regimes de bens, a saber:

- I- do regime de comunhão parcial;
- II- do regime de comunhão universal;
- III- do regime de participação final de aqüestos;
- IV- do regime de separação de bens.

O Código Civil de 1916 trazia em seu corpo o regime dotal de bens, excluído com o atual código civil, que acrescentou o regime de participação final de aqüestos.

Excepcionando o regime de comunhão parcial de bens, que a própria lei traz como presunção em casos de omissão, qualquer outro tipo de regime deve ser escolhido mediante pacto antenupcial.

Passamos a conhecer, sumariamente, cada um destes regimes de bens trazidos pelo Novo Código Civil.

4.1 do regime de comunhão parcial

Com a Lei 6.515/77 o regime da comunhão parcial passou a ser o regime legal, em substituição ao regime de comunhão total. O art. 50 desta lei mudou a redação do art. 258 do antigo código, estabelecendo que, “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime

de comunhão parcial”. Silvio Rodrigues (2002, p. 202) resume dizendo que “trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro”. Maria Helena Diniz (2002, p. 152) faz a seguinte assertiva:

O regime legal da comunhão de aqüestos é, como vimos, o que advém da falta, ineficácia ou nulidade de pacto antenupcial, que determina o regime preferencial dos nubentes, caso em que a lei intervém, fazendo prevalecer a sua vontade (CC, art. 1.640). Assim, o regime de comunhão parcial será um efeito legal do matrimônio.

Segundo ensinamento de Arnaldo Wald (2000, p. 11):

A comunhão parcial, também chamada comunhão de aqüestos ou de adquiridos, 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.

Para que se especifiquem os bens próprios é necessário que, antes do casamento, haja uma minuciosa relação detalhando cada bem pertencente a cada um dos cônjuges no momento do casamento, especialmente no que tange aos bens imóveis. Tal providência é necessária para que se possa distinguir quais os bens próprios e quais os comuns ao casal. Os bens móveis não constantes neste inventário presumir-se-ão adquiridos na constância da sociedade conjugal.

O art. 1.659 do código civil elenca as hipóteses de bens excluídos da comunhão, quando as partes deliberam sobre o regime de comunhão parcial de bens. Por outro lado, o art. 1.660 do mesmo estatuto traz as hipóteses em que os bens serão incluídos na comunhão.

Para que possamos reconhecer a responsabilidade de cada um dos consortes quanto às dívidas, Maria Helena Diniz (2002) explica que devemos considerar duas circunstâncias primordiais: a época em que foram adquiridos e sua finalidade. José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 73) tece a mesma observação, dizendo que “à luz do novo código, e dada a natureza desse regime de bens, duas as circunstâncias específicas a serem observadas em relação às dívidas: a época na qual contraídas e a respectiva causa”.

Diante disto é que podemos dividir o patrimônio de cada nubente, respondendo pelos seus próprios débitos, caso sejam adquiridos antes do matrimônio. Se adquiridos depois do matrimônio, na administração do patrimônio comum, respondem os bens comuns, assim como os bens particulares do cônjuge que adquiriu o débito e também daquele que auferiu lucro.

Caso o cônjuge tenha contraído dívida em razão de seu próprio bem, não responderá o patrimônio comum. Os bens comuns só responderão, caso as dívidas tenham sido contraídas sob a finalidade de atender à família. Nesse regime a administração dos bens cabe a qualquer dos consortes, desde que haja anuência do outro para que pratique atos de alienação. Já referente ao patrimônio próprio, cabe ao proprietário sua administração, caso não estipulem em sentido contrário.

4.2 Do regime de comunhão universal de bens ou da comunhão total.

É o regime pelo qual todos os bens e obrigações de natureza patrimonial - presentes e futuros - pertencentes aos cônjuges, bem como as dívidas - presentes e futuras - se comunicam, formando um só patrimônio. Instaura-se uma indivisão, de modo que cada um dos consortes é dono de parte ideal correspondente à metade dessa universalidade patrimonial indivisível. Maria Helena Diniz (2002, p. 157) explica sobre o regime de comunhão de bens:

Por meio de pacto antenupcial os nubentes podem estipular que o regime matrimonial de bens será o da comunhão universal, pelo qual não só todos os seus bens presentes ou futuros, adquiridos antes ou depois do matrimônio, mas também as dívidas passivas tornam-se comuns, constituindo-se uma só massa.

Por via de regra, todos os bens se comunicam neste regime: os já adquiridos e aqueles que serão na constância do casamento. Este regime foi feito para o casamento indissolúvel, mas nos dias atuais não é o que se observa. José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 81) reza sobre a antiga aplicação do regime em tela, como sendo o regime legal supletório:

Esse regime, em regra, caracterizado pela comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, assim como respectivas dívidas passivas, era reputado o mais importante, melhor ajustado à natureza do casamento, porquanto, no plano material, completa a união das almas, existente na ordem espiritual. A idéia inspiradora básica está no paralelismo entre a união íntima das vidas e a plena união patrimonial.

Se o casamento for válido, não importa o motivo da dissolução do matrimônio, os bens se comunicam a ambos os cônjuges, não importando em nome de quem estejam registrados.

Arnaldo Wald (2002, p. 10) definiu o regime da comunhão universal de bens como “aquele em que se tornam comuns tanto os bens com os quais os cônjuges entraram na sociedade como os que foram posteriormente adquiridos pelo marido ou pela mulher”.

Tal regime importa, primeiramente, na comunhão de todos os bens presente e futuros, inclusive as dívidas. Para que ele seja aplicado é necessário que os consortes realizem um pacto antenupcial ou pós-nupcial, onde possam modificar ou restringir a comunhão dos bens.

O artigo 1.668 do código civil elenca os bens comunicáveis por natureza, ou seja, que não pertençam a ambos os cônjuges, mesmo que o regime seja o de comunhão universal. Cabe aos cônjuges a administração dos bens, que só poderão exercê-la, exclusivamente, havendo impedimento do outro.

Finalizando, as principais características deste regime de bens são:

1) comunicabilidade de todos os bens, qualquer que seja a época ou a natureza da aquisição;

2) antes do advento da Lei do Divórcio era considerado como sendo o regime legal supletório, sendo que, atualmente, como se sabe, regime legal supletório é o da comunhão parcial de bens, sendo, então, o regime da comunhão total, convencional. Dessa forma, se os nubentes optarem por esse regime deverão fazer o pacto ante ou pós nupcial;

3) os cônjuges serão meeiros um do outro, em relação a todos os bens.

Apesar desse regime reza pela comunicabilidade dos bens, há exceções trazidas no art. 1.668, do Código Civil, pois alguns têm efeitos personalíssimos, outros devido à sua própria natureza. Mas, com base no art.

1.669 do mesmo estatuto, tal incomunicabilidade não se estende aos frutos existentes, quando percebidos na constância do matrimônio.

A administração do patrimônio recai a ambos os cônjuges, pois a propriedade é comum. Aquele que tem a administração responde pelas dívidas contraídas com todo o patrimônio, próprio ou comum. Já o outro, responderá se houver auferido lucro, se adquiridas mediante ato ilícito. Caso as dívidas contraídas sejam em razão da administração de seus bens particulares, não responde o patrimônio comum. Incontestável também, a necessidade de anuência dos cônjuges para que se possa praticar atos de alienação.

4.3 Do regime da participação final nos aqüestos

Este é o novo regime de bens introduzido no ordenamento com o Código Civil de 2002. Conforme leciona Washington de Barros Monteiro (2004, p. 230), “este é um regime híbrido, que segue os princípios da separação de bens na constância do casamento e da comunhão parcial na dissolução da sociedade conjugal”. O artigo 1.672 do Código Civil dispõe da seguinte maneira:

No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso ou gratuito, na constância do casamento.

A professora Maria Helena Diniz (2002, p. 162) explica que “neste novo regime há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio”. Apesar deste novo regime se assemelhar ao de separação de bens, como na livre administração dos bens móveis, com este não se confunde ante a necessidade da outorga conjugal, em caso de alienação dos imóveis. A razão disto é que, no artigo 1.656, estabelece a dispensa da outorga em caso de expressa disposição em pacto que adote este novo regime, salvo em caso de doação.

Assim como nos bens, ocorre o mesmo com as dívidas. Contraída por apenas uma das partes, este será o responsável, salvo se revertida em proveito do casal. Caso um pague a dívida pelo outro, em eventual dissolução, aquele terá direito a esta parte, corrigida. Mesmo que as dívidas ultrapassem a meação do cônjuge, não alcança a do outro.

Na dissolução da sociedade conjugal, regulada pelo regime de participação final dos aqüestos, é assegurada aos cônjuges metade dos aqüestos ou dos bens adquiridos na constância do casamento. O artigo 1.674, do código civil, exclui alguns bens da partilha:

- I - os bens anteriores ao casamento;
- II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- III - as dívidas relativas a esses bens.

Com os bens móveis, o parágrafo único do artigo anteriormente citado assevera expressamente que, não havendo prova em contrário, os bens móveis adquiridos durante o casamento serão presumidos como do casal. A professora Maria Helena Diniz (2002, p. 163) comenta esta assertiva:

Há presunção *juris tantum* de que os bens móveis, salvo prova em contrário, foram adquiridos durante o casamento. E, para proteção do cônjuge devedor, exceto se forem de uso pessoal do outro ou adquiridos antes do casamento pelo cônjuge não devedor. Mas essa presunção admite prova em contrário, sendo, também, *juris tantum*.

Assim, podemos concluir que o regime de participação final nos aqüestos tem as seguintes características:

- 1) Existem dois patrimônios distintos durante a constância do casamento, os quais se tornam comuns por ocasião da dissolução do matrimônio ou da sociedade conjugal;
- 2) Cada cônjuge tem seu patrimônio inicial e individual que assim permanece em razão do matrimônio;
- 3) Cada cônjuge administra livremente seu patrimônio;
 - a) por convenção antenupcial pode ser estabelecido que cada cônjuge aliene livremente os bens imóveis (art. 1.656 NCC), caso contrário;

b) os cônjuges dependerão de outorga do seu consorte para vender bens imóveis;

c) os bens móveis podem, livremente, serem alienados por cada um de seus cônjuges.

4) Ao final, com a dissolução da sociedade conjugal, será apurado o patrimônio total de cada cônjuge. Serão deduzidos ou excluídos os bens que cada cônjuge já era proprietário antes do casamento e, do saldo positivo remanescente, será dividido em igual porção entre os ex-cônjuges ou entre o cônjuge supérstite e os herdeiros daquele que faleceu;

5) Os frutos integram o monte partível;

Entretanto, deve-se levar em consideração a seguinte regra: deve haver aumento patrimonial, pois, do contrário, não há falar em divisão. Neste aumento patrimonial integram-se os frutos dos bens próprios.

6) Os bens móveis presumem-se que tenham sido adquiridos durante o casamento e integram o monte partível. Logo, o ideal é constar no pacto ante ou pós-nupcial quais os bens móveis que aquele cônjuge está levando para o casamento;

7) Compensabilidade: a dívida de um cônjuge, paga pelo outro, será deduzida do monte partível, salvo se revertida em favor da família;

8) Os bens imóveis em nome de quem estão transcritos, faz presunção relativa de propriedade (presunção *juris tantum*). Se adquirido com o produto do esforço comum, será dividido, para que não haja aquisição indevida. Ademais, pode o cônjuge em que o imóvel não esteja em seu nome pleitear pela demonstração da sociedade de fato, sendo que, nesse caso, o ônus da prova é seu. A única relevância dessa demonstração dar-se-á no que tange a terceiros, porque pode a sociedade de fato ser demonstrada sem mesmo que se fale em matrimônio, uma vez que se trata de instituto atinente ao direito das coisas;

9) Doações feitas sem autorização do outro serão computadas no monte partível.

4.4 Do regime de separação de bens

Conforme reza o art. 1.687, do código civil, o regime de separação de bens é aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, presentes e futuros, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Segundo aponta Arnaldo Wald (2000, p. 117):

No regime de separação, cada um dos cônjuges administra livremente os seus bens, mantidos os princípios gerais do direito de família referentes à outorga uxória e à assistência marital, cuja exigência independe do regime de bens vigente.

Silvio Rodrigues (2002, p. 216) também comenta acerca deste regime:

Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas e seu destino. Mas por meio do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, a fim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial. De modo que, embora sejam marido e mulher, cada cônjuge continua dono daquilo que era seu, será senhor exclusivo dos bens que vier a adquirir e receberá, sozinho, as rendas produzidas por uns e outros desses bens.

Esse regime de bens é estabelecido de duas maneiras, por meio de lei, previsto no artigo 1.641, ou por meio de convenção. Este, por sua vez, divide-se em separação pura ou absoluta, onde nada se comunica, e separação limitada ou relativa, aquela em que as partes podem estabelecer a comunicabilidade de algum bem, como por exemplo, dos frutos e rendimentos.

No regime de separação total, acerca da discussão sobre a comunicabilidade dos aqüestos, há dois posicionamentos. Alguns doutrinadores como Pontes de Miranda, entendem que a separação é absoluta. O autor (2001, p. 296) explica que “quem diz adotar o regime da separação, adota o da separação absoluta, e não o da limitada, a que o Código Civil não se reporta, se bem que o permita”.

Já Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Orlando Gomes defendem que a separação é relativa, comunicando-se os aqüestos. Maria Helena Diniz (2002, p. 170) faz breve comentário:

[...] admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido desde que sejam produtos do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses.

O professor Arnaldo Wald (2000, p. 118) tem o seguinte posicionamento:

A separação apenas será absoluta, plena e total se houver cláusula expressa no pacto antenupcial prevendo que a separação abrange não só os bens presentes, como também os futuros e respectivos frutos e rendimentos”. Acrescenta que tal entendimento “não poderia ser diferente, sob pena de se ver consagrado verdadeiro enriquecimento ilícito por parte do cônjuge que detenha a titularidade dos bens adquiridos graças ao esforço conjunto.

Orlando Gomes (2002, p. 203) também entende que a separação é limitada:

O regime da separação obrigatória dos bens no casamento conduz à separação limitada, só não se comunicando os bens presentes. Entende-se que os bens futuros são comuns, quando menos, se provado que resultaram da cooperação ou do esforço conjunto dos cônjuges.

No antigo Código Civil não havia permissão da comunicabilidade dos aqüestos quando o regime era o de separação obrigatória de bens. No entanto, há súmula no STF estabelecendo que, no caso da aplicação deste regime, tal separação não é absoluta, mas relativa:

No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (súmula 377 STF).

Desta maneira, resta salientar que a separação é relativa, porque os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam aos consortes. Tal entendimento não poderia ser diferente, sob pena de haver enriquecimento ilícito

por parte do cônjuge que detém a titularidade dos bens, adquiridos pelo trabalho do casal. É neste diapasão que Maria Helena Diniz (2002, p. 170) comenta:

Parece-nos que a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido desde que seja produto do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses.

Mas, há discussão acerca desta súmula. Alguns entendem que ela não deveria estar vigendo, pois seria transformar o regime de separação em comunhão parcial de bens. Ainda, entendem que a súmula só deveria ser aplicada no regime convencional de separação de bens, e não ao compulsório, pois esta última é uma proibição prevista legalmente, não podendo ser modificada. Na realidade, tudo dependerá da maneira com que o magistrado solucionará o caso concreto.

Ainda, no regime de separação total de bens, ao contrário do que ocorre com os demais, é admitida a venda do bem imóvel independentemente da autorização marital ou outorga uxória. E mais, é possível o ajuizamento de ação real sem a necessidade de formação do litisconsórcio necessário. É o único regime de bens que assim o permite sem convenção.

Quanto à administração dos bens, nesse regime cada qual conserva a exclusividade de seus bens, sendo necessária anuência do consorte para que haja atos de alienação dos bens imóveis.

Por outro lado, nada impede que um dos cônjuges seja eleito como administrador do patrimônio. Tais poderes podem constar no pacto antenupcial ou em procuração.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, cada cônjuge deve contribuir com o sustento da família de acordo com seus vencimentos, salvo se houver estipulação em contrário. É o que nos explica Arnaldo Wold (2002, p. 119):

Se o patrimônio do marido for 100 e o da mulher 200 e a despesa representar 30, a mulher deverá contribuir com 20 e o marido com 10. Enquanto, todavia, o marido deve contribuir para o sustento da família com as suas rendas e o seu trabalho, a esposa só deve contribuir com o

seu patrimônio (art. 277 do CC), sendo esse o entendimento que prevalece até a Constituição de 1998.

Maria Helena Diniz (2002) complementa dizendo que, apesar dos consortes possuírem ativos e passivos individuais, ambos devem contribuir com as despesas do casal na proporção de seus rendimentos, exceto se houver estipulação em contrário em pacto antenupcial.

4.5 Do regime dotal de bens

Podemos conceituar este regime como sendo o conjunto de bens denominado dote, transferido pela mulher, ou alguém que a represente, ao marido, a fim de que este retire os frutos, os rendimentos desse patrimônio, o que for necessário para fazer frente aos encargos da vida conjugal, sob a condição de devolvê-lo com o término do contrato.

Maria Helena Diniz (2002, p. 172) fez o mesmo relato:

Um conjunto de bens, designado dote, era transferido pela mulher, ou alguém por ela, ao marido, para que este, dos frutos e rendimentos desse patrimônio, retirasse o que fosse necessário para fazer frente aos encargos da vida conjugal, sob a condição de devolvê-lo com o término da sociedade conjugal.

É óbvio que este dote só se tornava válido se sobreviesse o casamento, e mais, esse dote só existia enquanto durasse o casamento. Esse regime de bens funcionava da seguinte forma: entregava-se um bem ou um conjunto de bens ao marido para que ele administrasse e retirasse desse patrimônio que lhe foi entregue o necessário para a manutenção da família. Os bens que constituíam este dote eram incomunicáveis, em razão de terem destinação específica.

Em primeiro lugar, quem poderia instituir o dote era a mulher. O dote também poderia ser instituído pelos pais da nubente, o chamado dote profectício. Se os pais fossem falecidos, até mesmo um terceiro poderia instituí-lo. O dote poderia ser sob bens móveis, imóveis, direitos e obrigações, sempre mediante pacto antenupcial, reclamando, ainda, escritura pública.

Nesse regime poderia ser vislumbrada a existência de quatro patrimônios distintos. O patrimônio constituído pelos bens dotais, exclusivos da mulher; o patrimônio constituído pelos bens comuns, adquiridos pelos consortes; o patrimônio constituído pelos bens próprios do marido, já possuídos antes do matrimônio; e por último, o patrimônio constituído pelos bens próprios da mulher, também chamados de bens parafernais. Este último não integra o monte dos bens dotais, será outro patrimônio, pertencerá exclusivamente à esposa.

Desfeita a sociedade conjugal ou o casamento, a divisão era celebrada da seguinte forma:

- os bens próprios do marido deveriam ser entregues a ele;
- os bens próprios da mulher deveriam ser entregues a ela;
- os bens comuns deveriam ser entregues metade a cada um;
- por fim, os bens dotais, que eram partilhados da seguinte forma:

a) dote instituído pela mulher: desfeito o matrimônio, os bens retornariam a ela; se, eventualmente, o desfazimento fosse por conta do falecimento dela, os bens tinham como rumo os seus herdeiros;

b) dote instituído pelos pais dela: desfeito o matrimônio, os bens ficariam com a mulher, todavia, a título de adiantamento da legítima, de sorte que, ao falecerem os dotadores, o dote ou o valor do dote, deveria ser elevado à colação dos bens deixados por eles.

Se este dote ultrapassar a legítima, o montante que ultrapassou deverá ser devolvido ao patrimônio por ocasião do fato, para que seja dividido entre outros herdeiros. Caso os bens dados em regime dotal sejam o equivalente à legítima, esta pessoa não terá mais direito à futura herança, pois seu dote equivale ao adiantamento da sua parte. A professora Maria Helena Diniz (2002, p. 173) nos explica melhor, dizendo que “sendo dado o dote pelos pais da mulher, conjunta ou separadamente, este passava a ter a denominação de dote profectício, uma vez que era considerado como adiantamento da legítima, sujeito, portanto, a colação [...]”.

- c) o dote instituído por terceiros, que se apresenta sob duas situações:

A primeira é o dote instituído com cláusula de reversão, que conforme nos explica Maria Helena Diniz (2002, p. 174), estabelecia que “os bens deveriam ser restituídos ao dotador com a dissolução da sociedade conjugal, hipótese em que a mulher teria propriedade restritiva e resolúvel desse patrimônio”.

A segunda é de que o dote instituído sem cláusula de reversão encerrava uma verdadeira doação, sendo que, desfeito o matrimônio, passaria a integralizar ao patrimônio do marido.

Silvio Rodrigues (2002, p. 217) explica que “o regime dotal não teve a menor aceitação entre nós, sendo nula sua repercussão na vida brasileira. Ademais, sabiamente esse regime foi rejeitado pelo novo Código Civil”.

Por outro lado, devemos observar que esse regime não foi expurgado do nosso sistema jurídico. Ocorre o seguinte, não se pode mais celebrar casamento pelo regime dotal, mas por força do art. 2.039, CC/2002, se existir, ainda, algum casamento que tenha sido realizado por esse regime, as regras atinentes a ele devem ser observadas.

5 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Conforme tratado nos capítulos anteriores, dentre os princípios relativos aos regimes de bens há o da autonomia da vontade dos consortes, podendo ser entendido, segundo José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 140) como sendo a “liberdade de escolher os regimes previstos pelo legislador, considerados típicos, assim como a possibilidade de combiná-los e, destarte, criar um que lhes seja peculiar, desde que, com isso, não firam normas de ordem pública”. Contudo, há exceções a esta autonomia de vontades, prevista no art. 1.641, CC/2002, que é a forma legal do regime de separação de bens.

De acordo com o capítulo anterior, o regime de separação de bens possui duas formas, a convencional e a legal. A convencional é aquela em que os nubentes possuem o livre arbítrio ao estabelecer, em pacto ante ou pós-nupcial, sua preferência ao regime de separação de bens. Já a forma legal é aquela prevista no art. 1.641, CC/2002, onde elenca as hipóteses em que, obrigatoriamente, deve-se observar este regime.

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

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

II - da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;

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

O ilustre autor Arnoldo Wald (2000, p. 119) comenta que “não existe liberdade plena de escolha do regime, pois a lei obriga, em certos casos, as partes a casar no regime de separação”.

Com o novo código civil houve algumas modificações, dentre elas, há a hipótese da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos, antes prevista no art 258 do antigo código civil, como sendo sessenta anos para os homens, e cinqüenta anos para as mulheres.

Washington de Barros Monteiro (2004, p. 216) explica que essa alteração encontra fundamento no artigo 5º, I e art. 226, § 6º, ambos da Constituição Federal, tudo em razão da igualdade entre homens e mulheres, referente ao inciso II, do art. 1.641, CC/2002. Conclui o autor que, para que o regime de

separação obrigatória seja imposto, devem ser observadas suas diversas finalidades, sempre com o intuito de proteger terceiros. Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 121) faz o breve comentário:

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de dezesseis, as maiores de sessenta anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Outra grande discussão sobre o regime da separação obrigatória de bens é sobre a comunicabilidade dos aqüestos. O antigo código civil possibilitava a comunhão dos aqüestos. Ocorre que, para os nubentes que se casassem sob este regime, deveriam estipular explicitamente sobre a incomunicabilidade dos aqüestos, caso contrário haveria a comunicabilidade. É o que explica Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 176):

O legislador do antigo Código preparou uma armadilha indesejável para os que escolhiam no pacto antenupcial o regime da separação: se não fossem expressos a respeito da incomunicabilidade absoluta, estariam casando-se, na verdade, sob o regime da comunhão de aqüestos.

Silvio Rodrigues (2002, p. 186) alega que a única explicação para esta comunicabilidade, no regime de separação de bens, é a preferência do legislador ao regime da comunhão. Entende que a regra refere-se somente ao regime convencional da separação de bens, expondo seus motivos:

A primeira razão é a de que o regime da separação obrigatória independe de convenção, de modo que ordinariamente faltaria, aos nubentes, instrumento onde convencionassem a não-comunicação dos aqüestos.

Por outro lado, se o legislador quisesse determinar que o casamento devia efetuar-se por um regime em que não se comunicassem os bens presentes, e sim os adquiridos após o enlace, ele não se referia ao regime da separação de bens, como faz no art. 258, mas sim ao regime da comunhão parcial, que é justamente aquele em que os bens existentes por ocasião do casamento não se confundem, comunicando-se, entretanto, os havidos posteriormente.

Mas, o entendimento de que os aqüestos não se comunicam no regime de separação de bens teve sua tese insustentável, em razão da sociedade de fato existente entre os cônjuges. Havendo conjugação de esforços entre os consortes, se ambos não repartissem os ganhos, enquadraria no enriquecimento indevido.

Inúmeros foram os posicionamentos, sendo que alguns defendiam que os aqüestos adquiridos após o casamento se comunicariam, independente do esforço conjunto do casal. Outros entendiam que, para configurar a comunicação era necessária a prova desta combinação de esforços.

A jurisprudência procurou solucionar a discussão da comunicabilidade dos aqüestos, editando a súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal:

No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Com o atual código civil passou a vigorar que, a cada regime suas regras é que serão aplicadas, sendo que os aqüestos somente se comunicarão se houver comprovado esforço do casal. Arnoldo Wald (2000, p. 120) faz o breve relato:

[...] nossos tribunais que, entre os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória, verificou-se uma sociedade de fato, representando os aqüestos o produto do esforço comum. Atende a súmula ao reclamo consignado em diversos arestos e vozes doutrinárias que já vinham, há tempos, propugnado pela extensão do princípio insculpido no art. 259 aos casamentos celebrados sob o regime obrigatório de separação de bens.

Dessa forma, Silvio Rodrigues (2002) finaliza dizendo que, no caso do regime de separação de bens obrigatório, os aqüestos serão partilhados na dissolução do casamento. Para entendermos melhor as hipóteses de obrigatoriedade do regime de separação de bens, constante no art. 1.641, CC/2002, comentaremos brevemente cada uma delas.

5.1 Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento

Nesta circunstância, há obrigatoriedade da vigência do regime de separação de bens, em razão da inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, que se encontram no art. 1.523, I, CC/2002.

Carlos Alberto Gonçalves (2003, p. 14) relata acerca destas causas suspensivas:

São determinadas circunstâncias capazes de suspender a realização do casamento, mas que não provocam, quando infringidas, a sua nulidade ou anulabilidade. O casamento é apenas considerado irregular, tornando-se, porém, obrigatório o regime da separação de bens (CC, art. 1.641, I) como sanção imposta ao infrator.

Portanto, a sua inobservância torna o casamento irregular, isso não significa que seja nulo ou anulável, ele existe, mas será regido pelo regime obrigatório da separação de bens. José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 142), por sua vez, reza que “verificando-se o casamento com descumprimento dessas causas suspensivas, não será ele nulo ou anulável, mas o regime, como assinalado, será obrigatoriamente o da separação de bens”.

5.2 De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial

Carlos Alberto Gonçalves (2003, p. 122) explica que tal “dispositivo tem intuito protetivo e aplica-se aos menores que obtiveram o suprimento judicial de idade ou o suprimento judicial do consentimento dos pais”.

Em verdade, no inciso III, do art. 1.641, CC/2002, há expressamente a possibilidade do juiz suprir o consentimento dos pais do menor de 16 anos, consoante art. 1.519, CC/2002. Em outra hipótese, caso não tenha alcançado a idade núbil para o matrimônio, poderia também o juiz conceder o suprimento judicial de idade, com mais razão se houvesse gravidez.

5.3 Da pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

É a obrigatoriedade da aplicação do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos que mais nos interessa neste trabalho. De acordo com os ensinamentos de Carlos Alberto Gonçalves (2003), a obrigatoriedade na

aplicação do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos é “eminentemente de caráter protetivo”, tudo em razão de evitar casamento por interesse econômico.

O antigo código civil dispunha que a idade de sessenta anos recaía apenas ao homem, diferentemente da mulher, cuja idade era de cinquenta anos. Atualmente, fundamentado na isonomia prevista constitucionalmente, o novo código civil mudou esta idade para sessenta anos, sem distinção de sexo. Nesse contexto, relata José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 147):

Primeira observação é que, respeitando a isonomia entre homem e mulher (decorrente dos comandos dos arts. 5º, I, e 226, §5º, da Constituição Federal de 1998), o novo legislador alterou o texto do supracitado art. 258, parágrafo único, II, do diploma revogado, o qual obrigava fosse de separação de bens o casamento “do maior de 60 (sessenta) e da maior 50 (cinquenta) anos.

O professor Washington de Barros Monteiro (2002, p. 217) assevera que:

No direito romano, a Lei Poppaea proibia o casamento das pessoas que houvessem ultrapassado certo limite de idade. Mas tal disposição, que representava grave limite à liberdade dos cidadãos, foi revogada por Constantino e seus sucessores.

Ocorre que, atualmente, eles podem se casar, a única restrição refere-se à aplicação do regime de bens aos maiores de sessenta anos, que deve ser o da separação total de bens. Mesmo que se descubra, depois de realizado o casamento, dolo de um dos consortes em ocultar sua verdadeira idade, ainda sim vigorará o regime de separação total.

Por outro lado, se o casamento for realizado com pessoa maior de 60 anos, Maria Helena Diniz (2002, p. 168) explica:

[...] se nessa hipótese, suceder união estável de mais de dez anos consecutivos ou da qual tenham nascido filhos, não se aplica a regra, podendo os nubentes, de acordo com o art. 45 da lei n. 6.515/77, escolher livremente o regime matrimonial de bens.

Portanto, mesmo que uma das partes, ou ambas, possuam mais de sessenta anos, desde que vivam em união há, no mínimo, 10 anos, possuem a faculdade de escolher o regime matrimonial de bens. Mas esta regra somente é aplicável ao casamento anterior à lei do divórcio (lei n. 6.515/77). Isto ocorre,

porque no antigo código civil, em regra, era vedada a dissolução do casamento, e o regime supletório era o da comunhão total de bens, não o da comunhão parcial, conforme atual código civil. No mesmo sentido, José Antônio Encinas Manfré (2003, p. 154):

Não obstante essa imposição do art. 1.641, II, do novel diploma, é presente que, por infração do art. 45 da Lei n. 6.515/77, à pessoa com mais de sessenta anos de idade foi dado livremente escolher o regime matrimonial de bens, desde que o casamento sucedesse união estável de mais de dez anos consecutivos, ou da qual resultassem filhos.

Com efeito, trata-se de disposição permissiva de caráter transitório, aplicável exclusivamente aos nubentes entre os quais, antes da Emenda Constitucional que aboliu a indissociabilidade do vínculo conjugal, havia comunhão de vida estável por mais de dez anos ou da qual sobreviesse prole.

Fora destas hipóteses, aos maiores de sessenta anos, há imposição legal quanto ao seu regime de bens, sendo vedado, em regra, sua alteração.

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SESSENTA ANOS

Como antes exposto, o código civil impõe a aplicação do regime de separação total de bens àqueles que se enquadram no art. 1.641, do mesmo modo como estabelecia o código revogado. Dentre o rol, incluem-se os maiores de sessenta anos, cujo fundamento encontrado por alguns doutrinadores reside no caráter eminentemente protetivo. Melhor explicando, o objetivo desta restrição é evitar o casamento realizado por interesse econômico, o vulgo “golpe do baú”.

O legislador entendeu, com esta restrição, que a pessoa maior de 60 anos poderia ser facilmente enganada por outro mais jovem que, eventualmente, tivesse interesse econômico neste relacionamento. Desta maneira, procurou evitar esta união, sendo que, até mesmo se duas pessoas com sessenta anos se casarem, este será o regime aplicado. O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 173) dispõe sobre o assunto:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, 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. O novo Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos.

Apesar do autor fazer breves referências sobre o tema, não se posicionou acerca da discussão sobre a inconstitucionalidade do regime imposto aos maiores de sessenta anos. O mesmo ocorreu com o respeitável Pontes de Miranda. O professor Washington de Barros Monteiro (2004, p. 218) defende a imposição do regime obrigatório de separação de bens:

Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.614, n. II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime de comunhão

universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar conseqüências desastrosas ao cônjuge, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução causa mortis do casamento.

Acrescenta o autor que esta regra prevalece há quase cem anos, sendo que a única mudança foi a exceção referida no capítulo 5 deste trabalho, vale lembrar, desde que o casal viva em união estável há 10 anos, período anterior a 28 de junho de 1977, ou que possuam filhos. Ainda sobre o assunto, Arnaldo Wald (2000, p. 121) relata:

O mesmo regime se aplica [...] aos que, por ocasião do casamento, tenham alcançado, o marido, a idade de 60 anos, e a mulher, a de 50 anos (art. 258 do CC). Para a última hipótese abriu a Lei n. 6.515, de 26-12-1977, exceção temporária, permitindo a livre escolha do regime de bens que, antes do casamento, tenham todos os nubentes vida em comum por dez anos consecutivos até 28-06-1977, ou que da união anterior à mesma data resulte prole (art. 45).

O antigo código civil já aplicava esta regra, diferenciando apenas na idade dos consortes, para a mulher era cinqüenta anos e para o homem, sessenta. Já no código atual, contemplando o princípio da igualdade entre homens e mulheres, a idade passou a ser de sessenta anos para ambos os consortes ou companheiros, sem distinção de sexo. Carlos Roberto Gonçalves assevera:

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 cinqüenta anos. O novo diploma estabelece a mesma idade para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional.

A questão é saber se a imposição ao regime de bens aplicada aos maiores de sessenta anos é constitucional ou não. Ocorre que alguns doutrinadores alegam que a restrição fere princípios constitucionais, como o princípio da igualdade, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana. José Encinas Manfré (2003, p. 148) faz breve comentário a respeito:

Sob a égide do Código Civil de 1916, notadamente a partir da vigência da Constituição da República de 1998, acenderam-se irrisignações a essa obrigatoriedade de regime de bens em decorrência da idade de qualquer dos cônjuges, aliás, por mesmas razões cabíveis também em relação ao novel estatuto de 2002.

O professor Silvio Rodrigues (2002, p. 182) também entende que esta restrição fere a liberdade individual. Questionou, ainda, que a união entre sexagenários não causa nenhuma repulsa a sociedade, não justificando a aplicação do regime de separação como medida protetiva:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. 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 sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Há também, jurisprudência relatada pelo Desembargador César Peluso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, de Apelação Cível n. 007.512-4-2, datada de 18 de agosto de 1998, reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação do regime de separação de bens aos sexagenários, desta feita, reconheceu válida doação realizada entre eles:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § Único, II do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor. Improvimentos aos recursos. É válida toda doação feita do outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, senão incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § Único, II, do Código Civil.

Em sua fundamentação, o hoje digníssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal esclareceu que este inciso tira a liberdade jurídica dos consortes, confrontando com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, haja vista que trata essas pessoas como se fossem incapazes. Fere, também, o princípio da igualdade, pois se caracteriza num tratamento discricionário, sem qualquer utilidade social.

Declara que, atualmente, não podemos aceitar um preconceito injurioso como esse, presumindo legalmente a deficiência mental do indivíduo, sem a

veracidade dos fatos nem justificativa para tanto. É, ainda, incabível aceitar a redução dos maiores de sessenta anos à condição de adolescente que agem irracionalmente, ainda mais porque eles adquirem, cada vez mais, maiores expectativas de vida, e com esta maturidade passam a agir de maneira mais segura.

Alega que não há qualquer tipo de proibição legal referente à doação de bens aos consortes, concubinos, ou qualquer outro relacionamento, sendo que os jovens estão muito mais expostos a tais ilusões amorosas. Finaliza dizendo que o tratamento dado aos maiores de sessenta anos é desproporcional com o que se realmente busca, que é a tutela do patrimônio.¹

Ainda nesta linha de raciocínio, José Antônio Encinas Manfré relata um trecho da fundamentação do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo Desembargador Ruy Camilo, asseverando que, para resolver esta discussão vai depender do que o julgador irá considerar de mais adequado ao fato:

A solução para tal vai depender do que o julgador entende por direito. Se se entender que todo o direito está na lei, a solução é aquela apresentada em primeiro grau. Não pode haver dúvida, a lei diz que o regime é obrigatório. Ademais, tanto quanto se tem notícia, o projeto do Código Civil mantém a restrição no seu art. 1641, II. Contudo, se se entender que o direito guarda uma dimensão tridimensional de fato, valor e norma, e, assim, há espaço para uma apreciação sistemática e atualizada da lei, então é possível pensarmos em solução correta.

Baseada em todas estas alegações é que o senador José Maranhão, da Paraíba, apresentou um projeto de lei n. 209/2006 na Comissão de Constituição e Justiça, na data de 06 de julho do corrente ano. O senador quer tornar nula a obrigatoriedade do regime àqueles que se enquadrem no inciso II, do art. 1.641, do código civil. As razões para isto é que a obrigatoriedade afronta alguns dispositivos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, além de ser uma intervenção estatal abusiva.

Por outro lado, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 217) assevera que, apesar de muitos pensamentos contrários a esta restrição do regime de separação, devemos lembrar que o direito à liberdade também possui limites

¹ SEREJO (1999, p. 120)

encontrados no ordenamento jurídico, como no direito de família. Assim, é através dessa restrição ao direito de liberdade que o regime aplicado aos maiores de sessenta anos se justificaria.

Na doutrina, no entanto, é encontrado pensamento que combate a obrigatoriedade do regime da separação absoluta de bens, sob o argumento de que se trata de restrição atentatória da liberdade individual, afirmando-se que "... uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém...", e, ainda que "... Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver".

Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existente em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que veda o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, n. I). É ainda de salientar-se 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 de sangue.

Apesar de respeitar a posição do ilustre autor, tal restrição limita a autonomia da vontade dos maiores de 60 anos. Como se não bastasse, fere alguns princípios constitucionais, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal. Ocorre que, com a privação deste direito à escolha do regime de bens há evidente presunção de incapacidade dessas pessoas, como se fosse causa natural de incapacidade civil, o que não é verdade.

Para que isso ocorra é imprescindível um regular processo de interdição. Não há nada que comprove, salvo processo de interdição, que tais pessoas não possuem discernimento para administrar seu patrimônio. Pelo contrário, a Constituição Federal trata todos de modo igualitário, sem distinções de sexo, raça, idade. O art. 1641, do Código Civil, ao restringir a liberdade de escolha trata os maiores de 60 anos como se incapazes fossem, e isto sem nenhum parecer médico que ateste sua capacidade.

Este inciso II, do art. 1.641, do código civil, também fere o princípio da isonomia, haja vista que esta limitação aplica-se somente aos maiores de 60 anos, sendo que àqueles abaixo desta idade há livre autonomia na escolha do

regime de bens. Conforme tratado no capítulo anterior, o princípio da isonomia busca a igualdade, sendo que só é admissível eventual tratamento diferenciado, se tiver a finalidade buscada pelo direito.

Ora, resta-se evidente a ausência de motivo para que, aos maiores de sessenta anos, seja aplicada a restrição à autonomia de vontades. O fundamento baseado nesta restrição considera a fragilidade destas pessoas em serem ludibriadas por outros mais jovens, além de proteger o patrimônio familiar. Não podemos esquecer que as pessoas tratadas neste inciso possuem plena capacidade de discernimento, tendo muito mais bagagem e maturidade que os jovens, tudo em razão da experiência de vida que tiveram durante todos esses anos de vida, sendo assim, os jovens é que correriam maiores riscos em serem enganados.

Além do mais, considerar que esta restrição possui a finalidade de proteção ao patrimônio familiar significa dizer que, o que se busca é somente satisfazer a família, esquecendo-se dos maiores de sessenta anos, anulando qualquer tipo de vontade e de direitos que incontestavelmente possuem.

Por último, e não menos importante, afirmamos que esta limitação também confronta com o princípio da dignidade da pessoa humana, significa dizer que todos devem ser respeitados como seres humanos, possuidores de direitos e obrigações inerentes à sua condição de ser humano. Desta feita, este princípio envolve muitos outros, sendo que qualquer um que confronte com eles são tidos por inconstitucionais.

Justificando, também, a incoerência do inciso II, do art. 1.641, do código civil, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais defendendo que no regime de separação obrigatória de bens a separação é limitada. Significa dizer que a separação refere-se somente aos bens presentes, sendo que aqueles adquiridos com esforço de ambos os cônjuges se comunicam. É neste sentido o posicionamento de Orlando Gomes (2002, p. 203):

O regime de separação obrigatória dos bens no casamento conduz à separação limitada, só não se comunicando os bens presentes. Entende-se que os bens futuros são comuns, quando menos, se provado que resultaram da cooperação ou do esforço conjunto dos cônjuges.

Maria Helena Diniz (2002, p. 170) faz o seguinte comentário:

[...] admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, para evitar enriquecimento indevido desde que sejam produtos do esforço comum do trabalho e da economia de ambos, ante o princípio de que entre os consortes se constitui uma sociedade de fato por haver comunhão de interesses.

É evidente que o inciso II do art. 1.641 do código civil está eivado de inconstitucionalidade e, sustentando esta medida, há a edição da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, consagrando que os aqüestos adquiridos na constância do casamento se comunicam aos consortes. Caso não fosse entendido assim, haveria enriquecimento ilícito por parte do cônjuge que detém a titularidade dos bens, adquiridos pelos consortes.

Observamos que é flagrante a desproporção entre o objetivo que o legislador quis tutelar e o resultado apresentado, restringindo por completo a autonomia dos maiores de sessenta anos. Desta maneira, a restrição não compreende a finalidade buscada pelo direito, pois é abusiva e atentatória à liberdade do indivíduo.

7 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1998, a lei maior de todo o ordenamento, consagra os princípios constitucionais às pessoas, sendo que eles vieram para consolidar direitos e deveres inerentes ao ser humano. Quaisquer outras normas que estipulem em sentido contrário são tidas por inconstitucionais.

Sendo assim, os regimes de bens não são regulados de maneira diversa, eles possuem seus próprios princípios, mas acima de tudo seu norte está aliado àqueles previstos constitucionalmente. Desta forma, há tempos que os consortes estabelecem regras para disciplinar os bens matrimoniais, aqueles advindos do casamento ou adquiridos independente dele.

Em regra, os nubentes possuem a livre autonomia sobre a estipulação do pacto ante ou pós-nupcial, até porque há vários tipos de regimes de bens previstos no código civil. Como se não bastasse, possuem a faculdade de criarem novas regras, desde que não contrariem a ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio.

Ocorre que, a grande discussão refere-se à inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, haja vista que é imposto o regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos. Tais pessoas possuem plenos direitos e deveres, assim como quaisquer outras. Além do mais, o legislador, apesar de severas críticas a esta imposição, manteve a restrição, ferindo princípios constitucionais da igualdade, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. As justificativas para tanto não bastam para a medida adotada, evidentemente abusiva e desnecessária.

Referências bibliográficas:

ARAÚJO, Luiz Alberto David, Vidal Serrano Nunes Júnior. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BRASIL. **Código Civil**. Org. Yussef Said Cahali. 8ª ed. São Paulo: 2006.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 5º Volume, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família** (Coleção Sinopses jurídicas). São Paulo: Saraiva, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MANFRÉ, José Antônio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Direito constitucional: para concursos de juiz do trabalho** (Resumos para concursos). Bauru, São Paulo : EDIPRO, 1995

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.